

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

APLICACIÓN Y EFICACIA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES EN EL DERECHO SOCIETARIO DE VENEZUELA, COLOMBIA Y ESPAÑA

Trabajo de Grado para optar al título de
Magister en Derecho Mercantil
Líneas de Investigación: Contratos Mercantiles y Derecho Societario.

Autora: Quiñonez Torres Thais de Jesús
Tutora: Bautista Sánchez Beatriz Amaralis

San Cristóbal, 16 de octubre de 2.020.

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutora del Trabajo de Grado presentado por Thais de Jesús Quiñonez Torres, para optar al título de Magister en Derecho Mercantil, cuyo título es "Aplicación y Eficacia Jurídica de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Venezuela, Colombia y España", aprobado por el Consejo General de Postgrado, en su reunión de fecha 25 de Julio de 2.019, según acta Nº 165.

Considero que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

Beatriz Amaralis Bautista Sánchez

C.I. V- 3.196.779

DEDICADO

A los profesionales del Derecho.
A los Abogados que apuestan por las ideas innovadoras adaptadas a la realidad práctica, a los Colegas que creen en el valor del avance jurídico.
A las Sociedades Mercantiles de Venezuela, a sus socios y accionistas.
A los Emprendedores.
Al Derecho Mercantil.

ESPECIAL AGRADECIMIENTO

A Dios Padre, por permitirme seguir creciendo.
A mi Madre, Doris, por su ilimitado amor y paciencia.
A mi Padre, Jesús, por su ejemplo de formación constante.
A mi Hermano, Jesús, por su apoyo incondicional.
A la Universidad Católica del Táchira, alma mater, por incentivar el crecimiento profesional.
A los Profesores Ucatenses, por dedicar su tiempo a la enseñanza.
A mi tutora, Doctora Amaralis, por su guía en este trabajo, por su paciencia, dedicación e impulso permanente.

ÍNDICE GENERAL

Pág.
PAGINAS PRELIMINARES……..... XVI
INTRODUCCIÓN……..……..... 17

CAPÍTULO I: LOS CONTRATOS PARASOCIALES…….…….. 29

1. Algunas Consideraciones Generales sobre los Contratos Parasociales……34

1.1. Antecedentes Históricos…….....34
1.2. Origen del término ‘‘Contrato Parasocial’’……36
1.3. Evolución Jurídica de los Contratos Parasociales……...37
1.4. Definición de Contrato Parasocial…….....38
1.5. Diversas Acepciones del término ‘‘Contrato Parasocial’’……40
1.6. Características de los Contratos Parasociales……14
1.6.1. Se pactan entre Socios o con Socios ……41
1.6.2. Se pueden pactar entre Futuros Socios……..42
1.6.3. Poseen una ‘‘Relación o Ligamen Lógico Jurídico’’ con una Sociedad Mercantil…….....43
1.6.4. Poseen un carácter autónomo y accesorio……... 43
1.6.5. Impone obligaciones adicionales al Estatuto Social y no implica su reforma…… 44
1.6.6. En algunos Ordenamientos Jurídicos, son Contratos Atípicos e Innominados…….....44
1.6.7. Apuntan a la materialización de la Autonomía de la Voluntad…....45
1.7. Contenido de los Contratos Parasociales…… 45
1.8. Clasificación o Tipología de los Contratos Parasociales……..... 46
1.8.1. Contratos Parasociales en base a Criterios Subjetivos…….. 46
1.8.1.1. Contratos Parasociales de Todos los Socios…….. 47
1.8.1.2. Contratos Parasociales de Pocos Socios…….....48
1.8.1.3. Contratos Parasociales entre Socios y Sociedad……... 48
1.8.1.4. Contratos Parasociales entre Socios y Terceros……... 49
1.8.2. Contratos Parasociales en base a criterios Objetivos……....50
1.8.2.1. Contratos Parasociales de Relación…… 51
Pactos de no agresión…….. 51
Pactos de confidencialidad……..…..51
Pactos *Tag-Along*…….. 52
Pactos *Drag-Along* ……53
Pactos en *Startups*…….....55
Pactos de *Vesting*……..60
Pactos de *Lock Up*…….....62
Pactos de *Good Leaver* o *Bad Leaver* ……... 62

Pactos con *Crowdfunding*……..... 63
Otras Cláusulas……..……65
1.8.2.2. Contratos Parasociales de Organización…...…….…. 65
Pactos o sindicatos de acciones…….. 66
Pactos o sindicatos de la administración…… 70
Pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *Deadlock*……..70
Protocolos Familiares…….……..72
Pactos sobre Quórums Especiales o Mayorías Reforzadas……73
1.8.2.3. Contratos Parasociales de Atribución……..... 74
1.8.3. Contratos Parasociales en base a Criterios Formales..... 75

2. Naturaleza Jurídica de los Contratos Parasociales…..…..... 76

2.1. Teoría General de los Contratos del Derecho de Obligaciones aplicada a los Contratos Parasociales…….....77
2.1.1. Principios Configuradores de los Contratos Parasociales……... 78
2.1.1.1. Principio de la Autonomía de la Voluntad…….…. 79
2.1.1.2. Principio de Buena Fe……..... 88
2.1.2. Requisitos para la celebración y validez de los Contratos Parasociales…….……..…… 90
2.1.2.1. Requisitos Esenciales……..... 90
Capacidad de las partes contratantes…… 91
Consentimiento libremente manifestado…….…… 92
Objeto valido……..... 94
Causa licita…… 96
2.1.2.2. Requisitos Especiales……..…… 99
Existencia previa de un vínculo asociativo o constitución formal de una sociedad o entidad comercial…….. 99
Regulación jurídica de aspectos no reglamentados en los estatutos sociales…….…….. 100
Contratarse entre socios o accionistas o, con éstos sujetos siempre que actúen en su condición de tal…….... 100
2.1.3. Categorización de los Contratos Parasociales, en base a la clasificación general de los Contratos…..... 101
2.1.3.1. Contrato Bilateral (sinalagmático perfecto)……..... 101
2.1.3.2. Contrato Oneroso……..101
2.1.3.3. Contrato Conmutativo…….…….. 102
2.1.3.4. Contrato Formal…….……102
2.1.3.5. Contrato Principal……..102
2.1.3.6. Contrato de Tracto Sucesivo……...103
2.1.3.7. Contrato Innominado y Atípico……103
2.1.3.8. Contrato Paritario…….…….. 103
2.1.3.9. Contrato Colectivo…… 104

2.1.3.10. Contrato *Intuito Personae*……104
2.1.3.11. Contrato Causado……104
2.1.4. Validez de los Contratos Parasociales……105
2.1.5. Oponibilidad y Eficacia Jurídica de los Contratos Parasociales…. 106
2.1.6. Modos de interpretación de los Contratos Parasociales…… 106
2.1.7. Extinción de los Contratos Parasociales…… 109
2.2. Preceptos de las Obligaciones Mercantiles aplicados a los Contratos Parasociales……110
2.2.1. Proceso de Formación de los Contratos Mercantiles…… 111
2.2.1.1. Propuesta u Oferta…… 111
Oferta *Inuito Personae*……111
Oferta general o pública…… 112
Oferta entre presentes……112
Oferta entre no presentes……112
2.2.1.2. Aceptación……113
2.2.1.3. Perfeccionamiento…… 113
Perfeccionamiento entre presentes……113
Perfeccionamiento entre no presentes…… 113
2.2.2. Características de las Obligaciones Mercantiles……116
2.2.2.1. Solidaridad entre Deudores……116
2.2.2.2. Esencialidad de un Término……116
2.2.2.3. Términos de Prescripción……117
2.2.2.4. Menos Formalidades……117
2.2.2.5. Constitución en Mora…… 118
2.2.3. Clasificación de las Obligaciones Mercantiles……120
2.2.3.1. En razón de los sujetos……120
Atendiendo a la pluralidad de los sujetos o personas obligadas… 120
2.2.3.2. En razón de las cualidades de la prestación…… 121
Según el contenido de la prestación…… 121
En atención de la autonomía o dependencia de la prestación respecto de otras……122
Atendiendo a si se trata de una o más prestaciones…… 122
Atendiendo la determinación en la extensión de la prestación…... 122
2.2.3.3. En razón de las particularidades del objeto……122
Según el desarrollo de las obligaciones en el tiempo……122
Atendiendo a la individualización del objeto debido……123
Según la pluralidad del objeto o prestación…… 123
Por la importancia cuantitativa de los bienes…… 123
En razón de la connotación económica del objeto…… 124
En atención a la unidad o no del objeto…… 124
2.2.3.4. En razón de si están sometidas o no a modalidad……125
Obligaciones puras y simples……125
Obligaciones sometidas a modalidad……125
2.2.3.5. En razón de la vinculación o no con un derecho real…….. 125
Obligación “ordinaria”…… 125

Obligación "*propter rem*"…… 125

3. Contratos Parasociales, Estatutos Sociales y Otras Figuras Societarias……..……..…….……..128

3.1. Contrato Social, Estatuto Social y Contrato Parasocial.....128
3.1.1. Compatibilidad…….……130
3.1.2. Complementariedad……..…… 131
3.1.3. Diferencias y Similitudes…….....132
3.1.3.1. Similitudes entre el contrato de sociedad, estatutos y contrato parasocial…….....132
3.1.3.2. Diferencias entre el contrato de sociedad, estatutos y contrato parasocial…….....132
3.2. Reglamentos Internos y Contratos Parasociales……..... 135
3.3. Derogación Singular y Contratos Parasociales……..……...136

CAPÍTULO II: CONTRATOS PARASOCIALES EN EL DERECHO COMPARADO: COLOMBIA Y ESPAÑA……137

1. Contratos Parasociales en el Ordenamiento Jurídico de Colombia……..……..……..142

1.1. Breve Reseña Histórica……..…….... 142
1.2. Evolución Legal…….……...143
1.2.1. Ley 222 de 1.995…….143
1.2.1.1. Limitación en cuanto a los Sujetos……..144
1.2.1.2. Limitación en cuanto al Objeto……145
1.2.1.3. Requisito de Forma……146
1.2.1.4. Requisito de Publicidad…..…….. 146
1.2.1.5. Oponibilidad……..... 146
1.2.1.6. Ámbito de Aplicación…… 147
1.2.1.7. Término del Contrato……..……...147
1.2.2. Ley 964 de 2.005……..…….. 148
1.2.2.1. Ámbito de Aplicación…… 149
1.2.2.2. Remisión expresa al artículo 70 de la Ley 222 de 1.995….149
1.2.2.3. Requisito de Publicidad……..... 150
1.2.2.4. Término del Contrato..……..…… 151
1.2.3. Ley 1258 de 2.008……..……..……152
1.2.3.1. Libertad en cuanto a los Sujetos…….. 153
1.2.3.2. Libertad en cuanto al Objeto…… 153
1.2.3.3. Requisito de Publicidad…..……154
1.2.3.4. Término del Contrato……154
1.2.3.5. Oponibilidad…… 155
1.2.3.6. Eficacia……155

1.2.3.7. Ámbito de Aplicación…… 156
1.3. Régimen Legal aplicable en materia de Contratos Parasociales en cada una de las Sociedades Mercantiles tipificadas en Colombia……157
1.4. Validez de los Contratos Parasociales en Colombia…….....167
1.4.1. Validez, Fundamento Normativo…….. 168
1.4.1.1. Código de Comercio, norma general: Contratación Mercantil…… 168
1.4.1.2. Código Civil, norma obligacional: Contratación General…. 168
1.4.1.3. Legislación Societaria, normativa especial: Acuerdos entre Accionistas……..169
1.4.2. Validez, Autonomía de la Voluntad……..170
1.5. Control Jurisdiccional e Institucional sobre Contratos Parasociales en Colombia……172
1.5.1. La Superintendencia de Sociedades……...172
1.6. Dictámenes en materia de Contratos Parasociales de Colombia…..…… 175
1.6.1. Caso Vermont……..……...……176
1.6.2. Caso Santana Fruits……..……..…. 179

2. Contratos Parasociales en el Ordenamiento Jurídico de España……..…… 183

2.1. Breve Reseña Histórica…..…… 183
2.2. Evolución legal……...184
2.2.1. Código de Sainz de Andino o Código de Comercio de 1.829……. 184
2.2.2. Código de Comercio de 1.885……..…… 184
2.2.3. Ley de Sociedades Anónimas de 1.951……185
2.2.4. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1.953…….. 186
2.2.5. Ley del Mercado de Valores de 1.988……187
2.2.6. Ley de Sociedades Anónimas de 1.989…….....187
2.2.7. Reglamento del Registro Mercantil de 1.996……..... 188
2.2.8. Ley de Sociedades de Capital de 2.010……..... 189
2.2.8.1. Ámbito de Aplicación…… 191
2.2.8.2. Limitación en cuanto al Objeto……..…… 192
2.2.8.3. Régimen de Publicidad…… 192
2.2.9. Ley del Mercado de Valores de 2.015……195
2.3. Régimen Legal aplicable en materia de Contratos Parasociales en cada una de las Sociedades Mercantiles tipificadas en España……...197
2.4. Validez de los Contratos Parasociales en España…….....200
2.4.1. Validez, Fundamento Normativo…..……..203
2.4.1.1. Código de Comercio, norma general: Contratación Mercantil……..……203
2.4.1.2. Código Civil, norma obligacional: Libertad Contractual…...204
2.4.1.3. Ley de Sociedades de Capital, norma especial. Pactos Parasociales……205
2.4.2. Validez, Autonomía de la Voluntad……..……..…… 206

2.5. Control Jurisdiccional e Institucional sobre Contratos Parasociales en España……..209
2.6. Jurisprudencia de España en materia de Contratos Parasociales……209
2.6.1. Caso Munaka……...209
2.6.2. Caso Keops……..211
2.6.3. Caso Hotel Atlantis Playa…….. 214

CAPÍTULO III: REGULACIÓN LEGAL APLICABLE A LOS CONTRATOS PARASOCIALES EN VENEZUELA……...217

1. Sociedades Mercantiles en Venezuela……..……..222

1.1. Contrato de Sociedad, Estatutos Sociales y Voluntad Societaria……222
1.1.1. Clasificación del Contrato de Sociedad en acuerdo a la Teoría General de los Contratos……..……229
1.1.1.1. Contrato Bilateral o Plurilateral……...229
1.1.1.2. Contrato Consensual……230
1.1.1.3. Contrato Oneroso……230
1.1.1.4. Contrato Aleatorio…….. 231
1.1.1.5. Contrato de Tracto Sucesivo…… 231
1.1.1.6. Contrato Típico y Nominado…….....231
1.1.1.7. Contrato Formal……..232
1.1.1.8. En sociedades de personas, Contrato *Intuito Personae*…. 232
1.2. Tipos de Sociedades Mercantiles en Venezuela…… 232
1.2.1. Sociedad en Nombre Colectivo……...234
1.2.2. Sociedad en Comandita……240
1.2.2.1. Sociedad en Comandita Simple…….. 240
1.2.2.2. Sociedad en Comandita por Acciones……241
1.2.3. Sociedad Anónima……..245
1.2.4. Sociedad de Responsabilidad Limitada…….....273
1.3. Disposiciones Comunes a Todos los Tipos Societarios…… 277
1.3.1. Normas que rigen a las Sociedades Mercantiles…..... 277
1.3.2. Deber de Vigilancia del Estado……..... 277
1.3.3. Domicilio de las Compañías…….....278
1.3.4. Nuevos Socios……278
1.3.5. Acreedores y sus Derechos…….. 278
1.3.6. Terceros Asociados…… 279
1.3.7. Aportes Sociales: valoración y retrasos en la entrega.....280
1.3.8. Contrato de Sociedad……281
1.3.9. Reducciones del Capital Social…… 282
1.3.10. Expediente de la Sociedad en el Registro Mercantil……283
1.3.11. Disolución de la Empresa……..283
1.3.12. Fusión de Sociedades…… 285
1.3.13. Liquidación de la Compañía……..286

2. Régimen Legal aplicable a los Contratos Parasociales que se suscriban en las Sociedades Mercantiles de Venezuela..... 292
2.1. Código de Comercio…… 294
2.2. Código Civil…… 297

3. Validez de los Contratos Parasociales en Venezuela…… 299
3.1. Validez, Dogma de la Autonomía de la Voluntad……300
3.1.1. Contratos Atípicos……..303
3.2. Validez, Fundamento Normativo……307
3.2.1. Validez Material del Contrato Parasocial…… 307
3.2.2. Validez Formal del Contrato Parasocial……..310

4. Cuentas en Participación: Contratos tipificados por el Derecho Societario de Venezuela, equiparables a los Contratos Parasociales……..... 312
4.1. Generalidades de los Contratos de Cuentas en Participación…….. 312
4.2. Contrato de Cuentas en Participación entre Socio y Tercero…… 317

5. Propuesta de Regulación aplicable a la cuestión de los Contratos Parasociales en Venezuela……..……...318
5.1. Posible Regulación Estatutaria de los Contratos Parasociales en Venezuela…….. 322
5.1.1. Limitaciones Institucionales…….. 323
5.2. Formación de un precedente, Costumbre Mercantil …….. 325
5.3. Propuesta de Modelo de Cláusulas Estatutarias permisivas de la celebración de Contratos Parasociales en las Sociedades Mercantiles de Venezuela…….....331

CAPÍTULO IV: EFECTOS DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES EN EL DERECHO SOCIETARIO DE: COLOMBIA, ESPAÑA Y VENEZUELA…… 332

1. Efectos de los Contratos en General…..……..…… 336

1.1. Principios Reguladores de los Efectos Contractuales……336
1.1.1. Relatividad de los Contratos ……...336
1.1.2. Oponibilidad de los Contratos ……..338
1.1.3. Obligatoriedad de los Contratos ……..339
1.2. Eficacia de los Contratos…… 340
1.3. Ineficacia de los Contratos……..341
1.3.1. Nulidad de los Contratos……342
1.3.1.1. Efectos de la Declaratoria de Nulidad…….....344
Efectos Retroactivos……...344
Solicitud de Restituciones Reciprocas…….....344
Solicitud de Pago de Indemnización de Daños y Perjuicios…… 344

2. Efectos de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Colombia……..…… 345

2.1. Oponibilidad de los Contratos Parasociales en Colombia……..345
2.1.1. Oponibilidad *Inter Partes*……..…… 345
2.1.2. Oponibilidad frente a la Sociedad Mercantil y frente a demás Terceros……347
2.2. Eficacia de los Contratos Parasociales en Colombia *Enforcement* o Mecanismos de Cumplimiento…… 353
2.2.1. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Societario aplicables a los Contratos Parasociales en Colombia...355
2.2.1.1. Impugnación de Decisiones de la Junta de Socios o Asamblea General…… 356
2.2.2. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Civil aplicables a los Contratos Parasociales en Colombia……...362
2.2.2.1. Acción de Cumplimiento……..…… 363
2.2.2.2. Resolución del Contrato…….....365
2.2.2.3. Indemnización de Daños y Perjuicios……366
2.2.3. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* establecidos por las partes (autotutela) aplicables a los Contratos Parasociales en Colombia…….. 369
2.2.3.1. Contrato de Seguro……370
2.2.3.2. Clausula Penal……..... 375
2.2.3.3. Contrato de Prenda……377
2.2.3.4. Mecanismos de compra y/o venta (*Put* y *Call Options*)…...380
2.2.4. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) vigentes en Colombia, aplicables a los Contratos Parasociales… 380
2.2.4.1. Pacto Arbitral……..……...381
2.2.4.2. Conciliación…….....384
2.2.4.3. Transacción……..... 387
2.2.4.4. Mediación……..... 388
2.2.4.5. Amigable Composición……..389

3. Efectos de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de España……..……..391

3.1. Oponibilidad de los Contratos Parasociales en España……391
3.1.1. Oponibilidad *Inter Partes*……392
3.1.2. Oponibilidad frente a la Sociedad Mercantil y frente a demás Terceros……..... 394
3.1.2.1. Ruptura de los Principios de Relatividad e Inoponibilidad en los Contratos Parasociales no inscritos en la Sociedad Mercantil..... 396
Posición de la jurisprudencia española……396
Posición de la doctrina española...……...403

3.2. Eficacia de los Contratos Parasociales en España: *Enforcement* o Mecanismos de Cumplimiento…… 407
3.2.1. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Societario aplicables a los Contratos Parasociales en España….. 408
3.2.1.1. Impugnación de Acuerdos Sociales……...408
3.2.2. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Civil aplicables a los Contratos Parasociales en España……. 414
3.2.2.1. Acción de Cumplimiento…….. 415
3.2.2.2. Acción de Remoción……..424
3.2.2.3. Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios…….. 426
3.2.2.4. Resolución del Contrato (Remedios Resolutorios)…….. 427
3.2.3. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* establecidos por las partes (autotutela) aplicables a los Contratos Parasociales en España……..428
3.2.3.1. Contrato de Seguro…….. 429
3.2.3.2. Clausula Penal…….. 430
3.2.3.3. Contrato de Prenda……432
3.2.3.4. Mecanismos de compra y/o venta (*Put* y *Call Options*)…...435
3.2.4. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) vigentes en España, aplicables a los Contratos Parasociales…… 436
3.2.4.1. El Arbitraje…..……437
3.2.4.2. La Negociación……..……442
3.2.4.3. La Conciliación……..…… 444
3.2.4.4. La Mediación……..…….....446

4. Efectos de la Aplicación de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Venezuela……..…… 448

4.1. Oponibilidad de los Contratos Parasociales en Venezuela……448
4.1.1. Oponibilidad *Inter Partes*……449
4.1.2. Oponibilidad frente a la Sociedad Mercantil y demás Terceros….. 450
4.2. Eficacia de los Contratos Parasociales en Venezuela: *Enforcement* o Mecanismos de Cumplimiento…… 455
4.2.1. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Societario aplicables a los Contratos Parasociales en Venezuela. 455
4.2.1.1. Impugnación de Acuerdos Sociales……..…….. 455
4.2.2. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Civil aplicables a los Contratos Parasociales en Venezuela…… 458
4.2.2.1. Acción de Cumplimiento……458
4.2.2.2. Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios…….. 463
4.2.2.3. Resolución del Contrato…… 466
4.2.3. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* que se pueden establecer por las partes (autotutela) aplicables a los Contratos Parasociales en Venezuela……...468
4.2.3.1. Contrato de Seguro……..…….. 468

4.2.3.2. Cláusula Penal…….. 469
4.2.3.3. Contrato de Prenda……..... 472
4.2.3.4. Mecanismos de compra y/o venta (*Put* y *Call Options*)……478
4.2.4. Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) vigentes en Venezuela, aplicables a los Contratos Parasociales...479
4.2.4.1. El Arbitraje…….....480
4.2.4.2. La Conciliación……..... 485
4.2.4.3. La Mediación…….……..487

CONCLUSIONES…… 489
RECOMENDACIONES…….....500
REFERENCIAS……..……..…….. 501
ANEXO: Propuesta de modelo de cláusulas estatutarias que permitan la celebración de contratos parasociales en las sociedades mercantiles de Venezuela…….. 516

ÍNDICE DE CUADROS

Pág.

***Cuadro Nº 1*:**

Diferencias entre el contrato de sociedad, estatutos sociales y contrato parasocial……..133

Cuadro Nº 2:

Régimen legal aplicable en materia de contratos parasociales en Colombia…….....165

Cuadro Nº 3:

Régimen legal aplicable en materia de contratos parasociales en España…….. 198

***Cuadro Nº 4*:**

Régimen legal aplicable en materia de contratos parasociales en Venezuela..……..…….…… 299

Cuadro Nº 5:

Oponibilidad de contratos parasociales en Colombia……..……. 352

Cuadro Nº 6:

Oponibilidad de contratos parasociales en España……..…..…. 406

Cuadro Nº 7:

Oponibilidad de contratos parasociales en Venezuela……. 454

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

APLICACIÓN Y EFICACIA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES EN EL DERECHO SOCIETARIO DE VENEZUELA, COLOMBIA Y ESPAÑA

Autora: Quiñonez, Thais.
Tutora: Bautista, Beatriz.
Año: 2.020.

RESUMEN

Los contratos parasociales son un instrumento legal importante en el desarrollo empresarial, a lo largo de los años han sido incluidos en diversos órdenes jurídicos; Colombia, presenta avance normativo en la materia, y España, brinda jurisprudencia y doctrina con relevante papel protagónico. Venezuela, evidencia vacío legal y jurisprudencial, y su doctrina no suple dicho silencio, pues solo reconoce la existencia de estos contratos en paralelo del Contrato de Sociedad y de los Estatutos Sociales, sin mediar posiciones o teorías; sin embargo, la validez de estos contratos en este país, se puede fundamentar en el artículo 200 del texto mercantil patrio, y en las disposiciones contractuales generales contenidas en los Códigos de Comercio y Civil, siendo su base legal el Principio de la Autonomía de la Voluntad, la Libertad de Contratación y la Libertad Contractual. Por ello, a través de una metodología documental de nivel descriptivo - exploratorio, se obtuvo de la presente investigación el contenido económico, societario, político – empresarial, corporativo y disciplinario de estos contratos; los cuales poseen a partir de la Voluntad Societaria una vasta clasificación cuya meta es la protección de los derechos de los socios o accionistas y el crecimiento empresarial, presentando beneficios y ventajas no solamente para la sociedad mercantil sino para el crecimiento económico de un país; así, con la descripción de las generalidades de los contratos parasociales, el estudio de su régimen legal en Colombia y España, la determinación del régimen jurídico aplicable a estos contratos en Venezuela y el estudio de sus efectos jurídicos en estos países, se produjo una investigación inédita de naturaleza cualitativa, de la que se obtuvo la importancia de estos contratos, para así, puntualizando en Venezuela, proponer su inclusión en la normativa empresarial por la vía estatutaria o por la costumbre mercantil, si el dinamismo comercial así lo requiere.

Descriptores: Contratos Parasociales, Sociedades Mercantiles, Estatutos Sociales, Contratos Atípicos, Autonomía de la Voluntad.

RESUMEN EJECUTIVO

Código del Proyecto:
Título del Trabajo de Grado: Aplicación y Eficacia Jurídica de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Venezuela, Colombia y España.
Programa de Postgrado: Maestría en Derecho Mercantil.
Financiamiento: Propio.
Estado: Concluido: __X__ Por concluir: _____
Investigador: Thais de Jesús Quiñonez Torres.
Correo Electrónico: spring-16@hotmail.com
Línea de Investigación: Contratos Mercantiles y Derecho Societario.
Palabras Clave: Contratos Parasociales, Sociedades Mercantiles, Estatutos Sociales, Contratos Atípicos, Autonomía de la Voluntad.
Descripción del Problema: A pesar del reconocimiento normativo y jurisprudencial de los contratos parasociales en diversos ordenamientos jurídicos, en Venezuela aún se evidencia un innegable vacío legal y jurisprudencial en la materia, además no se encuentra apoyo en la doctrina nacional, ésta solo se limita a reconocer la existencia de estos contratos en paralelo del contrato de sociedad y de los estatutos sociales, sin más.
Objetivo General: Analizar la aplicación y eficacia jurídica de los contratos parasociales en el Derecho Societario de Venezuela, Colombia y España.
Objetivos Específicos: 1) Describir las generalidades de los contratos parasociales, 2) Estudiar el régimen legal aplicable a los contratos parasociales en el Derecho Comparado de Colombia y España, 3) Determinar la regulación legal o régimen jurídico aplicable a los contratos parasociales en Venezuela, 4) Estudiar los efectos de la aplicación de los contratos parasociales en el Derecho Societario de Colombia, España y Venezuela.
Resultados Obtenidos y Conclusiones (posible aplicación): Los contratos parasociales constituyen un avance para el Derecho Societario de cualquier país, pues tienen la particularidad de llenar los vacíos o lagunas que se pueden presentan, tanto en el contrato de sociedad como en los estatutos sociales o incluso en la normativa mercantil, siendo una herramienta jurídica útil para los diversos tipos de entidades comerciales (sociales o unipersonales), pues se presentan como un negocio innovador, que se puede abocar a diversas materias en razón de la variedad de intereses y derechos que pueden regular. En Venezuela su aplicación es viable a la luz del artículo 200 del Código de Comercio, y en aplicación de las disposiciones contractuales generales contenidas en el mismo Código de Comercio y en el Código Civil, siendo entonces su base legal el Principio de la Autonomía de la Voluntad, la Libertad de Contratación y la Libertad Contractual.

INTRODUCCIÓN

Para comprender un poco la ubicación e importancia de los contratos parasociales, primeramente hay que ubicarse en el seno de la sociedad mercantil, pues en la actividad comercial, la empresa juega un papel importante, por ello el Derecho Societario dota de ciertas facultades a los sujetos de derecho para que en pleno ejercicio de sus derechos económicos, puedan asociarse y constituir entre sí unidades societarias autónomas dotadas de personalidad jurídica, con lo cual, se crea un equipo económico o empresarial, cuyas facultades productivas en comparación con la actividad mercantil que cada uno de los socios pudiera desarrollar individualmente son más prometedoras.

Para lograr esto, establece el Derecho la obligación de celebrar un contrato social, que dará nacimiento y validez jurídica a la nueva sociedad mercantil, siendo imperativo además, la suscripción de los respectivos estatutos sociales de la empresa, en los que deberá incorporarse, las normas corporativas inherentes al manejo de la actividad comercial que se desarrollará; siendo su principal garante el Estado, el cual, vigilará que dichos contratos estén dentro de los parámetros de legalidad y licitud requeridos, evitando además que se viole el orden público, la moral o las buenas costumbres, debiendo ser éstas las únicas limitaciones a la Voluntad Societaria, pues solo así los socios fundadores, podrán hacer un buen uso de las herramientas jurídicas dispuestas a su favor para generar los frutos esperados.

Sin embargo, muchas veces, sea por desconocimiento de los socios fundadores o por insuficiente orientación legal, se dejan vacíos en la creación de una sociedad mercantil, pues se suscriben estatutos sociales que solo regulan aspectos legales básicos, dejándose el desenvolvimiento jurídico de

la empresa a las normas supletorias de carácter general, pues en la redacción de los mismos se encuentra por lo general, que solo se hace referencia a la denominación social y domicilio de la empresa, al objeto social, al capital de la compañía, a los socios integrantes y su porcentaje accionario, al valor de los créditos o bienes aportados, al capital suscrito, al nombramiento de la junta directiva con su tiempo de gobierno, a la designación del comisario, entre otros ítems que vienen a ser más o menos aspectos típicos y obligatorios a toda sociedad mercantil, pero sin ahondarse más en cada uno de ellos, y sin incorporarse otros aspectos igualmente importantes.

Con lo que se observa, que no se aprovecha al máximo la figura jurídica del estatuto social, que al ser un contrato dota a las partes firmantes para que previo a su suscripción haya consenso por parte de los futuros socios sobre las cláusulas que desean incorporar en él, siendo que los estatutos sociales pueden válidamente acoplarse a las particularidades propias de la sociedad mercantil que se aspira constituir, adaptándose al modo en cómo los socios quieran llevar a cabo sus negocios y al mismo tiempo cómo quieran defender sus intereses.

Empero, los socios en la mayoría de los casos, al momento de crearse la sociedad, dejan sin regular a través de los estatutos, asuntos que serán de suma importancia tanto para ellos, como para la sociedad mercantil de la que formarán parte, e incluso para terceros eventualmente involucrados en los negocios mercantiles suscritos con la futura sociedad; lo que traduce, que muchas veces los estatutos sociales no presentan a plenitud la utilidad que deberían y pueden generar; pues debe tenerse en cuenta que los estatutos sociales, se erigen como una de las herramientas empresariales para el logro efectivo de los objetivos planteados, a la vez que estos son un mecanismo que dará seguridad jurídica a las transacciones llevadas a cabo por la

empresa y serán el garante de la protección al patrimonio social representado en los porcentajes accionarios.

Por ello, los estatutos sociales deberían contener en sí mismos, los elementos adecuados para resolver eventuales controversias entre los socios, o entre éstos y la sociedad mercantil, así como, las pautas necesarias para la apropiada protección a los derechos de todos los socios o accionistas por igual, tengan éstos poco o gran parte de contenido accionario; pues se debe recordar, que muchas veces los accionistas mayoritarios toman ventaja de estos vacíos reglamentarios en la sociedad, pero no se puede ignorar que pese a que un socio o grupo de socios no posean un porcentaje accionario significativo dentro de la esfera patrimonial de la sociedad, su importe económico si puede ser importante en la esfera patrimonial individual de esos socios o accionistas minoritarios, y en algún momento éstos querrán hacer valer sus derechos a plenitud.

Con lo cual, si en el proceso de formación de la sociedad mercantil se dejan vacíos estatutarios importantes, los socios o accionistas de la empresa constituida, una vez ésta empiecen su giro comercial y una vez que se vaya consolidando la compañía en el mercado elegido, pueden observar la necesidad de regular aspectos no tipificados en los estatutos ni en el contrato social, lo que los motivará a buscar en otras figuras el complemento de estos vacíos, desarrollándose entonces «formas contractuales paralelas al estatuto social»; pues como lo refiere Bonmatí J. (2.018) en aplicación del Teorema de Coase ‘‘las ineficiencias de la norma se salvan a través de la contratación’’[1], siendo el estatuto social, la norma interna de la sociedad.

[1] BONMATÍ, Julio. (2011). Los Pactos Parasociales. Artículo de *AECE*. Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 09 de febrero de 2019. Disponible en: file:///C:/Users/PC03/Pictures/Dialnet-LosPactosProfesionales-3816229.pdf p.17.

Con lo cual, intereses económicos de los socios puede vislumbrar dos escenarios; por una parte, la contratación ajena al estatuto social, viene a salvar el vacío reglamentario e incluso legal que se presenta en esta situación, que puede ser causado tanto por el referido descuido de los socios al suscribir el estatuto social, o por el abuso en la discrecionalidad del Estado, que en algunas ocasiones, por ser garante de la Ley, limita la Voluntad Societaria a través de los Registros Mercantiles, pues el rol del Registrador juega en dichos casos un papel importante, siendo quien puede prohibir la incorporación de aspectos que según su visión, no son actos para reglamentarse en los estatutos sociales, desnaturalizando el valor de la Autonomía Privada. Y por otra parte, se discute la validez jurídica de contratos paralelos al estatuto social, al ser aquel una forma contractual que en muchos ordenamientos jurídicos aún no se encuentra regulada por la normativa societaria, haciendo que su uso práctico en diversos países sea debatido.

Sin embargo, lo cierto es que en el devenir social, han surgido formas contractuales como complemento del estatuto social, llamadas por Oppo G. (1.942) como ‘‘contratos parasociales’’ que vienen a ser esos ‘‘vínculos asumidos entre los socios o entre éstos y la sociedad, o incluso entre socios y terceros, que derivan de acuerdos separadamente concluidos y extraños a la reglamentación social…’’ *(Apud.* Henao L. (2.013).).[2] Que aunque de antigua definición son en diversos ordenamientos jurídicos de novísima aplicación.

Son estos contratos paralelos entonces, como lo pauta Bonmatí J. (2.011) ‘‘la elaboración de un traje a medida encaminado a una mejor regulación de las

[2] HENAO, Lina. (2013). Los Pactos Parasociales. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Nº 25. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2.019. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a08.pdf p.181.

relaciones entre los socios de una sociedad''[3], que ven en los mismos una protección eficaz de sus derechos e intereses, si los estatutos sociales se presentan como una regulación insuficiente; que se han venido introduciendo y desarrollando en la práctica, como una herramienta empresarial, bajo la protección de las normas de la contratación privada, ofrecidas por el Derecho Obligacional, pues como se ha dicho en la normativa societaria de diversos países aún hay silencio en referencia a estos contratos.

Lo cual, en diversas ocasiones ha producido diversas irregularidades, pues al estar el contrato parasocial en la mayoría de las legislaciones, solo al amparo de la normativa civil, se desprotege la eficacia jurídica a nivel societario de los mismos y se tiende a favorecer al oportunismo; siendo que al no haber normativa mercantil especial en la materia, los jueces que conocen de estos asuntos en los Tribunales mercantiles, no cuentan con las herramientas necesarias para impartir justicia en sus decisiones, debiéndose aplicar en los procesos judiciales, teorías y principios propios del mundo contractual civil, lo que ocasiona que estos contratos, no surtan plenos efectos, pues en muchos casos se dictaminan a los contratos parasociales, como inoponibles ante la sociedad mercantil y ante terceros.

Por ello, el Derecho Mercantil no puede seguir dejando incongruencias en la regulación de este tipo de convenios, correspondiendo en todo caso, a la jurisprudencia, establecer el punto de equilibrio entre lo regulado por la Ley y lo que se presenta en la práctica, sin olvidar, el norte y sentido de estos contratos, como realidad latente en diversas legislaciones, que en su correcta aplicación puede presentar grandes beneficios, tomando en cuenta el tipo de contrato y el derecho o conjunto de derechos regulados en él.

[3] BONMATÍ, Julio. *Op. Cit*. p.17.

Caso contrario, si la legislación sigue dejando estos vacíos y la jurisprudencia no ofrece posturas unánimes, los contratos parasociales solo serán herramientas de estafa social o mecanismos ideales para aprovechamiento individual, pese a los derechos de los demás socios o terceros involucrados, convirtiéndose en un total fraude a la actividad empresarial; visto así desde cualquier punto, como ya se mencionó, no habría seguridad jurídica y los intereses individuales y colectivos puestos en juego y a la vista en el convenio parasocial, serían gravemente conculcados, poniéndose en peligro derechos societarios, económicos, políticos – empresariales y corporativos, siendo necesario entonces, procurar que no haya deslealtad en este tipo de convenios.

Razones por las cuales, una adecuación legal para los contratos parasociales, es imprescindible, ya sea esto a través de su incorporación a las normas de los Códigos de Comercio en las diversas legislaciones, ya sea a través de reformas legislativas, mediante su incorporación a la legislación mercantil especial o ya sea en su incorporación a las disposiciones reglamentarias de los estatutos sociales, sin limitaciones innecesarias por parte del Estado; pues ello, generaría un sistema de seguridad jurídica ideal, se fortalecería la inversión al capital social y se potenciaría la capacidad asociativa de la empresa; siendo así, porque al haber un sistema que protege el modo como se van a desarrollar a nivel interno y frente a terceros los negocios jurídicos y comerciales de la empresa, los futuros accionistas obtienen un buen grado de confianza y ponen a disposición sus recursos, invirtiendo sus activos en los negocios mercantiles propuestos, favoreciéndose la actividad comercial mencionada en un principio.

Sin embargo, para llegar a este nivel, aún falta mucho camino por recorrer, y de las normativas estudiadas, se observa que solo algunos ordenamientos jurídicos han hecho propuestas legislativas para regular esta figura

contractual; por lo que lamentablemente la mayoría de las legislaciones del *Civil Law*, están aún desfasadas en cuanto a los contratos parasociales se refiere, pese a su uso en la práctica social, siendo en la actualidad que solo en el sistema del *Common Law*, que se observa un avance significativo en esta materia.

Así, solo algunas legislaciones han abordado el tema; entre éstas, se tiene que en España el empleo de los contratos extraestatutarios, llamados en este orden jurídico «Pactos Parasociales» ha despertado el interés doctrinario y son ya diversos los criterios jurisprudenciales ofrecidos al respecto, pues se ha generado en el entorno societario de este país la conciencia sobre la importancia de estos contratos para la vida empresarial. En Colombia, hay gran avance normativo, pues la celebración de los contratos extraestatutarios, denominados en este orden jurídico «Acuerdos de Accionistas», se presentan como válidos en diversos tipos societarios, presentándose de igual manera a la fecha, criterios jurisprudenciales en referencia al tema.

Mientras que en Venezuela, aún no se ha obtenido el avance requerido en esta área, de hecho, hablar de contratos parasociales en la legislación patria, es hablar de un tema inédito, poco o nada desarrollado, a pesar que en otros países su uso práctico se observa desde hace décadas, lo que evidencia en Venezuela, un Derecho Mercantil menos dinámico y por ende menos adaptado al contexto universal ofrecido en esta materia. Tampoco, se cuenta en los Tribunales mercantiles venezolanos con jurisprudencia al respecto y la doctrina nacional muy poco ha incurrido en el tema.

Así, a la fecha en Venezuela, solo el profesor Morlés A. (2.007) ha abordado el tema, refiriéndose a los contratos extraestatutarios como «Acuerdos

Sociales Paralelos»[4], el profesor hace una breve mención de estos contratos en una de sus obras literarias sin ahondar más en el tema, refiriendo en la misma, los aspectos más relevantes brindados por la legislación italiana, así citando a Di Sabato, hace ‘‘una síntesis de las áreas en que estos acuerdos se producen’’, a saber: en el financiamiento, en la gestión, en la cualidad de socio y sobre las modalidades de reintegro de la participación o de liquidación de la sociedad[5]; sin embargo, no establece el citado doctrinario, su postura frente al trato que debería darse a estos contratos en Venezuela.

Con lo cual, lamentablemente en el Derecho Societario nacional, no existe una legislación especial referida a los contratos parasociales, ni proyectos de Ley en camino a ser incorporados en el ordenamiento jurídico mercantilista, ni siquiera mínimamente alguna propuesta legislativa; debiéndose remitir en el caso de que se pretendan celebrar estos contratos en sociedades mercantiles venezolanas, al igual que en otras legislaciones, a la normativa obligacional civil.

Lo cual, hace que en Venezuela, ciertos aspectos empresariales de suma importancia sean de difícil regulación, pues en un primer momento, cuando se intentan incorporar a los estatutos sociales se tropieza con la negativa por parte de los Registradores Mercantiles, quienes en razón de las Potestades de Control que le otorga la legislación nacional y la normativa administrativa (resoluciones y circulares), rechazan la inscripción y registro de aquellos contratos de sociedad y estatutos sociales que se desajustan de lo habitual; y en un segundo momento, una vez constituida la empresa, no existe el respaldo legal, jurisprudencial ni doctrinario, que permita a los socios o accionistas de las entidades mercantiles nacionales, la celebración de

[4] MORLÉS, A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil*, *Tomo II: Las Sociedades Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. p.1088.
[5] *Ibidem*. p.1.089.

nuevos contratos en los cuales puedan regular éstos aspectos empresariales dejados en desamparo.

Siendo entonces necesario formularse las siguientes interrogantes, ¿En qué consisten los contratos parasociales?, ¿Cómo se regulan los contratos parasociales en Colombia y España?, ¿Se tiene conocimiento de los contratos parasociales en Venezuela?, ¿Qué efectos y validez producen y tienen los contratos parasociales en Colombia y España?, y ¿Qué efectos y validez podrían producir y tener los contratos parasociales en Venezuela?

Dichas incógnitas se originan dado el silencio legislativo y jurisprudencial al respecto, recordando que en Venezuela este tema social es ajeno a la cotidianidad del lenguaje jurídico que se maneja, en contraposición a otras legislaciones, incluso tan cercanas como lo es la colombiana, donde se encuentran un respaldo normativo, jurisprudencial y doctrinario más acentuado.

Todos estos preceptos conducen entonces a tener como objetivo general en esta investigación, el de «Analizar la aplicación y eficacia jurídica de los contratos parasociales en el Derecho Societario de Venezuela, Colombia y España», lográndose esto, a través del desarrollo de cuatro objetivos específicos, los cuales serán: 1) Describir las generalidades de los contratos parasociales, 2) Estudiar el régimen legal aplicable a los contratos parasociales en el Derecho Comparado de Colombia y España, 3) Determinar la regulación legal o régimen jurídico aplicable a los contratos parasociales en Venezuela, y finalmente 4) Estudiar los efectos de la aplicación de los contratos parasociales en el Derecho Societario de Colombia, España y Venezuela.

Objetivos que se lograrán, a partir del estudio de posiciones doctrinales y académicas que servirán de base y apoyo a este estudio en particular; así, entre otros, se encuentra el trabajo realizado por Henao L. (2.013) quien establece que ‘‘los pactos parasociales… constituyen una herramienta de uso frecuente en el desarrollo de las relaciones corporativas pese a la ausencia de una regulación legal integral, los cuales tienen por finalidad, regular extremos no recogidos estatutariamente’’[6]. Por lo que, la autora confirma que su validez, eficacia e incumplimiento estarán determinados en mayor medida por las normas de Derecho Civil y en menor proporción por el orden jurídico societario. Dicho artículo desarrolla una presentación de la noción, notas características, naturaleza jurídica y las vicisitudes que subyacen en esta materia a la luz de los principales ordenamientos jurídicos de los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*, pautas que resultan sumamente valiosas a los ojos de esta investigación.

De igual manera, el trabajo monográfico escrito por Higuera C. y Montealegre L. (2.018) ofrece una visión amplia de los contratos parasociales, pues los autores establecen que estos ‘‘acuerdos’’ aparecen ‘‘como una forma de… [solución a] los problemas de agencia, que consisten en acuerdos de voluntades firmados al margen de la sociedad, que implementan una regulación extra-estatutaria…’’ Esbozando estos estudiosos las formas en que dichos contratos se pueden hacer realmente eficaces, aun en la esfera societaria.[7]

---

[6] HENAO, Lina. *Op. Cit.*p.179.

[7] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. (2018). Eficacia de los Pactos Parasociales dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano para suplir a los Riesgos de la Actividad Societaria. Monografía para optar por el título de abogado. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. [Monografía en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2019. Disponible en: https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17662/HigueraVillalbaCarlosDavid%20y%20MontealegreTovarLauraSofia%202018.pdf;jsessionid=8871C707AD1528601C04B72E821E45FE?sequence=3 p.3.

En igual medida, el artículo escrito por Sáez M. (2.009) ofrece diversos criterios importantes, estableciendo que ‘‘actualmente la cuestión [de los contratos parasociales] es muy incierta, lo cual pone a prueba la audacia y el ingenio de los profesionales del derecho para articular mecanismos contractuales que posibiliten el *enforcement* societario del pacto parasocial’’[8]. Texto valioso a los fines de esta investigación, pues expone el importante papel de los jueces ante las eventuales controversias que se pueden presentar en la ejecución de estos contratos cuando la normativa es insuficiente al respecto.

En igual medida, los estudios publicados por Paz-Ares C. (2.003 - 2.011) serán base fundamental en esta investigación, pues este doctrinario establece criterios importantes para determinar la validez de los contratos parasociales[9] y estructura ‘‘los medios de tutela de que pueden echar mano las partes [de un contrato parasocial] para lograr su efectividad en caso de incumplimiento’’[10].

Trabajos estos analizados bajo un enfoque metodológico documental, cualitativo y descriptivo, haciéndose una investigación general sobre la temática de los contratos parasociales suscritos en el seno de sociedades mercantiles, donde la recolección de la información se desarrolló a través de la medición de variables independientes a partir de conceptos obtenidos de fuentes secundarias.

---

[8] SÁEZ, María I. (2.009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. *Revista para el Análisis del Derecho*. www.indret.com. InDret Nº 3/2009. [Revista en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138031/188676 p.3.

[9] PAZ-ARES, Cándido. (2011). La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de julio de 2.019. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf?id=3361

[10] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, Nº 5/2.003. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 25 de julio de 2.019. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf p.19.

El propósito de esta investigación es entonces, la descripción conceptualizada de un fenómeno social preexistente, en un marco referencial actual, a través del estudió de casos societarios y del cuerpo normativo vigente en diversas legislaciones aplicables en la materia mercantil estudiada, todo a través de las técnicas de las fichas y el resumen, teniendo en cuenta que se presentan desafíos académicos al ser una investigación explorativa e inédita en el Derecho Societario venezolano.

Así, se profundizará y delimitará esta investigación en el desarrollo de cuatros capítulos desglosados de la siguiente manera: Capitulo I: Los Contratos Parasociales, a través del cual se hace una descripción general de los mismos desde sus inicios hasta la actualidad, razón por la cual se habla en este capítulo de los antecedentes de los contratos parasociales, sus características y tipología, determinación de su naturaleza jurídica en base al estudio de la Teoría General de los Contratos y Principios Generales del Derecho aplicables en esta área, para terminar por confrontarlos con otras figuras societarias en sus similitudes y diferencias.

Seguido esto del Capítulo II: Contratos Parasociales en el Derecho Comparado, a través del cual se estudiará el régimen legal aplicable a este tipo de convenios en el derecho comparado, específicamente en los ordenamientos jurídicos de Colombia y España, en los que se observa desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario en el área. Continuando con el Capítulo III: Régimen Jurídico aplicable a los Contratos Parasociales en Venezuela, determinando la normativa venezolana que se podría aplicar a este tipo de convenios, aun cuando no existe legislación mercantil especial al efecto. Para concluir finalmente con el Capítulo IV: Efectos de la aplicación de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Colombia, España y Venezuela, analizando el alcance jurídico de estos contratos.

CAPITULO I
LOS CONTRATOS PARASOCIALES

El asunto de los contratos parasociales, desde diversas perspectivas, ha sido objeto de estudio en diversos trabajos investigativos, así en la presente investigación, el tema se abordó primeramente desde un enfoque general, pues se exponen los antecedentes históricos de éstos contratos, su evolución jurídica, se establece su definición, sus características, su contenido y su clasificación.

Lo que lleva en un segundo punto, a hablar de la naturaleza jurídica de los convenios extraestatutarios, a partir del estudio de la Teoría General de los Contratos, analizando los Principios configuradores de los contratos en general, los elementos o requisitos esenciales, la categorización de los contratos, sus modos de interpretación y la extinción de los mismos en sentido general, para así, poder aplicar dichos preceptos a los contratos parasociales. Del mismo modo, se describen las generalidades de las Obligaciones Mercantiles, sus características y su clasificación.

Logrando en un tercer momento, contraponer los contratos parasociales, con otras figuras societarias, como los estatutos sociales, los reglamentos internos y las derogaciones singulares, a través de la exposición de la compatibilidad, complementariedad, diferencias y similitudes, entre estas figuras.

En razón de lo cual, debieron analizarse diversos trabajos monográficos y tesis de grado, trabajos de ascenso, artículos y publicaciones doctrinarias precedentes a este estudio, que sirvieron de fundamento teórico a los postulados propuestos en la presente investigación.

Antecedentes Investigativos

En el desarrollo del presente Capítulo, fueron importantes los aportes obtenidos de los trabajos y publicaciones siguientes:

. **«Los Pactos Parasociales»**. Artículo escrito por Henao Lina, para la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, en Julio - Diciembre de 2.013; cuyo análisis doctrinario, tiene como objeto, entre otros, exponer las nociones generales de los contratos parasociales, tales como su concepto y finalidad, características, naturaleza jurídica, su regulación en algunos ordenamientos jurídicos y su tipología, refiriendo la autora, que:

> En la práctica societaria, el conocimiento nominal y generalizado de los pactos parasociales contrasta con el escaso tratamiento normativo de sus elementos esenciales, con su contenido y con los efectos relativos a su eficacia, cumplimiento y exigibilidad.
> [Por lo que,] Solo respondiendo a los cuestiones sobre qué son, para qué sirven y por qué son utilizados, podremos abrir la puerta para procurar una regulación normativa que, aunque compleja, reconozca la pluralidad de operaciones que subyacen en los acuerdos extraestatutarios.
> [Pues] En últimas, se trata de superar la pérdida de funcionalidad del derecho societario a través de la flexibilización de su contenido…[11]

. **«El *Enforcement* de los Pactos Parasociales»**. Artículo doctrinario, escrito por el profesor Paz-Ares Cándido para la Revista de Derecho ‘‘Actualidad Jurídica Uría & Menéndez’’, en el año 2.003; cuya finalidad es disipar las dudas en torno a la eficacia de los contratos parasociales, haciendo previamente una exposición de algunos de los tipos de contratos parasociales existentes, estableciendo el citado catedrático, que para abordar justamente el estudio de los contratos parasociales ‘‘parece conveniente ordenar de antemano la fenomenología [de los mismos], que

[11] HENAO, Lina. *Op. Cit.* pp.216-217.

ofrece una sorprendente variedad en la práctica negocial. Con arreglo a una clasificación bastante extendida…"[12]; razones por las cuales, sus aportes son parte integrante de este apartado.

. **«Eficacia de los Pactos Parasociales dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano para suplir a los Riesgos de la Actividad Societaria»**. Trabajo Monográfico escrito por Higuera Carlos D. y Montealegre Laura S., como requisito para optar por el título de abogado en la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá - Colombia. Programa de Derecho - 2.018; trabajo éste, que aunque en mayor medida será base fundamental en los capítulos siguientes, es sustento de alguno de los aspectos que se hablarán en este capítulo; pues los citados autores, como parte de su estudio, realizan un bosquejo de los contratos parasociales en general, abordando su concepto, haciendo un análisis de la naturaleza jurídica, exponiendo las diferencia con otras figuras jurídicas y analizando sus clases[13]; de cuyo estudio, se obtienen aportes importantes propios de las generalidades de los contratos bajo estudio, que se expondrán en la primera y tercera parte de este capítulo.

. «**El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada en la Contratación: Génesis y Contenido Actual**». Trabajo Monográfico escrito por el Doctor Soro Olivier, para la Colección Jurídica General Reus de España, sin fecha de publicación; trabajo que ofrece una amplia explicación de origen, significado y desarrollo de la Autonomía de la Voluntad Privada y rol jurídico actual, formulándose el citado autor las siguientes interrogante:

> ¿Son hoy los particulares libres para darse a sí mismos las normas que consideren convenientes, sin tener que depender de nadie? [O] En otras palabras, ¿hasta qué punto es autónoma la voluntad de los particulares?... [Donde para desarrollar dichas cuestiones, el autor analiza en] primer lugar, cuál es el origen, las fuentes y la

[12] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*. p.19.
[13] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*.

> evolución del principio de la autonomía de la voluntad privada tal y como hoy lo conocemos (*primera parte*). Y en segundo lugar, cuál es el contenido, el alcance y el contenido actual de dicho principio (*segunda parte*).[14]

Trabajo Monográfico relevante para esta investigación, pues la autonomía privada será base importante en el desarrollo y validez de los contratos parasociales.

. «**El Principio de Autonomía de la Voluntad. Teoría del Derecho**». Articulo doctrinario escrito por San Vicente Aida del Carmen, sin fecha de publicación; cuyo objeto es estudiar la fundamentación filosófica de la Autonomía de la Voluntad, haciendo una breve referencia histórica de dicho principio, exponiendo sus formas de reconocimiento jurídico, tanto en el derecho subjetivo como en el derecho objetivo, para poder establecer su concepto, marco jurídico y límites; estableciendo la autora que ‘‘la autonomía de la voluntad es el poder de autodeterminación que le permite al ser humano dictar y construir una nueva realidad jurídica en torno de sus intereses y relaciones’’[15]; cuyos aportes académicos, resultan igualmente valiosos al desarrollo de los preceptos contractuales explicados en este capítulo.

. «**Curso de Derecho Civil III, Obligaciones**». Libro escrito por Domínguez María, para la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, en el año 2.017; cuyo objeto es, entre otros, desarrollar las generalidades de la figura jurídica del Contrato, analizando su noción, caracteres, importancia, clasificación, elementos o condiciones, su proceso de formación, su validez,

---

[14] SORO, Olivier. (S/F). El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada en la Contratación: Génesis y Contenido Actual. Colección Jurídica General Reus. España. [Monografía en línea]. Fecha de consulta: 13 de abril de 2.019. Disponible en: https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas9788429019087_principio_autonomia_voluntad_web.pdf p.12.

[15] SAN VICENTE, Aida del C. (S/F). El Principio de Autonomía de la Voluntad*. Teoría del Derecho.* [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 13 de abril de 2.019. Disponible en: http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf p.1.

sus efectos, su cumplimiento e interpretación[16]; aspectos relevantes en la compresión de la Teoría General de los Contratos, y sobre la cual se tratara en la presente sección.

. «**Curso de Obligaciones. Derecho Civil III**». Obra escrita por Maduro Eloy, para la Universidad Católica ‘‘Andrés Bello’’, en el año 1.993; de cuyo texto se obtienen aportes relevantes referidos a la Teoría General de los Contratos, que de forma general se aplican a todo tipo de contrato[17], entre éstos, los parasociales.

. «**Derecho Mercantil, Manual Teórico Práctico**». Manual escrito por Barbosa Ely, para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, de la Universidad Central de Venezuela (UCV), en el año 1.998; cuya obra ofrece aspectos relativos a las obligaciones mercantiles[18], relevantes a este estudio.

. «**La Interpretación de los Contratos**». Artículo doctrinario escrito por Mélich José, para la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, en el año 1.999; cuyo objeto es realizar un análisis sobre los modos de interpretación de los contratos ofrecidas por los órdenes jurídicos y las máximas a ser empleadas en estos procesos[19].

__oOo__

Estudios éstos, que en complemento con otros más, permitieron desarrollar teóricamente el presente capítulo.

---

[16] DOMÍNGUEZ, María C. (2017). *Curso de Derecho Civil III, Obligaciones*. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A. Caracas, Venezuela. [Libro en línea]. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2019. Disponible en: http://andromeda.unimet.edu.ve/anexos/libroe/texto/Dominguez_Derecho.pdf

[17] MADURO, E. (1993). *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Octava Edición, Editorial Texto C.A. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

[18] BARBOSA, E. S. (1998) *Derecho Mercantil, Manual Teórico Práctico*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Quinta Edición D’vinni Editorial Ltda. Caracas, Venezuela.

[19] MELICH, José (1.999). La Interpretación de los Contratos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*. Valparaíso, Chile. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2.019. Disponible en: http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/434/407

1. Algunas Consideraciones Generales sobre los Contratos Parasociales

1.1. Antecedentes Históricos

Como bien lo expone Morillas M. (2.012) al hablar de cualquier fenómeno social y legal, primeramente se debe entender cuál es su sentido en el escenario socio-económico y jurídico, tanto en su significado como en su trayectoria, por lo cual, se debe entender, el origen y evolución de dicho evento[20]; así, al estudiar los contratos parasociales, se debe entender por qué existen y por qué se usan en el mundo empresarial moderno, al igual que, entender cómo ha sido su tratamiento en diversas legislaciones desde su origen y a lo largo de su evolución jurídica.

Así, se recuerda que el Derecho Societario, es un conjunto de normas instituidas con el fin de otorgar seguridad jurídica a las operaciones desarrolladas por los comerciantes individuales y colectivos, estas normas otorgan rigidez a los negocios jurídicos realizados por éstos para evitar al máximo los riesgos frente a la sociedad mercantil, frente al comerciante individual y frente a terceros, lo que ha ocasionado que en principio el contrato social fundador sea objeto de ciertas limitaciones, las cuales terminan frenando la regulación estatutaria en relación a asuntos sociales de importancia, y en algunos casos, con repercusiones en la esfera patrimonial de cada socio, lo que induce a éstos a celebrar paralelamente al estatuto, otros tipos de convenios.

[20] MORILLAS, María J. (2012) Prólogo, en FELIU, Jorge. (2012). Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas. *Marcial Pons*. (pp. 7-12). [Trabajo en línea]. Fecha de Consulta: 20 de febrero de 2.019. Disponible en: https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689892.pdf

Surge entonces, la necesidad para los socios o accionistas que conforman los distintos tipos de sociedades mercantiles, de encontrar otros medios a través de los cuales pueden respaldar los derechos dejados en desamparo por el estatuto social, ya sea, porque la naturaleza de estos asuntos no sea estatutaria o bien, porque no se incorporaron en su momento al contrato social fundador, surgiendo así una suerte de «contratos reservados» entre los socios.

Por lo que en sus inicios, los contratos parasociales eran solo acuerdos o pactos reservados entre los socios, sin ninguna implicación legal para la sociedad; es decir, los contratos parasociales nacieron como un mecanismo meramente privado aun cuando las partes contratantes pertenecían a una sociedad mercantil y aun cuando los asuntos ventilados en estos contratos eran propios del mundo societario (aunque con interés particular a cada socio firmante). En razón de esto, los contratos parasociales en principio se ubicaron en un terreno extramuros del Derecho Societario y en un plano meramente Obligacional Civil.

Así las cosas, en el seno de las sociedades mercantiles reguladas en diversos ordenamientos jurídicos, estos contratos se empezaron a concebir como una forma de solución a complicaciones corporativas propias del mundo empresarial, surgiendo con ellos, diversos cuestionamientos legales, ejemplo de ello, se observa, en la legislación española, que en principio se oponía rotundamente a los mismos, declarándolos «inoponibles a la sociedad», estableciéndose que todo pacto entre socios debían estar reflejados solemnemente en los estatutos o escritura social para que pudieran surtir plenos efectos, de lo contrario eran actos prohibidos y nulos en la esfera social.

Sin embargo, en el constante devenir comercial se fue vislumbrando la utilidad de este tipo de contratos en la práctica social y se fue suavizando la posición de los legisladores y doctrinarios al respecto, por lo que en la actualidad, se han ido posicionando en diversas legislaciones.

1.2. Origen del término ‘‘Contrato Parasocial’’

Una vez concebida la idea de los pactos reservados, los socios y accionistas de sociedades mercantiles, se fueron haciendo más conscientes del beneficio que dichos pactos presentaban a la protección de sus intereses, por ellos se fueron ampliando en su contenido y se fueron forjando en estos pactos mejores clausulas y mejores mecanismos de autotutela empresarial; así, los pactos reservados se fueron posicionando en diversas materias y se fueron creando las bases de su desarrollo.

Con lo cual, de la práctica social se empezó a desglosar una nueva concepción de estos pactos, modificándose su denominación por la ampliación de su contenido, ya no se habló de estos acuerdos solo como pactos reservados entre los socios sino se les comenzó a dar un mejor espacio en la esfera social, naciendo los llamados «contratos parasociales».

Mención que fue acuñada por vez primera en Francia, como lo recuerda Henao L. (2.013), establecida por el maestro Oppo G., en su obra *Contratti Parasociali* en el año 1.942[21] a partir de lo cual, se empieza a direccionar el sentido y la importancia de este tipo de contratos en el seno social, concibiéndose como una realidad que solicitaba ser atendida.

Sin embargo, aunque es en Francia en donde surge el término y su primera definición, son otros los países cuyas legislaciones más los han abordado,

[21] HENAO, Lina. *Op. Cit.*

como es el caso de Estados Unidos cuyo Derecho Consuetudinario lo ha tratado ampliamente, así como Colombia a través de ciertas normas especiales y España a través de su vasta jurisprudencia.

1.3. Evolución Jurídica de los Contratos Parasociales

Desde su origen hasta la actualidad, los contratos parasociales han cobrado mayor fuerza, y en el mundo moderno, estos contratos se han posicionado en la práctica empresarial de diversos países, en unos con un mayor auge, pues en los países del *Common Law* –visto el dinamismo que caracteriza dicho sistema– los contratos parasociales hoy día son la cotidianidad empresarial, mientras que en los demás ordenes jurídicos, los pertenecientes al *Civil Law*, su progreso ha sido más pausado y controlado, siendo esto así, en razón de que el Derecho Societario busca crear entre comerciantes un sistema de seguridad jurídica, en el que priven las relaciones y prácticas empresariales leales, llevando esto, a que la aceptación de celebración y validez de los contratos parasociales se tropiece con la rigidez del Derecho de Sociedades, que aunque se integra por normativas que amparan y regulan el desenvolvimiento empresarial – que en sí mismo es dinámico – coartan mucha veces la Libertad Contractual de los sujetos de derecho dedicados a la actividad empresarial.

En este sentido, la aceptación de los contratos parasociales en los ordenamientos jurídicos positivistas, se ha presentado desde el enfoque de la contratación atípica, que paulatinamente vistas sus ventajas comerciales, se ha ido reconocido normativamente, por lo que se observa que la evolución jurídica de los contratos parasociales, ha estado marcada por una completa atipicidad que gana terreno jurisprudencial, lo cual propicia el camino de su tipicidad social, que en última instancia, denota en una acertada tipicidad legal o normativa.

En cuyo recorrido, los contratos parasociales, han debido condicionarse a las exigencias normativas del Derecho Mercantil, en razón de que lo que empezó como pequeños acuerdos entre socios muy aislados y reservados, desprovistos de total regulación legal, hoy día son contratos de naturaleza mercantilista sometidos a ciertas formalidades normativas, que los han dotado de razonable eficacia societaria.

Con lo cual, aunque ha sido de manera muy gradual, los contratos parasociales hoy día, se han ido extendiendo y abarcando mayor terreno, lográndose adaptar muy bien a las eventualidades de la práctica empresarial moderna, pues dado a su flexibilidad, son mecanismos jurídicos que se presentan como herramientas idóneas para la defensa y regulación de derechos e intereses que derivan de la actividad social, otorgando ventajas tanto a los socios o accionistas, como a la propia sociedad mercantil en la que se celebren dichos contratos, siendo entonces que el Derecho Societario, deberá seguir adaptándose a los constantes cambios y avances jurídicos del mundo empresarial actual.

1.4. Definición de Contrato Parasocial

Como definición inicial, y como ya se mencionó, se tiene la consagrada por el maestro Oppo G. (1.942), quien estableció que los contratos parasociales son ‘‘vínculos asumidos entre los socios o entre éstos y la sociedad, o incluso entre socios y terceros, que derivan de acuerdos separadamente concluidos y extraños a la reglamentación social, con eficacia puramente obligacional entre las partes que los han suscrito’’ (*Apud*. Henao L. (2.013).).[22]

De allí que, diversos doctrinarios fueron estableciendo sus propias definiciones de los contratos parasociales, de acuerdo a sus estudios y en

[22] *Ibidem.* p.181.

virtud de los campos prácticos abordados, agregando nuevos preceptos a este concepto con el pasar de los años, entre algunos de ellos se tienen:

Farenga L. (1.987), instituye que el contrato parasocial ‘‘se trata de una fórmula negocial funcionalmente ligada al contrato de sociedad como fenómeno asociativo de carácter económico’’ (*Apud*. Henao L. (2.013).).[23]

Fernández L. (2.007), establece que los contratos parasociales o acuerdos extraestatutarios ‘‘son las operaciones negóciales entre los socios o con terceros que buscan integrar o modificar la disciplina societaria’’ (*Apud*. Henao L. (2.013).).[24]

Gil J. (2.008) instituye que los contratos parasociales ‘‘son acuerdos de voluntades bilaterales o plurilaterales, generadores de relaciones jurídicas entre los accionistas, socios o terceros. [Que] Recaen sobre los derechos políticos o económicos de los asociados’’ (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[25]

Sáez M. (2.009) manifiesta que éstos contratos son ‘‘sociedades internas entre los firmantes para concertar y ordenar el control –material, sustantivo o económico– y acoger una estrategia conjunta de adopción de decisiones junto con un sistema de sanciones por el incumplimiento de lo pactado’’ (*Apud*. Henao L. (2.013).).[26]

Luceño J. (2.010), instaura que los contratos parasociales ‘‘son acuerdos con eficacia relativa o *inter partes*, en principio, que pretenden regular extremos no incluidos dentro del ámbito estatutario’’ (*Apud*. Henao L. (2.013).).[27]

[23] *Ibidem*. p.182.
[24] *Ibidem*. p.182.
[25] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.25.
[26] HENAO, Lina. *Op. Cit*. p.182.
[27] *Ibidem*. p.182.

Sánchez M. (2.010), establece que estos contratos son:

> Convenios celebrados entre todos o una parte de los socios de una sociedad, o entre estos y terceros, dirigidos a modificar, concretar o exceptuar, con un alcance interno, las reglas jurídicas derivadas de los estatutos o del régimen legal aplicable… [Que] buscan influir en las relaciones sociales y en la marcha de la sociedad a la que se refieren. (*Apud*. Henao L. (2.013).).[28]

Cabezuelo (2.014) en relación a los contratos parasociales establece que estos ‘‘surgen de la necesidad de regular aspectos “extramuros” de los Estatutos Sociales, generalmente ocasionado por un derecho mercantil de concepción excesivamente minuciosa y formalista’’ (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[29]

De dichas definiciones, se observa que la doctrina comienza a ser copiosa, y que las mismas aportan en su análisis conjunto, las bases para establecer que los contratos parasociales son:

> «Negocios jurídicos suscritos entre todos o una partes de los socios o accionistas de una sociedad mercantil, o entre éstos y dicha sociedad o entre éstos y terceros; que nace de la libre voluntad de los firmantes con el fin de crear, modificar, regular o transmitir entre ellos un derecho o interés legítimo de carácter societario no contemplado en el contrato social ni estatutos sociales de la empresa; a través del sometimiento voluntario a prestaciones de dar, hacer o no hacer, para ser ejecutadas en el seno social, ampliando de esta manera la disciplina societaria como mecanismo *ex-ante* a los conflictos sociales internos, en apego a las normas de Derecho Mercantil y Obligacional Civil.»

1.5. Diversas Acepciones del término ‘‘Contrato Parasocial’’

Se ha mencionado que la primera denominación otorgada a los contratos bajo estudio fue el término italiano ‘‘*Contratti Parasociali”* (Contrato

[28] HENAO, Lina. *Op. Cit*. p.182.
[29] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.25.

Parasocial) establecida por Oppo G. en Italia para el año 1.942[30]; sin embargo, con el avanzar de los años y con la incorporación de esta figura jurídica en la práctica social de otros ordenamientos jurídicos, diferentes a los de Italia y España, se fueron creando otras acepciones con las que se hace referencia a estos contratos, que son igualmente válidas, entre las cuales destacan: «pactos parasociales, pactos de socios, contratos extraestatutarios y acuerdos de accionistas o acuerdos de socios»; de lo que se evidencia que diversas legislaciones hacen uso de los términos «pacto, convenio y acuerdo» en sentido amplio como sinónimos de «contrato».

Con lo cual, en el desarrollo de estas líneas se hará referencia a los contratos parasociales con el empleo de este término o a través del uso de cualquiera de las acepciones mencionadas, sin que con ello se esté en reseña de un tipo de negocio jurídico distinto al contrato.

1.6. Características de los Contratos Parasociales

Habiendo definido a los contratos parasociales, se pueden abordar sus rasgos característicos y peculiaridades que los distinguen:

1.6.1. Se pactan entre Socios o con Socios:

Las partes suscriptoras de un contrato parasocial, o una de las partes contratantes, poseen antes de la celebración de dicho contrato, un vínculo asociativo de carácter comercial o mercantil, relación social que no nace del contrato parasocial, sino que éste viene a ampliar o a proteger, buscando evitar posibles controversias en torno a la relación social preexistente.

[30] *Vid*. HENAO, Lina. *Op. Cit*.

Cabe agregar, que esta relación social ya cierta entre las partes, puede estar representada por cualquiera de las formas sociales tipificadas por el Derecho Mercantil, puesto que como lo establece Gil J. (2.008) un contrato parasocial ‘‘puede ser celebrado por los socios de cualquier tipo societario, tanto de sociedades de capitales o sociedad de personas’’ (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).)[31]. E incluso en sociedades unipersonales, pues aunque en éste caso no habría cabida a los contratos parasociales entre socios, por no haber pluralidad de sujetos asociados, si serian válidos en este supuesto, los suscritos entre empresario o socio único y la propia entidad mercantil o entre este y terceros.

Por lo que, como lo afirman Higuera C. y Montealegre L. (2.018) ‘‘el pacto parasocial se reputa de los socios o suscriptores y no de la participación (acción o cuota) ’’[32] con lo que, celebrar este tipo de convenios es un derecho derivado de la Libertad de Contratación de cada sujeto asociado a la compañía o del único accionista de la misma, sea cual sea la forma legal por la que éstas se hayan constituido.

1.6.2. Se pueden pactar entre Futuros Socios:

Es importante referir que algunos contratos parasociales, excepcionalmente se caracterizan por celebrarse antes de la constitución formal de la compañía, siendo en este caso, llamados «pactos de socios futuros»; llamados así porque son contratos celebrados entre aquellos sujetos que poseen un proyecto en conjunto de emprendimiento comercial, con miras de la constitución formal de una empresa, (común en las *Startups*[33]*),* pero donde la asociación informal previa que existe entre dichos sujetos no nace del pacto de socios futuros (contrato parasocial), sino que dicho pacto, se

[31] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.* pp.25-26.
[32] *Ibidem*. p.26.
[33] *Vid*. Pactos en *Startups*, en este trabajo. p.55.

suscribe para asegurar y solidificar el plan de negocios que ya los sujetos previamente poseen, todo en miras a la eficaz constitución de la compañía.

1.6.3. Poseen una ‘‘Relación o Ligamen Lógico Jurídico’’[34] con una Sociedad Mercantil:

Como se ha explicado, los contratos parasociales se desarrollan en el seno interno de una sociedad mercantil, cuya finalidad será ampliar la reglamentación interna y evitar situaciones conflictivas, regulando diversidad de derechos e intereses de los socios y accionistas dentro de la sociedad mercantil, entre sí y frente a esta, en algunos casos, potenciando el desarrollo empresarial y la regulación de las relaciones jurídicas perfeccionadas con terceras personas involucradas con la gestión comercial de la sociedad mercantil; por lo que es indudable que estos contratos van de la mano con la actividad jurídica y comercial de del ente comercial, pues sin la existencia de éste, o sin el plan para su constitución, no habría lógica jurídica que validara la existencia de un contrato parasocial.

De lo cual, es entonces característico de los contratos parasociales, el resguardo de los derechos e intereses que nacen a partir del contrato social y de los estatutos sociales, pero que no están expresamente regulados en ellos, haciéndose necesario la suscripción de un contrato adicional, pero indudablemente ligado a los mimos.

1.6.4. Poseen un carácter autónomo y accesorio:

Como bien lo expone Henao L. (2.013):

> … los pactos parasociales tienen la particularidad de ser acuerdos diferentes al contrato fundacional de la sociedad; en este sentido,

[34] CÓRDOBA, P. (2014). Características de los Pactos Parasociales, *Apud*. HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.* p.27.

> su no incorporación en los estatutos los dota de autonomía frente a estos, por lo que se develan como cláusulas independientes y ajenas al contrato. No obstante ello, el alcance de dicha autonomía solo puede ser entendido de la mano de la accesoriedad de la que gozan estas cláusulas.[35]

Así, el contrato parasocial es autónomo en el sentido de que su ejecutabilidad, no depende de los estatutos sociales, siendo que el contrato extraestatutario precisamente viene a ampliar lo dispuesto en la regulación interna de la sociedad y a dirimir asuntos no expresados en los estatutos; mientras que es accesorio en razón de ese «ligamen lógico jurídico», que posee con la sociedad mercantil existente o por constituir.

1.6.5. Impone obligaciones adicionales al Estatuto Social y no implica su reforma:

El contrato parasocial implica el nacimiento de obligaciones adicionales a las establecidas en el estatuto social, pero en ningún caso, aquel implicará la reforma de éste, pues en el supuesto que por consenso unánime los socios o accionistas de la empresa incluyan el contenido de un contrato parasocial en los estatutos de la compañía, esto no será por consecuencia inmediata de la celebración del contrato parasocial, sino por una decisión posterior de los socios o accionistas, aprobada por el órgano deliberante de la empresa bajo los preceptos de la legislación societaria correspondiente, relacionado con la reforma estatutaria.

1.6.6. En algunos Ordenamientos Jurídicos, son Contratos Atípicos e Innominados:

Aunque algunas legislaciones cuentan con normativas que atienden de una u otra forma el asunto de los contratos parasociales, aun hoy día, en muchos

[35] HENAO, Lina. *Op. Cit*. p.185.

ordenamientos jurídicos, es tema nuevo, ejemplo de ello es Venezuela, pues en el ordenamiento jurídico patrio, la promulgación normativa que regule el asunto de los contratos parasociales, se presenta distante.

Por tanto, en estos ordenes jurídicos el contrato parasocial es un contrato atípico e innominado, cuya plena vigencia solo podrá ser reclamada bajo las normas del Derecho Obligacional Civil y por vía de la atipicidad, siendo soporte legal, la Autonomía Privada y la falta de prohibición expresa por parte de las Leyes mercantilistas y obligacionales del país en que se celebren.

1.6.7. Apuntan a la materialización de la Autonomía de la Voluntad:

Los contratos parasociales en esencia, apunta a la materialización de la Autonomía Privada, pues aunque este es un rasgo característico de todo contrato, en los parasociales juega un papel trascendental, en razón de que los asuntos regulados en ellos, en la mayoría de ordenamientos jurídicos no se encuentran expresamente regulados o tipificados, siendo entonces el ejercicio de autonomía de la voluntad, dentro de los limites normativos, el fundamento legal que permite la suscripción de las convenios parasocietarios; implicando ello, que a través de estos contratos, se produzca la manifestación de la voluntad societaria y el resguardo del extenso y variado cumulo de derechos e intereses implícitos en la actividad empresarial.

1.7. Contenido de los Contratos Parasociales

Una vez expuesta la definición de los contratos parasociales y abordadas sus principales características, es pertinente ahora señalar, cual es el contenido contractual de estos pactos; se ha dicho que estos contratos están

dispuestos para regular derechos e intereses desarrollados en el mundo social empresarial, en cuyo interés particular y general estarán involucrados sus firmantes.

Por lo que entonces, ¿de qué índole es el contenido de un contrato parasocial?, la respuesta que se debe dar a esta interrogante, es que el contrato parasocial podrá tener, en dependencia del tipo de contrato parasocial que se suscriba, un contenido societario, económico, político - empresarial (corporativo) o disciplinario, por lo que, los derechos que se pueden resguardar a través de estos contratos pueden ser sumamente variados.

1.8. Clasificación o Tipología de los Contratos Parasociales

Este tema, ha sido debatido de manera diferente por diversos doctrinarios en las legislaciones estudiadas, algunos, solo parten de sus criterios objetivos, otros, integran además sus criterios subjetivos, mientras que otros tratadistas, solo se abocan a la tipología de contratos parasociales que se aplican a su estudio.

Por lo que en estas líneas, se intentará unificar en una sola clasificación la variedad tipológica de los contratos parasociales estudiados, clasificación esta que atenderá a los sujetos que interviene en el negocio jurídico (criterios subjetivos), los asuntos regulados en él (criterios objetivos) y su medio de expresión (criterios formales); ítems de los cuales partirán otras subclasificaciones, tal y como se muestra a continuación.

1.8.1. Contratos Parasociales en base a Criterios Subjetivos:

Esta primera clasificación, se establece en referencia de las partes firmantes en el contrato parasocial; así, estos podrán ser: contratos de todos los socios

(o pactos omnilaterales), contratos de pocos socios, contratos entre socios y sociedad mercantil y contratos entre socios y terceros.

1.8.1.1. Contratos Parasociales de Todos los Socios:

Son aquellos contratos parasociales suscritos por todos los socios de la entidad mercantil, llamados en este caso «contratos omnilaterales», los cuales, puede facilitar su ejecución, puesto que es suscrito por los mismos sujetos que en unanimidad integran la sociedad mercantil.

Los contratos omnilaterales se presentan en sociedades de pocos socios o sociedades cerradas y sin duda alguna, vienen a mejorar el gobierno corporativo de la empresa en la que se suscriben, pues amplían el contenido reglamentario de los estatutos sociales; así, como lo establecen Maskin y Tirole (1.999) ‘‘los acuerdos de todos los accionistas son en sustancia complemento del contrato social, tal 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’’ (*Apud*. Sáez M. (2.009).).[36]

Se está así, en presencia de un contrato parasocial que busca ampliar las normas corporativas de la empresa, ya que como lo establece Sáez M. (2.009) estos ‘‘pactos [suscritos] entre todos los socios, que además, son administradores, trata[n] de articular las fórmulas más productivas para ejercitar el control de forma conjunta y superar las situaciones de bloqueo’’[37]

Al abocarse estos contratos a asuntos de gobierno social, se protege los intereses de aquellos socios que no tienen facultades decisivas de control

[36] SÁEZ, María I. *Op. Cit*. p.4.
[37] *Ibidem*. p.5.

dentro de la compañía (socios minoritarios), por lo que se instituyen en estos pactos las herramientas contractuales para que se proteja la propiedad accionaria o participativa en la toma de decisiones de la sociedad, ya que en sociedades cerradas o de estructura corporativa como lo recuerda Sáez M. (2.009), ‘‘los socios mayoritarios detentan *de facto* el poder de nombrar administradores y de gestionar la totalidad de los recursos sociales’’[38], presentándose entonces estos contratos parasociales como mecanismos garantizadores de los derechos políticos y económicos de los accionistas minoritarios, asegurándoles la inversión de sus recursos en el ente social.

1.8.1.2. Contratos Parasociales de Pocos Socios:

En estos contratos, en acuerdo con Sáez M. (2.009) los firmantes buscan:

> … concertar y ordenar el control –material, sustantivo o económico– de la sociedad. Por ello, los firmantes son socios de referencia o con –potenciales– derechos de control, pero no son todos los socios [de la entidad mercantil].[39]

Es decir, a diferencia de lo que ocurre en los contratos parasociales omnilaterales, en los que son suscritos por pocos socios, priva la voluntad societaria del capital concentrado de la compañía, siendo por lo general, celebrados por los socios mayoritarios en el seno de sociedades abiertas o bursátiles.

1.8.1.3. Contratos Parasociales entre Socios y Sociedad:

Son los contratos parasociales suscritos por los socios o accionistas de la compañía (todos o parte de ellos) y la sociedad mercantil como persona jurídica independiente, este tipo de contratos parasociales buscan la

[38] *Ibidem*. p.5.
[39] *Ibidem*. p.4.

negociación de beneficios societarios o económicos para la compañía; así, como bien explica Paz-Ares C. (2.003):

> Los ejemplos paradigmáticos [de estos contratos] nos los proporcionan los pactos que recogen obligaciones [de] financiación adicional [para] la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones suplementarias, reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas, etc.), pero hay muchos otros compromisos que pueden ser objeto de contratación parasocial: por ejemplo, abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusiva de venta o intermediación en los productos de los socios, ofrecerle la adquisición de las acciones cuando el socio se proponga transmitirlas, etc. El signo distintivo de esta categoría es que la incidencia del pacto sobre la esfera social es ventajosa.[40]

1.8.1.4. Contratos Parasociales entre Socios y Terceros:

Son aquellos contratos parasociales, cuyos sujetos contratantes, son por una parte, los socios de determinada compañía (todos o algunos de ellos) y por otra parte, un tercero ajeno a la sociedad que se vincula con la compañía o con un grupo de socios de ésta; aquí como terceros pueden figurar sujetos involucrados temporal o provisionalmente con la empresa, por ejemplo para determinado proyecto de financiamiento o de capacitación[41], o pueden estos terceros estar representados por miembros del órgano administrativo de la empresa (cuando estos no son socios en la misma).

Así en esta categoría, son comunes los contratos parasociales referidos a sindicatos de voto, sindicatos de mando, sindicatos de administración y sindicatos de bloqueo, de los cuales se hablará *infra*[42], pues son contratos en los que se conviene, muchas veces entre socios y terceros, la orientación que tendrá el voto de los socios o accionistas dentro de la empresa en los procesos deliberativos de las juntas o asambleas generales, pues en ciertas

[40] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.20.
[41] *Vid*. Pactos con *Crowdfunding*, en este trabajo. p.63.
[42] *Vid*. Sindicato de Acciones y Sindicatos de Administración, en este trabajo. pp.66-70.

ocasiones empresas financiadoras (bancos, fondo de inversión de capital riesgo u otras) pueden tener particular interés en que se mantengan al interior de la compañía en la que ofrecen sus servicios, las políticas empresariales que aseguren la productividad de sus inversiones, asegurándose ello, por medio del control sobre el sentido del voto de los socios o accionistas.

Razones que también motivan al convenimiento, entre socios y terceros, de limitar la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales en la compañía en la que se esté ofreciendo el financiamiento, con la finalidad como lo refiere Gutiérrez (1.999), de mantener la ‘‘estabilidad de la plana gerencial’’ para así ‘‘mantener por un tiempo determinadas políticas sociales’’ (*Apud*. Robleto C. (2.013).)[43].

Por lo que a través de este tipo de contratos, hay una protección de intereses y derechos económicos y corporativos, tanto de los terceros involucrados como de los socios o accionistas suscriptores del acuerdo, así como el innegable beneficio económico para la sociedad mercantil.

1.8.2. Contratos Parasociales en base a criterios Objetivos:

Esta segunda clasificación fue establecida por Oppo G. (1.942)[44] y es ampliamente aceptada por gran parte de la doctrina de diversos ordenamientos jurídicos; de acuerdo con esta clasificación los contratos parasociales se catalogan en:

[43] ROBLETO, Christian A. (2.013). La sindicación de acciones. *Revista de Derecho* ISSN 1993-4505 / No. 16, 2013 / páginas 81-130. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 04 de octubre de 2.019. Disponible en: https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1488/1294 p.112.
[44] *Vid*. HENAO, Lina. *Op. Cit*. y PAZ-ARES, Cándido. (2003) El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*.

1.8.2.1. Contratos Parasociales de Relación:

Este tipo de contratos, se abocan a regular las relaciones entre los socios firmantes surgidas en el seno social, pero sin inmiscuir directamente a la sociedad mercantil, por lo que como refiere Sáez M. (2.009) estos contratos son ‘‘neutros respecto de la sociedad’’[45]; sin que ello implique, que este tipo de contratos no posean un ligamen lógico jurídico con la sociedad mercantil, puesto que como ya se explicó, indirectamente este vínculo siempre va a existir.

En esta clasificación de contratos parasociales se pueden encontrar, ya sea como contratos separados o como cláusulas contractuales, los siguientes:

Pactos de no agresión. Es un contrato parasocial, que busca garantizar que las relaciones entre los socios suscriptores sean armoniosas, tanto dentro como fuera de la compañía, el cual va dirigido a entablar entre los socios una conducta profesional, para evitar que en caso de conflictos o de ruptura del vínculo asociativo entre los mismos, se trasgreda la imagen de alguno de ellos, pues por ejemplo, se prohíbe a través de estos contratos la emisión de descalificativos en el ámbito corporativo de los asociados.

Pactos de confidencialidad. Son pactos celebrados con la finalidad de resguardar determinada información, que en caso de divulgarse, podría afectar derechos de propiedad intelectual o actividades económicas importantes que contengan datos financieros estratégicos, por ello esta confidencialidad o secreto comercial, tendrá para las partes contratantes o por lo menos para una de ellas, gran relevancia.

[45] SÁEZ, María I. *Op. Cit.* p.7.

Pactos *tag-along*. Este tipo de contrato parasocial se suscribe para proteger los derechos económicos de los socios minoritarios, se traducen en «derecho de acompañamiento», que implica como lo dispone Puga J. (2.011) ‘‘que si existe una oferta de un tercero para adquirir acciones de la sociedad, quien la reciba debe invitar a los restantes accionistas para que todos vendan a prorrata del número de acciones que tienen’’ (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).). [46]

A tal efecto establece Deloitte (2.012) que:

> En dichos casos, es obligación del socio y/o accionista mayoritario comunicar a los socios y/o accionistas minoritarios la existencia de un comprador, así como las condiciones de negociación y de compra, con el objetivo de que el socio y/o accionista minoritario tenga la opción de enajenar su participación accionaria con base en las condiciones presentadas al mayoritario y facilitar la operación.[47]

Es decir, en aplicación de este contrato parasocial, los socios o accionistas minoritarios suscriptores, podrán acceder a la venta de sus acciones o participaciones en las mismas condiciones que los mayoritarios, teniendo aquéllos el derecho en la venta de acuerdo a una asignación equitativa en la mesa de negociaciones, donde cada socio ofrezca el porcentaje accionario que tenga disponible, haciéndose que entre todos (minoritarios y mayoritarios) cubran la cantidad accionaria requerida.

Así, de acuerdo con Henao L. (2.013) los pactos *tag-along*:

> Pretende[n] evitar que cualquiera de los socios liquide su participación transfiriéndola a un tercero, para apropiarse de un excedente que no ha sido pactado. [Pues] En este supuesto [se

[46] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.*p.33.
[47] DELOITTE. (2012). Los Derechos de Drag y Tag Along. *Boletín Gobierno Corporativo*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2019. Disponible en: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/derechos-drag-tag-along.pdf p.1.

> estaría] ante una venta “improductiva”, ya sea por realizarse antes del momento en que la inversión debía ser amortizada o porque, siendo oportuna la operación, al no realizarse de forma conjunta, el beneficio será solo para una de las partes en detrimento de la otra; en cualquier caso, el comprador valorará en menor proporción las participaciones adquiridas.[48]

Con lo cual, de acuerdo con la misma autora, este contrato parasocial pertenece a aquellos contratos destinados a hacer frente al riesgo de trasmisión de acciones[49], por lo que éste busca evitar que solo los socios o accionistas mayoritarios de la empresa, se beneficien de la oferta de compra de acciones en virtud de las ventajas que les confiere su estatus en el ente social.

Pactos *drag-along.* Al igual que los anteriores los contratos parasociales *drag-along*, están destinados a la protección de derechos económicos, pero en este caso se configuran como «derecho de arrastre», cuyos beneficiarios serán ahora, para los socios mayoritarios de la compañía, quienes buscarán a través de estos acuerdos proteger sus intereses financieros en caso de acceder a una oferta sustancial por la enajenación del total o de la mayoría de las acciones de la empresa.

En este sentido, si los socios mayoritarios reciben oferta de compra por su capital accionario concentrado, podrán hacer valer el contrato parasocial, asegurando que los socios minoritarios accedan a la venta si en esta se ofrece un mejor precio por la compra total de las acciones, evitándose en este caso, que los socios minoritarios detengan el proceso de compra aferrados a la idea de no enajenar sus acciones o cuotas de participación.

Cabe decirse que este tipo de pactos, no es pues un derecho en manos de los socios o accionistas minoritarios, sino más bien la imposición de un deber

[48] HENAO, Lina. *Op. Cit.* p.215.
[49] *Ibidem*.

contractual para estos, por lo que como se establece en Deloitte (2.012) ‘‘en caso de no querer vender, los accionistas minoritarios son obligados a hacerlo’’[50].

En razón de lo cual, para hacer de este tipo de contratos parasociales un contrato eficaz, donde se tengan claras y precisas las circunstancias en las que se ejercerá el derecho de arrastre, este deberá contener por lo menos como, lo establece García G. (2.018) lo siguiente:

> 1. Precio mínimo para la transmisión de la acción o participación social;
> 2. Forma y plazos de ejercicio del derecho;
> 3. Porcentaje mínimo del capital social que ha de tener el socio mayoritario que ejerce el derecho;
> 4. Relación de prioridad entre este derecho y el de adquisición preferente de los socios. [51]

Por lo cual, en relación con el ultimo ítem citado, se debe decir que en aplicación de este tipo de contrato parasocial o clausula parasocial, se vislumbra un hecho discutido, y es el relacionado a la «exclusión del derecho de adquisición preferente del socio (minoritario) al momento de realizarse la venta accionaria a un tercero y pactarse el derecho de arrastre»; pues, como es sabido, cada socio en la mayoría de las legislaciones, es titular del derecho de adquisición preferente de acciones o participaciones cuando en la compañía hay venta de las mismas, por el solo hecho de ser parte ya de la empresa, con lo cual, en una venta accionaria a un tercero, sin que medié primeramente la oferta a los socios minoritarios pareciera un hecho viciado de ilegalidad.

[50] DELOITTE. *Op. Cit.*
[51] GARCIA, Gonzalo. (2018). Derecho de adquisición preferente y activación del derecho de arrastre (Drag Along). *CYSAE*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.cysae.com/derecho-de-adquisicion-prefere/ p.1.

Respecto a esto, hay que recordar que, si se está ante un contrato o ante una cláusula contractual, es porque se ha ejercido en su proceso de formación, la Libertad de Contratación y la Libertad Contractual, en virtud de lo cual, si un socio minoritario suscribe este tipo de pacto en el seno social, es porque es plenamente consciente que en caso de una oferta de compra por el total accionario, se venderá al oferente y habrá su renuncia al derecho de adquisición preferente que posee, el cual es un derecho disponible; con lo cual, sería luego inoficioso atacar la validez jurídica de este acto, pues el socio manifestó libremente su consentimiento.

En todo caso, siempre habrá que tener presente las disposiciones propias en cada legislación para el ejercicio de este derecho cuando se quiera celebrar este tipo de contrato parasocial.

Pactos en s*tartups*[52]. Son los contratos parasociales celebrados en las fases evolutivas de las *Startups*, que por sus implicaciones suelen ser de gran importancia en el establecimiento de las relaciones sociales y empresariales, los cuales pueden acordarse en todas las fases de solidificación empresarial, a saber:

. En *seed stage* (etapa semilla): Este tipo de pacto se suscribe entre sujetos con una idea de emprendimiento, son acuerdos hechos en la fase inicial de un nuevo proyecto empresarial, por lo que son «pactos de socios futuros» y presentan gran utilidad porque en ellos se establecen las normas bajo las cuales, los socios fundadores contribuirán al «proyecto semilla» que

[52] De acuerdo con Codeglia A. (2019), ‘‘*Startup*’’ es un término utilizado para definir a aquellas empresas que se encuentran en edad temprana o nueva creación y presentan grandes posibilidades de crecimiento, por lo que se caracterizan por ser empresas de tecnología con un producto escalable, *Vid*. CODEGLIA, Ana. (2019) ¿Qué es una startup? Todo lo que necesitas saber sobre el tema. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019. Disponible en: https://blog.hotmart.com/es/que-es-una-startup/

mantienen en conjunto, incluso antes de firmar los estatutos sociales y proceder a la constitución formal de la empresa.

Son contratos, por los que se establecen los roles de cada cofundador, sus funciones dentro del proyecto e incluso las condiciones de sus aportes, sin que pueda haber ventajas de unos sobre otros, garantizando el compromiso de cada uno hasta la consecución de las metas comunes, con el fin de evitar el aprovechamiento personal de los sujetos pre-asociados en virtud de las ideas por todos propuestas, pactándose entonces el trabajo igualitario y en equipo.

. En *early stage* (etapa temprana): Son contratos celebrados en una sociedad joven pero ya constituida legalmente, en la cual sus socios una vez que esta ha avanzado de la fase previa o fase de semilla, buscan asegurar igualmente el compromiso de todos por el trabajo empresarial dentro de la sociedad mercantil en crecimiento y lograr así la consolidación de metas y objetivos comunes, respetando los derechos particulares de cada socio.

Este tipo de contratos regula derechos accionarios y económicos, por lo que se incluyen en éstos acuerdos, cláusulas de protección – relacionadas al proyecto en común – como por ejemplo, garantía de no divulgación de la información manejada por los socios respecto a su objeto social, como los acuerdos de confidencialidad, *supra* mencionados, o cláusulas de regulación de permanencia por un determinado tiempo, como pactos de *lock up*[53] u otros semejantes, siendo estos muy comunes en los casos en que los aportes al proyecto han sido de índole intelectual.

[53] *Vid*. Pactos de *Lock Up*, en este trabajo. p.62.

También se pueden conseguir en esta fase pactos de impulso empresarial, a través de las cuales, se fijan compromisos de dedicación relacionados a un contrato o cláusula de *vesting*[54], de acuerdo a las metas fijadas.

. En *growth stage* (etapa de crecimiento): La fase *Growth Stage* continua a la fase anterior, es una etapa de «crecimiento de la empresa», pero este es un crecimiento más consolidado superior al *Early Stage*, aquí la empresa ya está logrando posicionar su producto en el mercado elegido en giro comercial, va aumentando sus ventas y en base a ello, empieza a abordar un mejor margen de beneficio económico[55]

Sin embargo, con base a este crecimiento, la empresa requerirá un nuevo empuje económico, buscando ser una empresa más competitiva, al igual que deberá hacer nuevas inversiones en materia prima y capital humano, para ello, será factible que la empresa acceda a un proyecto de financiación por parte de una empresa consolidada, que a través de sus profesionales presta sus servicios de «aceleradora de negocios». Lo cual llevará a que se deban suscribir «pactos de socios con aceleradora/incubadora» y «pactos de socios con *mentoring*».

Estos contratos, regulan la relación que se entabla entre la *startup* o sociedad mercantil nueva o en crecimiento, que accede al proyecto, y el grupo de aceleramiento económico, a fin que, sus relaciones mercantiles, se desarrollen adecuadamente y puedan alcanzar así los fines buscados por ambas partes, los cuales son, impulsar una idea de negocio para que alcance resultados óptimos.

---

[54] *Vid*. Pactos de *Vesting*, en este trabajo. p.60.

[55] S/A. (S/F.) *Product Life Cycle Stages: Growth.* [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2.019. Disponible en: http://productlifecyclestages.com/product-life-cycle-stages/growth/

Así, como lo explica Calvo J. (2.015) la *startup* o la nueva empresa podrán dar a conocer su idea empresarial de mejor forma en el mercado y de manera más controlada, en virtud de los servicios de *mentoring* que le ofrece la empresa aceleradora, consistentes en capacitación para el desarrollo del producto, proporción de soluciones en cuanto al desarrollo del mismo, preparación en *marketing* empresarial, formación en temas legales, entre otros; que harán que la empresa en formación se profesionalicé y crezca.[56]

También en *Growth Stage* será común que la *startup* acceda a un fondo de inversión, específicamente a uno de «Capital Riesgo» (conocidos también como Capital Emprendedor o *Venture Capital*) para que éste le otorgue el financiamiento necesario para su expansión, fondo que estará interesado en realizar dicha inversión a cambio de un porcentaje participativo en las acciones de la compañía.

En este caso, la empresa en crecimiento deberá presentar su *business plan* (plan de negocios) a través de una «carta de condiciones o term-sheet» al inversor, lo que llevará a ambos a una fase de negociación a partir de la cual, se firmará un contrato parasocial denominado «Acuerdo de Inversión», que de acuerdo con DST Finanzas Emprendedores CTP (2.010) es un contrato por medio del cual ‘‘se recogen las condiciones bajo las cuales, el Venture Capital entra en el capital de la *startup*… [Donde se] regulará la estancia y salida del inversor, estableciendo para ello determinados pactos sobre derechos y obligaciones de las partes. ’’[57]

[56] CALVO, José A. (2015). Lo que gana una aceleradora con tu idea de negocios y lo que ganaras tú. *El País Economía*, *Sección Emprendedores*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.google.com/amp/s/cincodias.elpais.com/cincodias/2015/03/20/emprendedores/1426854293_958623.amp.html

[57] DST Finanzas Emprendedores CTP, Volumen 2. (2010). [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2.019. Disponible en: https://www.academia.edu/37362471/Finanazas_para_emprendedores

Consistiendo estos pactos de las partes, siguiendo el estudio de DST Finanzas Emprendedores CTP (2.010), en cláusulas de carácter económico y de carácter político; persiguiendo las primeras proteger la inversión financiera del Capital de Riesgo y su posible retorno, pudiendo consistir en cláusulas de acompañamiento (*tag-along*) y arrastre (*drag-along*) explicadas *supra*, o en cláusula antidilución, valoración *premoney*, entre otras.

A su vez en esta fase, las cláusulas de carácter político buscarán regular aspectos referidos al gobierno corporativo de la sociedad emprendedora, para proteger los intereses del nuevo socio minoritario (el inversor), tales como, las referidas a la composición del consejo administrativo, derechos de voto o mayorías reforzadas, cláusulas antibloqueo[58], entre otras.[59]

. En *expansion stage* (etapa de expansión): En esta fase empresarial, sigue el crecimiento de la compañía, se asemeja a la fase anterior con la diferencia, que en esta fase, se busca la expansión a otros mercados y segmentos productivos, por lo que, será igualmente de suma importancia, el acceso a los Fondos de Inversión de Capital Riesgo, pues el importe económico necesario para la empresa en esta etapa puede ser aún mayor, siendo preciso que el plan de negocios aquí presentado sea factible e innovador, trayendo esta etapa consigo la celebración de los contratos parasociales expuestos en la fase anterior.

. Fase de *exit* (etapa de salida): Es la última etapa que se puede presentar en el desarrollo empresarial de una *startup*, donde deja de ser una empresa joven o en crecimiento para pasar a ser una empresa consolidada, incluso puede entrar a ofertar sus acciones en el Mercado de Valores a través de la Oferta Pública, por lo que, eventualmente se puede plantear la venta de la

[58] *Vid*. Pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*, en este trabajo. p.70.
[59] *Vid.* DST Finanzas Emprendedores CTP. *Op. Cit.*

compañía o *Exit* lo que, podrá ocurrir por fusión empresarial o por adquisición de la dirección de la compañía conservado su personalidad jurídica en el mercado, evidenciándose así la posibilidad de firmar contratos parasociales que protejan los asuntos que sean de interés para las partes.

Pactos de *vesting*. Mayormente son contratos parasociales celebrados en *startups* en su fase inicial, pero también pueden ser suscritos en empresas ya consolidadas, como uno de los mecanismo de *stock options* o de retención de talento; con lo cual, a través de estos pactos, en el caso de ser suscritas en las empresas en crecimiento, se incentiva a los socios fundadores a permanecer en la compañía, aun en las etapas iniciales que serán las más duras y con menos dividendos económicos; mientras que en el supuesto de ser suscritos en empresas consolidadas, se garantiza la permanencia de un tercero que puede ser empleado o directivo en la empresa, el cual se encuentre aportando beneficios significativos a la misma.

En ambos escenarios, esta permanencia se pacta sobre la promesa para estos sujetos (socios o terceros), de que después de cierto tiempo se les irán consolidando a su favor determinado número de acciones dentro de la compañía.

Así, en las *Startups* los socios fundadores trabajarán en el negocio con un mayor incentivo, por lo que su objeto será ir consolidando a su favor un mayor número de acciones con su permanencia en la sociedad; mientras que en el caso de empresas ya consolidadas, en las que se suscriban estos pactos, el fin perseguido será que terceros, que por lo general son empleados clave de la compañía o *key man*, sigan en la empresa por cierto tiempo y continúen aportando a ésta la actividad que seguramente no podría realizar otra persona, por ejemplo, empleados con especial habilidad en determinada área, a quienes se les incentiva con la opción de convertirse en

socio de la compañía cuando logre permanecer el tiempo necesario para que se consoliden a su favor el número de acciones pre acordadas.

El pacto de *vesting* (sea suscrito como contrato independiente o como cláusula contractual) es por tiempo determinado y sobre periodos consecutivos prefijados, donde inicia con un periodo largo seguido de periodos más breves, por lo general el primer lapso es de un (1) año, y los posteriores de seis (6) meses.

Así, tomando como referencia estos lapsos, transcurrido el primer año de vigencia del *Vesting* se consolidarán a favor del socio o tercero ‘‘X’’ número de acciones (por ejemplo, 30% de las acciones totales pactadas a su favor), posterior a ello, esta persona no tendrá que esperar otro año más, sino que cada seis meses, ira haciéndose titular del resto de las acciones acordadas, así seis meses después consolidará a su favor otro ‘‘Y’’ número de acciones (por ejemplo, 15% de las acciones totales pactadas) lo que hará que éste sujeto al cabo de un año y seis meses posea 45% del paquete accionario pactado, adquiriendo el 55% faltante al permanecer el tiempo restante fijado en el contrato (y así completará el 100% del paquete convenido), lo cual siguiendo el mismo ejemplo, ocurriría tras un tiempo total de tres (3) años y seis (6) meses, siendo el último semestre atribuible de un 10% del total accionario establecido.

Con todo lo cual, en este tipo de contrato parasocial deberá estar bien determinada la duración total, los lapsos de que se componga y los porcentajes accionarios que se irán consolidando en cada uno de ellos, así como las condiciones de la permanencia en la empresa del socio o tercero obligado al *vesting*, estableciéndose que en caso de incumplimiento, la sociedad mercantil adquirirá las acciones no consolidadas y ya emitidas, jugando aquí un papel importante los *stock options* con que cuente la

empresa y el derecho de adquisición preferente de los demás accionistas y socios de la compañía.

Pactos de *lock up.* Los pactos de *lock up* consisten en la prohibición para los socios fundadores en *startups* y para empleados claves, de enajenar, ceder o traspasar de cualquier manera su participación accionaria, mientras permanezcan en la compañía la inversión financiera de un Capital Riesgo, por lo que los pactos de *lock up* por lo general, van de la mano con los «Acuerdos de Inversión» *supra* descritos, al prestar los socios fundadores y los empleados, algún servicio especializado, pues serán quienes podrán asegurar la viabilidad de los proyectos planteados en el plan de negocios formulado.

Recuerda Guerrero C. (S/F) que ‘‘un ejemplo de cláusula “**lock-up**” que ya es un referente en el mundo del capital riesgo, es el caso **Facebook**, en el que socios fundadores y *business angels* [solo] pudieron vender al cabo de unos años desde su constitución’’. [60]

Al igual que los pactos de *Vesting,* estos acuerdos se suscriben por un tiempo definido, por lo general, van de tres (3) a cinco (5) años, además suelen ser complemento, por lo que se puede encontrar pactos de *Vesting* sometidos a obligaciones de *Lock Up*.

Pactos de *good leaver* y *bad leaver*. Estos pactos, son aquellos suscritos entre socios o entre socios y terceros, en los cuales se estipulan las consecuencias que deberá tolerar el socio o tercero, por su retiro o salida de la compañía mientras esté vigente el proyecto convenido o mientras esté

[60] GUERRERO, Carlos. (2019) Cómo redactar una cláusula Lock-up en un pacto de socios. *Emprenderalia Magazine*, *Sección ‘‘Creación de Empresas’’*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.emprenderalia.com/como-redactar-una-clausula-lock-up-en-un-pacto-de-socios/

vigente la obligación pactada de permanencia en la empresa, establecida en un pacto de *Lock Up*.

Así, se fijaran cláusulas ‘‘*Good Leaver*’’ (Buen Retiro) para establecer las pautas a seguir, si el retiro del socio o tercero, ocurre por hechos o causas no imputables a él, por ejemplo, una enfermedad o por despido de la compañía declarado como injustificado o improcedente, en cuyos casos, deberá operar a favor del tercero o socio todos los beneficios acordados previamente, que dependerán de cada caso concreto, en virtud que en este escenario, el sujeto que se retira, no lo hace a falta de probidad y lealtad en lo pactado, sino por causas extrañas a su voluntad, que le imponen retirarse de la empresa; por lo que generalmente, la cláusula *Good Leaver*, fija que el sujeto se retira gozando de los derechos adquiridos o por adquirir de acuerdo a lo pactado.

Mientras que se ejecutaran la cláusula ‘‘*Bad leaver*’’ (Mal Retiro), si el retiro de la empresa por parte del sujeto obligado a permanencia es por causa imputable a él, supuesto que le acarrearía incumplimiento de contrato, por ejemplo, una rescisión unilateral del contrato improcedente o sin justa causa, o por despido justificado, por la realización de actos sancionables vía disciplinaria, en cuyos hechos, estas cláusulas deberán disponer las sanciones a las que habrá lugar, pudiendo ser un ejemplo, la venta total de participaciones accionarias de las que sea titular el sujeto incumplidor, a un precio inferior al vigente en el mercado (mecanismos de *Put* y *Call options*), donde además puede perder todos los derechos adquiridos o por adquirir.

Pactos con *crowdfunding*. Son pactos de socios suscritos en aquellos casos en que se hace uso de plataformas de *‘‘crowdfunding’’* o de financiamiento, a través de las cuales, la empresa o sociedad de la que los suscriptores forman parte, puede acceder a un mecanismo de financiamiento

externo, ya sea, porque la sociedad está en fase de emprendimiento o porque necesita potenciar algún plan de negocios para consolidar sus objetivos comerciales, por lo que se asemeja a los pactos de socios con aceleradora/incubadora y con *mentoring*, pero en este caso, los mecanismos de negociaciones varían.

Así, el *crowdfunding* de acuerdo con Serrano A. (2.018) puede definirse ‘‘como la financiación de proyectos por parte de una «**masa**» de inversores (*crowd*) mediante aportaciones de dinero (*funding*) efectuadas a través de internet. ’’[61]

Este mecanismo, hace nacer entre el proveedor de financiamiento llamado «inversor» y la sociedad mercantil a la cual se le otorga el recurso económico llamada «promotor», una relación jurídica de carácter económico, al trabajar estas plataformas a través de proyectos de financiamiento donde diversidad de inversores, aportan capital para la gestión de diversos proyectos empresariales.

Así, en este tipo de contratos se establecen las condiciones bajo las cuales operará el financiamiento otorgado y las implicaciones que el inversor tendrá en la compañía, dependiendo del tipo de *crowdfunding* que se emplee, por lo que puede haber: *crowdfunding* tradicional, *equity crowdfunding*, el cual opera a través de la emisión de obligaciones, emisión de acciones o emisión de participaciones; o, *crowdlending*, consistente en la solicitud de préstamos. En razón de lo cual, estos contratos deberán establecer cláusulas que fijen las condiciones bajo las cuales operarán las emisiones de capital dentro de la compañía, las tasas de interés a aplicar en caso de usar la figura del préstamo, los mecanismos a través de los cuales se hará efectivo el

[61] SERRANO, Antonio. (2018). El Crowdfunding y la Financiación Empresarial. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 14 de octubre de 2019. Disponible en: https://www.antonioserranoacitores.com/el-crowdfunding/

rendimiento dinerario para el inversor, y demás aspectos necesarios; todo ello como lo expone Mancía P. (2.019) mediante cláusulas de protección, de control o económicas[62], que protejan los intereses de ambas partes y aseguren el crecimiento comercial de la sociedad mercantil que funcione como promotora, buscando siempre minimizar los conflictos de intereses que puedan surgir y garantizando la seguridad de la inversión recibida.

Otras cláusulas. Además de los tipos de contratos o cláusulas contractuales mencionadas, los pactos de relación pueden estar referidos a diversidad de derechos e intereses, por lo que se pueden establecer además: cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de ecualización o de redistribución de los dividendos sobre bases diversas a las previstas en los estatutos, cláusulas de valoración, cláusulas *premoney*, entre otras más; correspondiendo en todo caso a las partes firmantes, en ejercicio de su Libertad Contractual, pautar la forma del contrato parasocial que mejor se adapte a dichos intereses, en virtud de sus expectativas y derechos involucrados.

1.8.2.2. Contratos Parasociales de Organización:

Esta clasificación de contratos parasociales obedece a aquellos celebrados para organizar el control y funcionamiento de la sociedad, en éstos a diferencia de los anteriores, se involucra a la sociedad mercantil de una forma más amplia y vienen a ser un mayor complemento a lo fijado en los estatutos sociales; los ejemplo más comunes de los contratos parasociales de organización, son los sindicatos de acciones, entre éstos los sindicatos de voto y los sindicatos de bloqueo, existiendo además, muchos más contratos

[62] MANCÍA, Pablo. (2019) Tipos de Pactos de Socios. *Delvy, Law & Finance*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019. Disponible en: https://delvy.es/tipos-de-pactos-socios/

extraestatutarios dentro de esta categorización, pues como bien refiere Paz-Ares C. (2.003):

> Los pactos de organización agrupan los pactos seguramente más relevantes y, al propio tiempo, los más conflictivos jurídicamente. Los denominamos así porque expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro la sociedad. Se ha dicho por ello que tienen siempre por objeto el control de la sociedad, bien sea para concentrarlo, para distribuirlo o para transferirlo.[63]

En este tipo de contratos parasocietarios se enmarcan diversos subtipos, como lo establece el mismo autor:

> El espectro de esta clase de pactos es muy amplio: pactos interpretativos de las normas estatutarias; pactos sobre la composición del órgano de administración; pactos sobre las políticas a desarrollar por la compañía (por ej., plan de negocios, esquema de financiación o política de dividendos); pactos restrictivos de las competencias de los administradores; pactos sobre el régimen de las modificaciones estatutarias; pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*; pactos sobre la información que debe proporcionarse a los socios; pactos sobre la contratación por parte de las sociedades de socios y familiares; pactos sobre la disolución de la sociedad (por ejemplo, atribuyendo a un socio el derecho a instar la liquidación en caso de que se verifiquen determinadas circunstancias); pactos sobre *quórums* y mayorías; … etc.[64]

Así, se hará hincapié en algunos de ellos:

Pactos o sindicatos de acciones. En acuerdo con Rivas A. (S/F), el sindicato de acciones, se define como:

> Pacto o convenio celebrado entre determinado número de socios de una sociedad, siendo el objetivo de este convenio el de unificar el ejercicio de los derechos de estos socios sindicados frente a la sociedad, y por el cual (ya sea que se faculte a un tercero – socio o no – para que actúe y vote en nombre de ellos frente a la

[63] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales*. Op. Cit.* p.20.
[64] *Ibidem*. p.20.

> sociedad, o que actúe cada uno de los socios sindicados personalmente) se persigue como finalidad esencial tener mayor peso en los votos, o limitar la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales o lograr cualquier otro objetivo que revista el carácter de licito. [Donde] Este convenio será inoponible a la sociedad salvo que se cumplan con ciertos requisitos de publicidad que varían según el ordenamiento jurídico de que se trate. (*Apud*. Amorín M. (S/F).).[65]

Siendo entonces, que los sindicatos de acciones, podrán ser sindicatos de voto, sindicatos de mando, sindicatos de bloqueo, u otros más.

. Sindicatos o pactos de voto. (*Voting trusts* y *Voting* o *pooling agreement* del *common law*[66]). Son aquellos contratos parasociales suscritos por socios o accionistas, para conformar bloques de votación internos, pues a través de estos contratos, en acuerdo con Robleto C. (2.013), los suscriptores ‘‘deciden votar en grupo de acuerdo a un interés determinado’’[67], ya sea en ejercicio directo de su derecho de voto o por medio de represéntate, socio o no, a quien se le confiere poder para ello. Los sindicatos de voto, siguiendo con Robleto C. (2.013), pueden estar desempeñados por ‘‘un grupo de poder mayoritario, con intención de tomar u ocupar los puestos de dirección de la sociedad e influir en las decisiones de mayor importancia’’[68].

A estos pactos, algunas veces se les llama «sindicatos de voto y de bloqueo», siendo esto en aquellos casos en que en dichos convenios contractuales además de fijar el sentido del voto de las acciones sindicadas, también limitan la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales de los socios o accionistas contratantes; otras veces se les llama

[65] AMORÍN, Marcelo. (S/F). Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Ciudad de Montevideo, Uruguay. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 04 de octubre de 2.019. Disponible en: http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Amorin-Pisa-Convenios-de-indicacion-en-las-sociedades-comerciales.pdf p.157.
[66] *Vid*. MORLÉS, A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil*. *Op. Cit*. p.1064.
[67] ROBLETO, Christian A. *Op. Cit*. p.105.
[68] *Ibidem*. pp.105-106.

«sindicatos de mando», que en acuerdo con Amorín M. (S/F) es cuando el sindicato ‘‘está por su conformación en condiciones de ejercer el control de la marcha de la sociedad’’[69].

En los demás casos, se les llama solamente convenios o sindicatos de voto, que de acuerdo con Robleto C. (2.013), se caracterizan porque tienen como ‘‘objeto inmediato la votación a lo interno en los órganos sociales. [Donde] La votación puede ser uniforme en un solo sentido, abstenerse de votar y votar en un sentido que favorezca a la mayoría o minoría’’[70], donde en resumen de este mismo autor, los sindicatos de voto se pueden clasificar:

> a) Por la condición de las acciones sindicadas: [Los cuales puede ser] Con depósito de títulos o sin depósito de título…
> b) Por la clase de acciones…
> c) Por la finalidad: [Serán] De mando, [o] de defensa. [Donde] El sindicato de mando, persigue como finalidad ejercer influencia sobre el mando de la sociedad, con el propósito de imponer a la sociedad una determinada política de dirección. Están dirigidas al gobierno de la sociedad, y defender una mayoría dominante. En el caso de la sindicación de defensa, se refiere a la agrupación de accionistas minoritarios que se encuentran aislados, se unen por medio de este método y se hacen representar por medio de un representante o síndico (Lasowsky & Pena, 2010).
> d) Por el límite de tiempo: Para un solo acuerdo, para un período determinado.
> e) Por la forma especial o indirecta: Voting trusts, contrato de report, arriendo de acciones. El sindicato por medio de voting trusts…. [por medio del cual se le transmite acciones sindicadas a un *trustee* o administrador (tercero extraño de la sociedad, con poder de representación), para que ejerza el derecho político al voto, con titularidad propia]. En el caso de contrato de reporto, es un contrato de crédito, mediante el cual, el reportado requiere de una suma de dinero, por la cual transfiere al banco, la propiedad de uno o varios títulos valores, que cumplen una función de garantía. El banco a su vez, [cuando se ha] cancelado el crédito, devuelve los títulos en especie o su equivalente. En el caso del alquiler de acciones… quien posee títulos de empresas cotizadas de la Bolsa pueden cederlos durante un [periodo] determinado a cambio de un determinado tipo de interés. De esta forma, se

[69] AMORÍN, Marcelo. *Op. Cit.* p.158.
[70] ROBLETO, Christian A. *Op. Cit*. p.96.

> puede obtener una rentabilidad extra por aquellas acciones con las que no se tiene previsto operar en un plazo determinado además de ahorrarse la comisión de custodia (Fernández, 2008). (Subrayado propio).[71]

. Sindicatos o pactos de bloqueo. En acuerdo con Castillo (2.010), ‘‘los sindicatos de bloqueo, son convenios por medio del cual los accionistas [o socios] se comprometen a no transferir sus acciones [o participaciones] o limitar su transferencia durante cierto tiempo’’ (*Apud*. Robleto C. (2.013).)[72], lo cual puede ocurrir con la retención del título por parte del accionista o socio, o con la transmisión del título al mandatario o representante; donde en acuerdo con Gutiérrez (1.999) los sindicato de bloqueo tienen como finalidad:

> a) Mantener cohesión y estabilidad de la plana gerencial con el propósito de mantener por un tiempo determinadas políticas sociales.
> b) Cuando se celebran contratos de colaboración empresarial… [garantizar la] continuidad con las políticas sociales.
> c) …mantener los mismos socios que actualmente integran a la sociedad, sea por los requisitos de los socios o porque les interesa que ingresen a la sociedad determinadas personas –puede ser la competencia–(*Apud*. Robleto C. (2.013).)[73]

Así, el principal objetivo de estos pactos en acuerdo con Córdova (2.014) es ‘‘limitar o restringir la libre circulación de las acciones’’ (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).)[74], ya sea esto en virtud de obligaciones establecidas para los accionistas o socios suscriptores del pacto, de no transferir sus acciones o participaciones a terceros, ya sea que deban primero respetarse derechos de preferencia establecidos en el contrato parasocial, o ya sea que deba mediar previamente autorización de los demás socios o accionistas contratantes.

[71] ROBLETO, Christian A. *Op. Cit*. pp.108-109.
[72] *Ibidem*. p.111.
[73] *Ibidem*. p.112.
[74] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.31.

Pactos o sindicatos de la administración. Como lo expresa Gutiérrez (1.999), los sindicatos de administración ‘‘vinculan a los socios con los directores o a los directores con terceros. Por lo que estamos ante un sindicato de administración cuando los directores comprometen su actuación en la sociedad’’ (*Apud*. Robleto C. (2.013).)[75], este tipo de contratos parasociales tiene lugar cuando para los socios o accionistas, no son suficientes las disposiciones normativas regulatorias de las funciones administrativas; sin embargo estos contratos, como bien señala Robleto C. (2.013) en ocasiones:

> … han sido objeto de debate en relación a su legalidad, son visto muy a menudo por su desconfianza, porque limitan la libertad de los directores en relación al ejercicio de sus funciones. En los sindicatos de administración quienes se obligan son los directores a diferencia de los sindicatos de acciones, que son los socios comprometiendo su voto. En los sindicatos de administración los directores deben actuar en beneficio de la sociedad y en favor de un grupo de socios, sin embargo, no olvidemos que los administradores pueden ser socios de la empresa…[76]

Siendo entonces, en acuerdo con Robleto C. (2.013), que ‘‘el sindicato de administración, puede funcionar siempre que el órgano colegiado, actúe dentro de la esfera de su competencia delimitada en el objeto social de la sociedad’’[77] pues lo contrario podría equivaler, al desconocimiento de la normativa societaria que regula las funciones administrativas de los directores o administradores.

Pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*. En este tipo de pactos, se establece ciertos mecanismos para que en el seno societario no haya paralización en el funcionamiento de los órganos sociales, el cual se evidencia cuando hay imposibilidad de alcanzar las mayorías necesarias para la toma de decisiones.

---

[75] *Ibidem*. p.114.
[76] *Ibidem*. p.114.
[77] *Ibidem*. p.120.

Pues esta paralización, representa situaciones de bloqueo para la empresa, que se genera por dilataciones innecesarias en la toma de decisiones sociales, ocasionadas por falta de unanimidad o consenso conjunto de parte de los socios o accionistas; siendo esto así por la existencia de cuotas de participación o porcentajes accionarios proporcionales (por ej., dos socios) o por la formación de dos bloques sociales con posiciones opuestas entre sí y con igual peso de voto en ambos bandos, lo que crea en uno y otro caso, paridad en el capital social.

Por lo cual, suscribir un pacto de socios que busque evitar este tipo de escenarios o que haga superar una situación de bloqueo social que ya esté en marcha, es de gran importancia; pues en algunas legislaciones los casos la paralización o bloqueo social, son causa de disolución de la compañía. Así, para que ello no ocurra, este tipo de contratos parasociales establece mecanismos de arbitraje o de voto dirimente ante situaciones como esta.

Con lo cual, si se elige el «mecanismos del arbitramiento», se deberá establecer en el pacto el tipo de arbitraje que operará (institucional o *ad hoc*), y el modo en cómo éste se desarrollará, que en todo caso, dependerá de la normativa aplicable en cada jurisdicción para este medio alternativo de resolución de conflictos.

Mientras que, si se establece como mecanismo antibloqueo el «voto dirimente», entonces se deberá fijar en el contrato parasocial, la persona (natural o jurídica) que decidirá sobre el asunto (posición imparcial), el modo en cómo se deberá realizar tal gestión y el establecimiento de las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de lo pactado, sanción que puede estar configurada por la obligatoria enajenación de las acciones o cuota de participación de las que sea titular el socio incumplidor que favorece la situación de bloqueo.

Protocolos familiares. El protocolo familiar es un pacto suscrito por sujetos que son socios y a su vez son familiares entres sí, y se suscriben, con la intención de crear el buen gobierno corporativo de la empresa y evitar que ésta se vea afectada por la existencia de diferencias en el ámbito familiar; por lo que el protocolo familiar, además de ser un contrato inmerso en la categoría de pactos de socios de organización, es también un código de conducta familiar, a través del cual, se busca dirimir las posibles controversias que se puedan generar en el seno social, cuando entre todos o algunos de los sujetos que lo conforman se posea un nexo familiar.

En este sentido, como ilustra Antognolli S. (2.012) deberá establecerse en estos contratos las cláusulas que enmarquen como se gestionará el régimen de trabajo de los familiares y socios en la empresa, los derechos económicos de estos, cómo estarán conformados los órganos de gobierno y cómo desempeñarán sus funciones, cuáles serán los planes de contingencias para hacer frente a imprevistos en las sucesiones, cómo se llevarán los asuntos relativos a la propiedad y la transmisión de acciones o participaciones sociales, pues se deberá establecer cómo será la gestión de los derechos de preferencia para adquirir acciones y las limitaciones para enajenarlas, entre algunos asuntos más.[78] Así como lo concerniente a políticas retributivas y políticas de dividendos en cabeza de los socios.[79]

Con lo cual, el contenido de los protocolos familiares, como bien lo refieren Corona J., Martí N. y Roca M. (2.005) deberá basarse por lo menos en cuatro áreas, a saber:

[78] ANTOGNOLLI, Santiago. E. (2012) ¿Qué es el Protocolo Familiar? [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 15 de julio de 2.019. Disponible en: https://degerencia.com/articulo/que-es-el-protocolo-familiar/

[79] *Vid*. SERRANO, Antonio y García, Cintia. (2019) ¿Qué es el Protocolo Familiar? Guía Definitiva. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 15 de julio de 2.019. Disponible en: https://www.antonioserranoacitores.com/que-es-protocolo-familiar/

> Políticas de decisión y gobierno: esta área incluye los aspectos relacionados con el gobierno familiar, el consejo de administración o los estatutos sociales.
>
> Políticas de rentas: donde se tratarían cuestiones como los dividendos mínimos o la sindicación de acciones.
>
> Políticas de empresa: donde se regularán temas como las jubilaciones o el empleo de familiares, entre otros.
>
> Políticas sociales y familiares: donde se establecerán las reglas a seguir en cuanto a, por ejemplo, la formación de jóvenes, la solidaridad familiar o las tradiciones familiares que deberán de mantenerse a lo largo del tiempo. (*Apud*. Serrano A. y García C. (2.019).). [80] (Subrayado propio).

Así, en el seno de la empresa familiar o empresa entre familiares y terceros, el buen establecimiento de un protocolo familiar será clave para el buen funcionamiento de la gestión corporativa, evitándose conflictos societarios que se puedan generar por los conflictos intrafamiliares, siempre que del protocolo familiar se desprenda de forma clara, los roles que cada miembro familiar tendrá y cómo se manejará el ingreso en la empresa de las futuras generaciones, el correcto establecimiento y funciones de los órganos sociales y todos los asuntos referidos a la propiedad accionaria dentro de la compañía.

Pactos sobre *quórums* especiales o mayorías reforzadas. Los contratos parasociales de organización, pueden versar sobre el establecimiento de *quórums* especiales o calificados para la decisión de determinados asuntos, lo que implica que, los socios busquen crear por la trascendencia del hecho de que se trate y que se pretenda discutir, una mayoría reforzada, diferente a la establecida en los estatutos sociales o en las leyes mercantiles para ese tipo de cuestiones.

[80] SERRANO, Antonio y GARCÍA, Cintia. *Op. Cit*.

Así, en este tipo de pactos de socios se fijan *quórums* especiales para la aprobación de acuerdos clave, en los que se busca, por ejemplo, que el voto de accionistas minoritarios tenga relevancia, por lo que este tipo de acuerdos vendrá a proteger su inversión en la compañía.

1.8.2.3. Contratos Parasociales de Atribución:

Este tipo de contratos atribuye ventajas para la sociedad mercantil como persona jurídica independiente a sus asociados, concedidas de parte de los socios que firman el pacto, es decir, en este tipo de acuerdos se pactan beneficios directos para la empresa, lo cual puede ocurrir de dos maneras: con la sociedad como una de las partes firmantes o con la sociedad como beneficiaria del pacto sin intermediación directa en el mismo; pues como es sabido, dos partes pueden acordar obligarse en beneficio de un tercero, siendo esto plenamente valido desde el punto de vista contractual, siempre que este tercero manifieste su aceptación al beneficio antes de una eventual revocación.

A través de estos contratos, se fijan condiciones que favorecen y aseguran el rendimiento de la compañía, instaurándose por medio de estos acuerdos como lo resume Paz-Ares C. (2.003), entre otras, la obligación de los socios de realizar una financiación adicional a la sociedad, pudiendo ser ésta en la forma de préstamos, aportaciones suplementarias o reintegración del patrimonio social en caso de pérdidas; así también, se puede fijar a través de estos acuerdos, la obligación de abstenerse de competir con la sociedad mercantil u otorgarle la exclusividad de venta o intermediación en los productos de los socios, ofrecerle la adquisición de las acciones cuando el socio se proponga negociarlas, entre otras más[81].

[81] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.*

Por lo que en todo caso, este tipo de contratos otorgará a la sociedad mercantil un elemento positivo o de soporte en el desenvolvimiento de sus funciones, pues es este el fin perseguido por los socios suscriptores, potenciar el desarrollo comercial de la empresa o de asegurar la viabilidad de los proyectos fijados con determinado empuje económico y trabajo leal de sus asociados.

1.8.3. Contratos Parasociales en base a Criterios Formales:

Esta clasificación tipológica, se basa en el medio de expresión del contrato parasocial, pues éste como cualquier contrato, puede ser verbal o escrito; sin embargo, si el contrato está sometido a ciertas formalidades o solemnidades, estas opciones se limitarán a lo permitido por la Ley. De igual forma, en dependencia de si los sujetos firmantes del contrato son sujetos investidos de las prerrogativas estatales o institucionales de determinado orden jurídico, serán contratos públicos o en caso contrario contratos privados.

Por lo que en referencia a la manera en cómo se exteriorizan los contratos recuerda Díaz Y. (S/F):

> La forma de los contratos algunas veces pueden ser determinante, ya sea en razón de la validez así como de la eficacia de los mismos. Los contratos pueden ser verbales, cuando su contenido se conserva sólo en la memoria de los que intervienen, o escritos, si su contenido se ha transfigurado en un texto gramatical el que puede estar reflejado o grabado en soporte permanente y duradero como es el caso del papel, la cinta magnética visual o sonora, CD, DVD, PD, entre otros.) Que permitan su lectura y la exacta reproducción posterior. Los contratos escritos pueden además ser solemnes o no, dependiendo de si deben formalizarse en escritura pública notarial, e incluso si la ley exige su inscripción en algún tipo de registro público (Registro de la propiedad, Registro mercantil, Registro de cooperativas, Registro de entidades urbanísticas colaboradoras, etc.). En los denominados contratos reales, su perfección de su forma exige además la entrega de la cosa (por ejemplo el préstamo, aunque se recoja en escritura pública, éste

> no nace si no se entrega el capital prestado en el acto de la suscripción del contrato).[82]

Con lo cual, en dependencia de la forma de exteriorización del contrato parasocial, éste podrá ser verbal o escrito, privado o público. Debiéndose tener en consideración, en todo caso, los medio de prueba aceptados por la legislación en que se celebre el contrato parasocial, y las posibles formalidades a las que pueda estar sometido en contrato, pues los contratos parasociales son negocios mercantiles y por tanto, a efectos de su oponibilidad, son en su mayoría sometidos a publicidad registral, o al menos sometidos a la formalidad escrita.

__oOo__

De todo lo cual, al haberse hablado de los antecedentes históricos de los contratos parasociales, de su origen y la evolución jurídica que han experimentado, lográndose establecer su definición en base a diversas enunciaciones doctrinarias, exponiéndose sus principales características, hablando del contenido de estos acuerdos y de su vasta clasificación; será procedente ahora, exponer lo relativo a su naturaleza jurídica, indagando en aspectos propios del mundo contractual general y describiendo las particularidades propias de las obligaciones mercantiles.

2. Naturaleza Jurídica de los Contratos Parasociales

Hasta el momento, se ha hablado de los contratos parasociales como mecanismos jurídicos a través de los cuales, los socios o accionistas de los diferentes tipos de sociedades mercantiles, ya sean nuevas o consolidadas, podrán hacer valer intereses particulares y sociales en complemento al

[82] DÍAZ, Yaremy. (S/F). El Contrato como acto jurídico. Definición y estructura. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 12 de Julio de 2.019. Disponible en: https://www.monografias.com/trabajos96/contrato-como-acto-juridico-definicion-y-estructura/contrato-como-acto-juridico-definicion-y-estructura.shtml p.1.

contrato y estatuto social, y se ha expresado en la mayoría de las veces, al referenciar los mismos, como «contratos».

Para aclarar en términos jurídicos, efectivamente el convenio parasocial es un contrato, pues para que el mismo exista, es necesario la manifestación de voluntad de las partes intervinientes, quienes además convienen con el fin de obtener determinadas consecuencias jurídicas para ser aplicadas en el seno social, así desde esta óptica, los convenios parasociales son un negocio jurídico, en su forma más típica, la cual es, el contrato.

De modo que, recordando que el contrato es un negocio jurídico entre dos o más personas, sean estas naturales o jurídicas, que por manifestación de la libre voluntad, constituyen, reglan, transmiten, modifican o extinguen, entre ellas un vínculo jurídico de carácter patrimonial, el cual puede consistir, en la constitución de obligaciones de dar, hacer o no hacer; se puede concebir entonces, con toda seguridad, al convenio parasocial en su naturaleza jurídica, como un «contrato», el cual es celebrado a la luz del Derecho de Obligaciones (normativa general) y del Derecho de Sociedades (normativa especial).

En base a lo cual, se estudiará en esté aparte, la Teoría General de los Contratos y las disposiciones referidas a las Obligaciones Mercantiles, aplicadas en ambos casos, a los contratos parasociales.

2.1. Teoría General de los Contratos del Derecho de Obligaciones aplicada a los Contratos Parasociales

Al ser los convenios parasociales, contratos, a éstos le son aplicables las teorías propias del Derecho de Obligaciones, por ser esta la rama del Derecho que imparte las normas de carácter general que viene a regular

este tipo de negocio jurídico, siendo entonces al contrato, las disposiciones en materia civil su normativa general y las disposiciones en materia mercantil su normativa especial.

Así, cuando se habla de la Teoría General de los Contratos, se debe tener presente, como lo establece Simental V. (2.008), que esta Teoría hace referencia a un ‘‘conjunto sistematizado de conocimientos que explican qué es el contrato’’[83], es decir, todo lo referido a su esencia, sus principios configuradores, sus requisitos y elementos de formación, sus modos de interpretación, su validez y eficacia, e incluso de los posibles vicios que pueda adolecer; todo ello, para dilucidar los efectos jurídicos que los contratos puedan alcanzar.

Por lo cual, la Teoría General de los Contratos, siguiendo a Maduro E. (1.993) establece conceptos ‘‘que son generales a todo tipo de contrato e independientemente de los tipos particulares de los mismos’’[84]

Por ello, el análisis de los contratos parasociales, se debe abordar a partir del estudio sistematizado de los conocimientos que presenta esta teoría general, la cual permite exponer las implicaciones que estos convenios tendrán en el mundo jurídico actual.

2.1.1. Principios Configuradores de los Contratos Parasociales:

Siendo los convenios parasociales de naturaleza contractual, es pertinente estudiar bajo que principios se forman y materializan, y que preceptos guían su vida jurídica, dotando a su vez de validez al acto, tal es el caso del

[83] SIMENTAL, Víctor A. (2.008) *Enfoque Actual de la Teoría General del Contrato*. Editado por Servicios Académicos Internacionales para eumed.net. p. 91. [Libro en línea]. Fecha de consulta: 04 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/index.htm

[84] MADURO, E. *Op. Cit*. p.378.

Principio de la Autonomía de la Voluntad, del Principio de la Buena Fe, del Principio de Obligatoriedad, del Principio de Relatividad de los Contratos y del Principio de Oponibilidad.

Conforme a los cuales, en este aparte se hará referencia solo a los dos primeros mencionados, mientras que los demás se abordarán en capítulos posteriores por cuestiones prácticas propias de la investigación.

2.1.1.1. Principio de la Autonomía de la Voluntad:

La Autonomía de la Voluntad juega un papel importante en el mundo jurídico, el Derecho no puede desconocer el «querer» del hombre que integra la sociedad a la cual el ordenamiento jurídico se debe, desconocer los intereses particulares de los individuos sería atentar contra la libertad individual y el libre desenvolvimiento del *ser*, en cuyo norte se propugnan las Normas Supremas de los Estados democráticos.

Por ello, para comprender la importancia de este Principio de Derecho, siguiendo a San Vicente A. (S/F), se enunciará brevemente el desarrollo de la Autonomía de la Voluntad a lo largo de la historia, exponiendo resumidamente las épocas más relevantes en que la autonomía privada se ha manifestado, haciéndose un breve recorrido por algunas de las etapas que marcan la evolución histórico-filosófica de este concepto jurídico.[85]

San Vicente A. (S/F) ilustra que en la antigua Grecia el individuo se encontraba subsumido en la noción de Estado, en donde de acuerdo a postulados transpersonalistas o totalistas de Platón y Aristóteles «el hombre había nacido para servir al Estado», en esta época no importaba la autonomía del hombre ni su voluntad; pero siendo este un derecho esencial,

[85] SAN VICENTE, Aida. del C. *Op. Cit.*

en la antigua Roma se empieza a concebir el avance jurídico y el individuo se concibe como realidad separada del Estado, concibiéndose en un contexto independiente, aunque aún en este tiempo no se tomaba la declaración externa de voluntad del hombre como un acto creador de obligaciones, si se empezaba a asentar la importancia del individuo en el entorno jurídico[86].

Posteriormente, siguiendo el estudio de la mencionada autora, en Roma cuando se da vigencia a la figura del *praetor*, la autonomía de la voluntad cobra importancia y desde allí empieza a fungir *per se* como elemento esencial, naciendo un nuevo Derecho, en el que el contenido importa más que la forma o solemnidad, por lo que se dejó el formalismo y se empezó a reconocer el valor de la convención, dotándola de fuerza obligatoria. Siendo en Roma en donde se dio entrada a los contratos consensuales, culminándose la larga génesis en este ordenamiento del consentimiento jurídico como elemento contractual constitutivo del negocio jurídico[87].

Luego sin embargo, prosiguiendo con San Vicente A. (S/F), en base a las nuevas corrientes ideológicas y políticas de la Edad Media, Roma pierde el terreno conquistado en la autonomía de la voluntad, por lo que estructuras gregarias como la Iglesia y la cofradía se encargaron de subsumir nuevamente al individuo en la concepción del Estado, para siglos después lograr el resurgimiento a través de las corrientes ideológicas de la Ilustración, el Renacimiento, la Revolución Industrial y el Humanismo, puesto que se impulsó la prevalencia del individuo como eje central de la filosofía y de los órdenes jurídicos, reconociéndose la soberanía del hombre sobre la soberanía del Estado, por lo que los Estado Modernos se asentaron sobre la naturaleza y la razón del hombre[88].

[86] *Ibidem*.
[87] *Ibidem*.
[88] *Ibidem*.

La referida estudiosa, habla de que al marcarse la soberanía del hombre, se estableció que este es fuente originaria y autónoma de legislación social, en virtud de ello, ‘‘el individuo se obedece a sí mismo’’, por lo que a través de su razón el hombre crea un mundo normativo[89]. El Renacimiento marco la autonomía individual como base de las relaciones jurídicas privadas, en cuyo orden como refiere Pichardo E. (1.958) ‘‘Según Hugo Grocio la fuerza vinculatoria del contrato se asienta en el derecho natural, por el simple hecho de emanar del libre ejercicio de la voluntad’’ (*Apud*. San Vicente A. (S/F).).[90]

Más adelante, siguiendo la reseña histórica de Pichardo E. (1.958), Juan Jacobo Rousseau siguiendo las ideas de Thomas Hobbes, eleva la idea del contrato social (que venía propugnando Santo Tomas de Aquino y que gestaba desde la Ilustración), a su máximo esplendor, de acuerdo con el cual ‘‘toda sociedad civil, es el resultado de un acuerdo entre sus miembros y obedecer la ley -expresión de una autonomía de la voluntad colectiva, derivada de la suma de voluntades individuales- es obedecerse a sí mismo’’ (*Apud*. San Vicente A. (S/F).).[91].

Por lo que Kant I. (S/F) expuso que ‘‘el contrato social es una idea regulativa de la razón práctica, inspirada en un criterio y no en un capricho particular’’ (*Apud*. San Vicente A. (S/F).).[92] Es decir, a partir de la concepción del contrato social se asentó que el hombre, como individuo social, busca para sí la protección de sus intereses a través de la idea organizada del Estado, de donde se deriva entonces que su voluntad social y normativa es consiente, autónoma, y no coaccionada.

[89] *Ibidem*. p.11.
[90] *Ibidem*. p.10.
[91] *Ibidem*. p.11.
[92] *Ibidem*. p.11.

Pensamientos que de acuerdo con San Vicente A. (S/F) se fijaron con la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a partir de la cual, se marcó el individualismo y se creó la política de la autonomía de la voluntad, concibiéndose al hombre como «Sujeto de Derecho», donde su naturaleza libre y autónoma, le da la facultad o el poder de desenvolvimiento, con estas ideas nace la Doctrina Civilista Francesa, que impulsa el movimiento codificador que concluye con el Código de Napoleón y del cual se esboza la Teoría General del Contrato de Domat y Pothier. Ideas que se configuran igualmente en Alemania con la Escuela Pandectista, la cual postula que la voluntad privada crea el negocio jurídico y configura sus efectos[93].

Posteriormente, siguiendo a la citada estudiosa, este concepto jurídico sufre algunos altibajos nuevamente, los cuales se evidencian en la misma Francia con la Escuela Clásica, que como movimiento posterior a la codificación napoleónica, concibe a la autonomía de la voluntad en un sentido de libertad natural, dejando al margen su contenido jurídico, por lo que este movimiento postula una autonomía «sin límites» y del movimiento del Liberalismo de dicha época (Escuela del Libre Cambio) y del Neoliberalismo Francés que establecen el aforismo que «todo lo que no esté prohibido está permitido» configurándose situaciones difíciles de regular y postergándose algunas veces la ética moral de los actos jurídicos[94].

Sin embargo, de estos movimientos se rescatan algunos postulados, como lo resume San Vicente A. (S/F) el Liberalismo decimonónico:

> … pretendía defender la libertad individual frente a los dictados del poder preservando un ámbito de autonomía individual en la que no tendría competencia -los contratos- salvo que esa intervención estuviera justificada por un interés público. En virtud

[93] *Ibidem*.
[94] *Ibidem*.

> de lo anterior, el Estado debe actuar para dar fuerza legal a lo pactado por medio de su poder coactivo, pero no para revisar el poder de lo pactado. [Con lo cual,] El principio *pacta sunt servanda* se convierte en el centro del derecho contractual.[95]

Seguidamente, expone esta autora que las ideas liberalistas se encuadran en diversas áreas, la economía política hace emerger la libre contratación, que deshonra el reconocimiento de la voluntad privada, surge la industrialización y la contratación en masa, por lo que se generan los contratos de adhesión, en donde la voluntad particular se subsume en la aceptación de la voluntad dominante.[96] Sin embargo, el avance del Derecho a intentado crear políticas en las que se ampare al débil jurídico en este tipo de contrataciones, buscando protegerlo de abusos y atropellos que puedan menoscabar los particulares intereses, aunque claro es, que nadie obligará a los sujetos a que acepten las cláusulas preestablecidas, observándose por tanto también aquí la participación de la voluntad, en vista de que una de las opciones que deberá estar sobre la mesa, es «no contratar».

De todo lo cual se observa, retornando al tema estudiado en este aparte, que de la historia aquí narrada, el Principio de la Autonomía de la Voluntad en su concepción de libertad individual proclamada a favor del hombre como ente social, ha abordado diversos escenarios a lo largo de los siglos, siendo eje central de diversos movimientos ideológicos que la han configurado como Principio fundamental del Derecho Contractual, el cual sin duda, debe estar enmarcado adecuadamente en el respeto al orden jurídico existente y en el indiscutible respeto hacia los derechos de los demás sujetos, puesto que del desarrollo jurídico se evidencia que el hombre como individuo en constante relación social, no puede pretender del Estado el amparo de sus únicos intereses, menoscabando los intereses ajenos, por ello, la Autonomía de la Voluntad hoy día es reconocida y protegida por el Derecho, pero en

[95] *Ibidem.* p.13.
[96] *Ibidem*.

resguardo igualmente del interés general, enmarcado éste en el respeto al orden público, las buenas costumbres, la moral y la legislación vigente.

Razones por las cuales, como lo establecen Hernández k. y Guerra D. (2.012) hoy día:

> La autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos. Sin embargo, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones.[97] (Subrayado propio).

Así al presente, en la mayoría de las legislaciones se instaura este principio tanto en la normativa civil como en la mercantil, en base a lo cual los sujetos son libres de decidir si se obligan o no en una transacción de tipo comercial, por lo que el Derecho Mercantil al igual que el Derecho Civil se erige en base a la libertad de decisión del individuo y así lo consagra la legislación mercantilista de los órdenes jurídicos aquí estudiados; razón por la cual, solo la propia voluntad de las personas puede atarlas a una obligación de tipo contractual.

En este sentido, la Autonomía Privada también es concebida por algunos Doctrinarios como un derecho, por ello, expresa San Vicente A. (S/F):

---

[97] HERNÁNDEZ, Katiuska y GUERRA, Danay. (2012). El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus Límites y Limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, Nº 6*. Universidad de Cienfuegos, Cuba. [Revista en línea]. Fecha de consulta: 02 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf p.27.

> La noción de autonomía de la voluntad está ineludiblemente ligada a la Teoría Integral del Acto Jurídico. Para León Duguit, la autonomía de la voluntad es el derecho de querer jurídicamente, el derecho de poder por un acto de voluntad y bajo ciertas condiciones, crear una situación jurídica.
>
> [La cual] Se puede manifestar en dos formas:
>
> - ✓ Autonomía privada: hace referencia al poder reconocido a los particulares de crear normas.
> - ✓ Libertad contractual: se refiere al ámbito de acción para contratar.[98]

En este sentido, la Voluntad Privada como expresión del *ser*, en un derecho inalienable, que en materia contractual de erige como precepto principal, pues al ser ésta una potestad que corresponde por igual a todo sujeto, debe ser la base principal sobre la cual se forme el contenido de los convenciones privadas, pues solo así los sujetos podrán constituir y autorregular relaciones jurídicas válidas, funcionando el Estado en estos supuestos, como un garante del orden legal, pues se impone a partir de la valida perfección de esta voluntad, la obligatoriedad de llevar a término los convenios pactados.

De acuerdo con lo cual, es propio exponer la definición de Autonomía Privada, y para ello Soro O. (S/F) brinda un análisis del significado y de las raíces de las palabras que componen este principio contractual, a partir de lo cual, en acuerdo con este doctrinario:

> En primer lugar, la palabra ***autonomía*** proviene de la unión de dos términos griegos. Por un lado, se encuentra el término *nomos*, que quiere decir «ley». Por el otro, el vocablo o prefijo *autos*, que para la Real Academia Española significa «propio o por uno mismo». Lógicamente, el significado resultante de la suma de ambas partículas es «ley propia o dada por uno mismo» [así mismo en acuerdo con las acepciones del Diccionario de la Real Academia Española, autonomía también es la] «potestad de quien para ciertas cosas no depende de nadie, para regirse mediante normas propias».

[98] SAN VICENTE, Aida. del C. *Op. Cit.* p.17.

> … En segundo lugar nos encontramos con la ***voluntad***. …palabra que, pese a no ser compuesta, atesora un contenido inmenso: la voluntad —heredera directa de la importante *voluntas* romana—, es definida en la primera de sus acepciones por la Real Academia como «facultad de decidir y ordenar la propia conducta». Pero voluntad es, también «libre albedrío o libre determinación», y «elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue».
>
> … El último término que analizaremos es el adjetivo ***privada***. Es ésta una palabra que *a priori* no posee un gran significado intrínseco. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, se trata de uno de los elementos en torno al cual gira el conjunto del Derecho común. En efecto, con este adjetivo nos referimos, primeramente y con carácter general, a lo «particular y propio de cada persona».[99]

Así en acuerdo con Soro O. (S/F), la autonomía de la voluntad privada es:

> *… la facultad de los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus propias normas sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo*.[100]

Fundamentos que hacen afirmar que, la Autonomía de la Voluntad Privada, es el derecho o la facultad de cada individuo de ordenar su propia vida dentro de los límites legales, sin influencia externa sino de acuerdo a necesidades o intereses propios, en atención a lo cual, las personas podrán entablar relaciones jurídicas mediante las formas legales que mejor se ajusten a sus requerimientos, creando situaciones tuteladas por el Derecho, pudiendo incluso ir un poco más allá, complementando o combinando dichas formas, o incluso creando nuevos modos jurídicos, siempre que se respeten los derechos de terceras personas y no se conculquen leyes, el orden público, la moral o las buenas costumbres.

En virtud de lo cual, la autonomía de la voluntad, comprende entre otros aspectos, «la libertad económica», «la libertad de contratación» y «la libertad

[99] SORO, Oliver. *Op. Cit*. pp.9-10.
[100] *Ibidem*. p.10.

contractual», que permiten que el individuo se desarrolle económicamente, correspondiendo al Estado el deber de tutelar el libre desenvolvimiento económico de los sujetos para que éstos puedan concertar políticas económicas aptas a sus verdaderos intereses, ello implica que en la gestión de su vida comercial gocen de libertad para contratar, puesto que no deberán estar limitados para concertar por si mismos los negocios jurídicos que les faciliten el intercambio de bienes, servicios, activos financieros o la gestión de sus propias actividades comerciales o empresariales.

Todo lo cual, también implica que los sujetos puedan suscribir las formas contractuales que realmente satisfagan sus intereses, puesto que el Derecho no puede concertarse solo en las formas preestablecidas, sino avanzar, teniendo en cuenta que las relaciones comerciales son dinámicas y cambiantes.

Así en la contratación mercantil, la autonomía privada juega un papel relevante, el mundo actual demanda innovación y competencia intelectual, las nuevas maneras de incentivos empresariales se han ajustado a nuevas formas contractuales, los socios y accionistas requieren que se aseguren sus gestiónenos dentro de las compañías, y esto hace que en la práctica se involucren formas que aunque no estén expresamente tipificadas, se empiezan a emplear en el contexto social mercantil, en muchos casos por la influencia de legislaciones consuetudinarias, que tal vez, entienden mejor la importancia de la praxis comercial.

Por tanto, se conciben estas nuevas formas contractuales, en aplicación de los principios constitucionales que mueven gran parte de los ordenamientos jurídicos modernos, es decir, el respeto y derecho de ejercicio de la autonomía privada.

Así las cosas, se evidencia que el Principio de la Autonomía de la Voluntad es la base legal para la celebración valida de los contratos parasociales en el seno empresarial, donde socios, sociedad mercantil o terceros, tendrán la facultad en base a dicho principio contractual, de autorregular sus relaciones comerciales a través de este tipo convenios, subsanándose los vacíos estatutarios o legales que existan en las relaciones societarias que estos estén gestando, siempre que en las cláusulas contractuales no se atente contra la legislación vigente, el orden público, la moral, el uso o la costumbre mercantil, siendo además necesario que en cuanto a la especialidad de las relaciones comerciales respecto a las cuales se contrate, no se atente contra disposiciones o prohibiciones expresas.

2.1.1.2. Principio de Buena Fe:

El Principio de buena fe, está consagrado como un principio base del orden jurídico, a través del cual se espera que los sujetos en sus diferentes actuaciones procedan de manera leal y honrada, es decir, conforme a Derecho.

La buena fe se presenta en dos vertientes, tanto subjetiva como objetiva, que de acuerdo a Tolosa L. (2.017) se conciben como:

> Buena fe subjetiva:
>
> … es la creencia, la convicción o conciencia recta de estar obrando con lealtad conforme a Derecho. Es la sola conciencia interna o psicológica de estar actuando honesta, leal y correctamente, sin que se esté incurriendo en error o sin perjuicio de estar fundada la persona en un equívoco…
>
> Buena fe objetiva:
>
> … es la que impone el ordenamiento como deber jurídico de comportamiento y se torna en una regla orientadora para actuar proba y responsablemente en forma real conforme al derecho y no

> como mera conciencia o creencia. Por este motivo, conlleva por parte de los sujetos ligados por el vínculo obligacional (prenegocial, negocial o postnegocial) la ejecución de verdaderos deberes de conducta mediante actos concretos y procederes, encaminados a ejecutar y cumplir realmente y de buena fe la prestación comprometida. Se trata del sujeto de derecho que actúa como un *bonus vir* (hombre honesto y correcto). [101]

En razón de lo cual, la buena fe, encamina todo el desempeño de los sujetos en los negocios jurídicos que celebren, desde sus intenciones hasta sus actuaciones, lo cual aplicado a las negociaciones del contrato parasocial hará necesario, no solo las buenas intenciones de las partes contratantes, sino además la realización de actos objetivos o materiales que demuestren la real intención de cumplir con los pactado; en estas contrataciones será necesaria la plena vigencia de la *bonae fidei*, pues en los acuerdos mercantiles con mayor razón debe haber probidad y rectitud de parte de los sujetos involucrados, en virtud de los importes económicos y la dinámica empresarial de este entorno.

Así, los contratos deben ejecutarse de «Buena Fe», lo que quiere decir, que las partes intervinientes no solo deberán cumplir con lo expresamente pactado en ellos, sino que además, deberán soportar todas las consecuencias que de acuerdo a la Ley, la costumbre, el uso o la equidad, se derive de los mismos.

Este principio busca así, garantizar que las negociaciones sean transparentes y justas, por lo que además de lo anterior, correlativamente se evita que haya «abuso del derecho», lo cual aplicado a los contratos parasociales, equipará a que en los mismos, con base a la Buena Fe, no se

[101] TOLOSA, Luis A. (2017). De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. Estudio Socio-Jurídico 19(2). Bogotá, Colombia. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 29 de marzo de 2.019. Disponible en: http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701 pp.38-43.

establezcan cláusulas abusivas o leoninas contrarias a Derecho; pues como lo establece Tolosa L. (2.017), el Principio de Buena Fe:

> Hoy es herramienta necesaria en toda clase de contratos para prevenir cláusulas abusivas e inequidades contractuales que contraríen los fines legales o constitucionales: es instrumental para luchar contra la desnaturalización de los derechos y las obligaciones de las partes en procura de un trato equitativo.[102]

Por lo que en contraste, y de acuerdo con Novak F. (S/F), desde el enfoque de una teoría funcional, el abuso del derecho es:

> … el ejercicio de un derecho objetivo de forma contraria al destino económico y social para el cual fue establecido. Desde este punto de vista, se asume que tras todo derecho existe un interés serio y legítimo (social), además del propio interés (individual).[103]

Por tanto, el principio de buena fe tiene plena vigencia en materia de contratos parasociales, a través del mismo, se garantiza que no haya aprovechamiento de una de las partes hacia la otra, o sobre la sociedad mercantil, sino que, por el contrario haya probidad en la mesa de negociaciones y lealtad en la ejecución de las prestaciones acordadas, que en ningún momento, deberán ser perjudiciales para alguna de las partes contratantes.

2.1.2. Requisitos para la celebración y validez de los Contratos Parasociales:

2.1.2.1. Requisitos Esenciales:

Todo contrato lleva implícito en sí elementos esenciales, que no pueden relajarse por convenios particulares, pues sin estos no podrá surtir efectos

[102] *Ibidem.* p.38.
[103] NOVAK, Fabián. (S/F). Los Principios Generales del Derecho la Buena Fe y el Abuso del Derecho. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2019. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302416.pdf p.131.

jurídicos válidos, por lo que, la ausencia de uno de ellos afectaría de pleno derecho la vigencia del contrato de cual se trate; estos elementos son: el consentimiento libremente manifestado, el objeto que pueda ser materia de contratos, la causa licita y la capacidad de obrar o de contratar de las partes; siendo estos requisitos plenamente exigibles en materia de contratos parasociales, en virtud que, la vigencia de estos serán los que le darán pleno valor jurídico al negocio.

Capacidad de las partes contratantes. En relación a la capacidad de los sujetos contratantes, como bien lo resume Domínguez M. (2.017):

> Se afirma como una máxima que la materia relativa al estado y capacidad de las personas es de orden público, por su importancia y consecuencias interesa al Estado y por tal está sustraída de la autonomía de la voluntad. No puede pues por voluntad del o los interesados escapar a las normas imperativas relativas a la capacidad, pues las mismas son de cumplimiento obligatorio.[104]

En razón de lo cual, para que cualquier convención contractual sea válida entre las partes[105] y ante terceros, los sujetos que las suscriben deben ostentar capacidad de obrar o capacidad negocial, lo que se traduce en que deben haber alcanzado su mayoría de edad y que no se les haya negado en proceso judicial por las causas de Ley[106], la facultad de celebrar

[104] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.535.

[105] Sin embargo, en Venezuela, ‘‘las normas que consagran la incapacidad no obstante ser de orden público, son dictadas en beneficio y protección de los propios incapaces’’, por lo que solo éstos pueden alegarla y no los sujetos que contratan con ellos -salvo los casos de interdicción-que si puede ser alegada por cualquiera. *Vid*. DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.535 y Código Civil de Venezuela, artículo 1.145. En igual sentido España, *Vid*. Código Civil de España, artículo 1.302. Mientras que en Colombia, hay ‘‘nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces’’ y por ende, así como las demás causas de nulidad absoluta, ésta ‘‘puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley’’. *Vid*. Código Civil de Colombia, artículos 1.741 y 1.742.

[106] ‘‘Las causas que afectan la capacidad de obrar son taxativas (las incapacidades no pueden ser objeto de analogía)’’. DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.535.

determinados contratos, es decir, como apunta Domínguez M. (2.017), que el sujeto no haya sido declarado entredicho, pues le generaría una ‘‘incapacitación de obrar absoluta’’ o inhabilitado, que se traduce en una ‘‘incapacitación de obrar relativa’’; salvo que en dichos casos, que el convenio contractual se suscriba en apego de las potestades de representación o asistencia que le hayan sido conferidas al tutor o curador, según sea el caso[107].

Lo que en materia de contratos parasociales, se traduce en que el contrato será válido, si este es suscrito por sujetos con plena capacidad de obrar, o que se suscriba en apego de las facultades de quien ostente la representación o asistencia jurídica del socio, accionista o tercero contratante, siendo éstos los sujetos que pueden tener impedida su capacidad negocial, puesto que la sociedad mercantil, como parte contratante en aquellas convenciones parasocietarias en que figure como suscriptora (contratos parasociales de atribución), siempre tendrá capacidad negocial, la cual se deriva de su personalidad jurídica, habiendo en todo caso que hacer revisión de las facultades de representación de la persona natural que actúe por ésta.

Consentimiento libremente manifestado. De acuerdo con Soto (S/F) ‘‘el consentimiento contractual sigue siendo el alma del contrato’’ (*Apud*. Domínguez M. (2.017).)[108]. Sin este, no hay forma de establecer el «vínculo obligacional» del sujeto al negocio jurídico que es el contrato, es a través del consentimiento libremente manifestado que se materializa el Principio de la Autonomía de la Voluntad.

[107] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. pp.537-541.
[108] *Ibidem*. p.491.

Empero, para que este consentimiento sea válido, debe estar libre de vicios, entendiendo que los vicios son causas o circunstancias que afectan el proceso formativo de la voluntad; por ello, el consentimiento debe ser libremente manifestado, sin coacción alguna sobre el sujeto que lo exterioriza (libre de violencia), libre de falsedades o engaños sobre la verdadera naturaleza del objeto o cualidades de la persona que puedan fungir como causa principal del contrato (sin error en la cualidad de la persona), sin falsedades sobre las consecuencias jurídicas que este tendrá (sin error de derecho), y sin influencias de actitudes fraudulentas o engañosas que lleven a contratar sobre falsos preceptos (libre de dolo).

Lo cual, en materia de contratos parasociales, se traducen en que el consentimiento manifestado en la formación de dicho negocio jurídico, por ejemplo, no puede haberse manifestado por influencia de acciones coactivas que impliquen violencia sobre el sujeto contratante o por medio de la influencia de amenazas sobre su condición social o accionaria dentro de la compañía; tampoco el consentimiento podrá haberse logrado en falsas cualidades de uno o varios de los socios firmantes, o en falsos balances y estados contables de la empresa, o en falsas tasas de valoración en determinadas participaciones accionarias, por lo que habría error en la cualidad de los sujetos y error en la verdad de las cosas objeto de contratación.

De igual manera, tampoco sería válido el consentimiento basado en falsas estipulaciones sobre las consecuencias legales que tendría el contrato parasocial en la esfera individual del socio suscriptor o en la esfera social de la compañía, o que esté basado sobre cláusulas que en apariencia favorecerán a los socios o partes firmantes sin perjuicio al ente social, pero que en realidad, fuesen cláusulas que persiguieran ventaja individual de alguno o varios de los socios en contra del interés empresarial; por lo que el

error de derecho y actuaciones fraudulentas o dolosas, no se pueden amparar a través de un contrato parasocial. Pues, el consentimiento que hace nacer un contrato parasocial debe ser libremente manifestado y sin infundio de ningún tipo.

Ahora bien, ¿Quién debe expresar este consentimiento? El consentimiento necesario para suscribir un contrato parasocial debe provenir de quienes harán parte de este, y ello dependerá del tipo de contrato parasocial de que se trate, algunas veces el consentimiento vendrá solo de los socios o accionistas de la empresa (todos o parte de ellos), otras veces tanto de socios (todos o algunos) como de terceros y en ocasiones de socios y sociedad mercantil.

Requiriéndose manifestación de la voluntad de la sociedad mercantil, solo cuando ésta es parte del contrato, pues en ningún otro caso será necesaria la aprobación previa o consentimiento del órgano social de dirección o de decisión de la compañía (junta o asamblea general), en razón de que el contrato parasocial no es un acuerdo de junta general, siendo entonces que para que se suscriba un contrato extraestatutario, solo será necesario el concurso de voluntades de las partes suscriptoras del mismo.

Objeto valido (Cierto, posible, lícito, determinado o determinable). El objeto del contrato, es el fin último perseguido por las partes contratantes, es éste «la obligación pactada» la cual como recuerda Domínguez M. (2.017) puede consistir en una prestación de dar (prestación de medio y de resultado), de hacer (prestación positiva) o de no hacer (prestación negativa)[109].

[109] *Ibidem*.

Para que el objeto del contrato sea válido, este debe cumplir con ciertas condiciones; debe recaer sobre una cosa cierta y determinada o determinable, es decir, que exista o que pueda factiblemente existir, por lo que, se puede contratar sobre cosas futuras siempre que se encuentren por lo menos determinadas en cuanto a su género o clase.

De igual forma, el objeto debe recaer sobre materias que no estén fuera del comercio y cuya transacción sea de carácter lícito o que no estén prohibidas por el ordenamiento jurídico, agregándose además como lo establece Domínguez M. (2.017) que la cosa objeto del contrato (el bien o derecho sobre el cual se pacte) ‘‘debe pertenecer a quien la transmite o constituye un derecho sobre ella’’[110].

Con lo cual, el contrato parasocial goza de objeto valido, cuando las prestaciones en él exigidas recaen sobre asuntos de posible cumplimiento en el tráfico comercial de las sociedades mercantiles, y que sean asuntos o intereses de libre disposición o negociación por convenios particulares, siempre que estos, estén como ya se mencionó, plenamente determinados o identificados en su género o clase, siendo menester de las partes contratantes, pautar sobre los medios contables que cuantificarán los derechos e interés convenidos en el pacto.

De igual forma, será objeto valido de los contratos parasociales, los que versen sobre materias no prohibidas por la normativa mercantil, lo que entre otras cosas implica, que no atente contra las formas societarias ya establecidas y reguladas por el Derecho Comercial, ni que atente en forma alguna en contra de normas de orden público, la moral, las buenas costumbres o que vaya en detrimento de los fines de la sociedad mercantil.

[110] *Ibidem*. p.510.

Igualmente, el objeto del contrato parasocial como se mencionó, no puede estar compuesto por cláusulas abusivas, que afecten los derechos de alguna de las partes contratantes o que menoscabe derechos de terceras personas, por lo que, la oposición legal a este tipo de estipulaciones como instruye Domínguez M. (2.017) ‘‘tiene que ver con la razonabilidad y justicia de la finalidad perseguida por las partes relacionado con la equivalencia de prestaciones; [ya que] no es lícito usar el contrato para obtener ventaja en perjuicio de otro’’[111].

Entonces en términos generales, ¿Qué podrá ser objeto de un contrato parasocial? Podrá ser objeto de contratos parasociales diversidad de prestaciones, tanto positivas (de hacer) como negativas (de no hacer), así como, prestaciones de medio y de resultado (de dar) que tengan implícitas en si connotaciones o características económicas, sociales, políticas - corporativas o disciplinarias, a ser ejecutadas en el seno social.

Causa licita. Como lo recuerda Domínguez M. (2.017):

> Puede ser difícil distinguir causa de objeto del contrato, toda vez que ambos deben estar a tono con el orden público y las buenas costumbres. La causa es el fundamento jurídico que justifica la producción de las obligaciones que nacen del contrato y cumple el objetivo de limpiar la amplia autonomía de la voluntad que se concede a las partes.[112]

Es decir, la causa del contrato es la «razón que motivó» la celebración del mismo, los argumentos que llevaron a las partes a contratar, esta es la justificación lógica jurídica del nacimiento del contrato, cuya manifestación, como ocurre con los demás requisitos contractuales, no deben estar fuera del orden legal.

[111] *Ibidem*. p.519.
[112] *Ibidem*. p.524.

Así, el derecho no solo exige la libre y consiente manifestación de voluntades para que exista un contrato dirigido a determinado fin, sino que además esas voluntades que aspiran ese fin, deben estar válidamente justificadas, es decir, el « ¿por qué se contrata? » debe tener una respuesta legalmente valida, para así hacer legitimo el deseo de los sujetos de contratar y congruente la protección del ordenamiento jurídico sobre ese contrato.

Así lo postula la Teoría de la Causa, aunque en torno a este elemento del contrato, son varios las posiciones que se han desarrollado, tal como lo recuerda Domínguez M. (2.017) entre éstas se tienen[113]:

. La Teoría Pluralista. Que establece que no hay causa única sino que habrá una diferente en cada caso particular.
. La Causa Abstracta. Que presenta que existe la misma causa para todos los contratos, es decir, querer crear, modificar o extinguir un vínculo jurídico.
. La Causa Subjetiva. La cual dice que la causa es el fin directo o inmediato del contrato (causa del contrato), la intención de crear, modificar o extinguir un vínculo legal entre las partes.
. La Causa Objetiva. La cual dice que la causa es el fin indirecto o mediato del contrato (causa de la obligación), motivos específicos y concretos de las partes para contratar. (Se confunde con el objeto del contrato).
. La Teoría Clásica de la Causa. Que funda que la causa es fundamental en los contratos bilaterales, pues es esta el fundamento lógico en las obligaciones reciprocas de las partes.
. El Anticausalismo. De acuerdo con el cual, la causa no es un elemento esencial del contrato, sino que establece que ésta puede o no estar presente. (Quienes apoyan esta noción tachan la utilidad y veracidad de la causa en el estudio de los requisitos contractuales).

[113] *Ibidem*.

En todo caso, lo cierto es que la causa hoy en día, sigue siendo motivo de regulación legal y fundamento *sine qua non* para la validez de los contratos en la mayoría de las legislaciones, donde su ausencia, falsedad o ilicitud son motivos suficientes para declarar la nulidad del contrato.

Instruye Domínguez M. (2.017) que habrá ausencia de causa, cuando esta no ha existido nunca, o cuando habiendo existido en principio deja de existir posteriormente o cuando siendo referida al futuro, no se realiza; mientras que se hablará de causa falsa o causa putativa, cuando haya error en la misma, lo cual, se configurará, cuando una o ambas partes del contrato basen sus motivos en un hecho o derecho que no existe en la realidad, siendo esto equiparable con la ausencia de causa, en razón de que esta no ha existido nunca; habiendo causa ilícita cuando esta sea contraria al orden público, a la moral o a las buenas costumbres[114].

Debe aclararse que, aunque no se exprese en el contrato la causa del mismo, ésta siempre se presume que existe y que es lícita, así lo afirman los ordenamientos jurídicos tratados en la presente investigación[115], lo cual implica que al invocar alguna ilegalidad en la causa, será menester de quien lo alegue probarlo, por ser esta una presunción *iuris tantum*.

Con todo lo cual, en términos generales se observa que la causa en los contratos parasociales será la necesidad para los socios, o socios y terceros, o socios y sociedad mercantil, de proteger derechos e intereses económicos, políticos, corporativos o disciplinarios, no amparados por el estatuto social y sobre los cuales tienen un interés legítimo y directo, cuyas causas particulares dependerán de cada caso concreto.

---

[114] *Ibidem*.

[115] *Vid*. En Venezuela: Código Civil, Artículo 1.158. En Colombia: Código Civil, Artículo 1.524. En España: Código Civil, Artículo 1.217.

Conforme a lo cual, «el contrato parasocial es un contrato causado» a diferencia, por ejemplo, de las letras de cambio o cheques que son títulos cambiarios abstractos, cuya causa no interesa; en los contratos parasociales aunque la causa no se exprese, esta si interesa, pues de ella se deriva la legalidad del negocio.

2.1.2.2. Requisitos Especiales:

Existencia previa de un vínculo asociativo o constitución formal de una sociedad o entidad comercial. Como lo establece Córdoba M. (2.015) el contrato parasocial requiere la existencia de un contrato social, en virtud de que aquel, tendrá por objeto regular por fuera del acto constitutivo de la sociedad, el comportamiento de los socios en esa sociedad o hacia esa sociedad. (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[116]

Es este sentido, sin un contrato de sociedad preexistente o sin el proyecto real de su celebración, no habría el vínculo societario entre las partes firmantes característico de los contratos parasociales o no habría un ente comercial sobre el cual terceras personas guarden particular interés, o para el cual se quisiera atribuir determinadas ventajas jurídicas, es decir, sin una entidad mercantil (plurilateral o unipersonal), o sin su proyecto de constitución, no existirían los derechos e intereses que se desean regular a través del contrato parasocial y éste entonces, carecería de argumento jurídico.

Pues como se ha dicho, el fundamento del contrato parasocial es ofrecer efectividad a las relaciones jurídicas que existe entre socios o accionistas al interior de la sociedad mercantil, o las relaciones entre éstos y el ente comercial o con terceras personas en razón de las operaciones internas de la

[116] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.* p.25.

sociedad mercantil, e incluso a favorecer a la sociedad misma, en razón de que los contratos parasociales, regulan asuntos derivados del tráfico socio económico mercantil, siendo siempre esta una regulación «extra» o «paralela» al contrato «social o estatutario».

Regulación jurídica de aspectos no reglamentados en los estatutos sociales. Al ser el contrato parasocial un contrato paralelo a los estatutos sociales, debe entonces regular aspectos no reglamentados en los estatutos, ampliando el margen regulatorio de los derechos e intereses emanados del vínculo societario o regulando los aspectos económicos o societarios emanados de las actividades comerciales que van encaminadas a la materialización de las metas empresariales.

Siendo entonces, que las relaciones jurídicas que se regulan en los contratos parasociales deben emanar del vínculo social que otorga el contrato social y estatutos sociales, pero que no se regularon en éstos, convirtiéndose todos estos contratos, en convenciones complementarias. Manteniéndose este carácter incluso en contratos parasociales de futuros socios, pues éstos son contratos previos a la constitución formal de la empresa, que implicaran obligaciones previas y adicionales.

Contratarse entre socios o accionistas o, con éstos sujetos siempre que actúen en su condición de tal. Es fundamental que una de las partes contratantes o ambas, sean socios o accionistas de una entidad comercial, y que contraten con esta cualidad, para regular aspectos propios a ser ejecutados al interior del ente social; pues se estaría ante otra figura jurídica si una de las partes contratantes no tuviera esta condición; por ejemplo, si el contrato suscrito es celebrado por sociedad mercantil (como sujeto de derecho independiente) y terceras personas, sencillamente se estaría en frente de un contrato empresarial, por el que la empresa gestiona

su actividad comercial, si el contrato por otra parte, es suscrito por uno o varios de los socios de la empresa, pero regula aspectos ajenos a sus derechos o cualidades de socios, versando sobre asuntos que no involucran las gestiones de estos en la sociedad, pues entonces se estaría ante cualquier forma contractual ajena a la parasocial.

2.1.3. Categorización de los Contratos Parasociales, en base a la clasificación general de los Contratos:

La diversidad tipológica de contratos existentes en el mundo jurídico ha llevado a que en los postulados de la Teoría General de los Contratos se establezca una clasificación global de los mismos, por lo cual, siguiendo la clasificación general de los contratos de Maduro E. (1.993)[117], el contrato parasocial se categoriza como:

2.1.3.1. Contrato Bilateral (sinalagmático perfecto):

El contrato parasocial, en la mayoría de los casos, genera obligaciones reciprocas para las partes que lo han suscrito, a excepción de los contratos parasociales de atribución, que generan obligaciones para los socios suscriptores y no para la sociedad mercantil, en cuyo caso, estos serán unilaterales.

2.1.3.2. Contrato Oneroso:

La actividad comercial siempre comporta un ánimo de lucro, el cual efectivamente se observa presente en los contratos parasociales, pues independiente del tipo de contrato parasocial que se celebre, éstos amparan derechos societarios, que en última instancia, se transforman en derechos e intereses económicos, por lo que en estos contratos habrá intercambio de

[117] MADURO, E. *Op. Cit*.

intereses patrimoniales, los cuales convierten a los contratos parasociales en contratos onerosos.

2.1.3.3. Contrato Conmutativo:

En el contrato parasocial, desde el momento de su suscripción, están bien definidas las prestaciones que lo componen y a quién corresponde ejecutarlas, por ello, estos contratos son conmutativos, es decir, cada parte suscriptora se obliga a la realización de las prestaciones acordadas en los términos pactados, sin que medie en estos contratos, prestaciones aleatorias, pues la finalidad en estos negocios es dotar de seguridad jurídica las relaciones empresariales y por ello sus disposiciones establecen desde el inicio las obligaciones que corresponden a cada parte.

2.1.3.4. Contrato Formal:

El contrato parasocial, en los ordenamientos jurídicos en que se han ido consolidando, son formales, pues en aplicación de preceptos normativos, deben ser escritos y cumplir con ciertos requerimientos formales para adquirir pleno valor jurídico ante el ente social (inscripción y publicidad registral y comunicación ante la empresa en que se celebren); sin embargo, pueden ser consensuales en aquellos ordenamientos jurídicos, en los que aún no se han normado, pues no poseen en estos órdenes una norma regulatoria, concibiéndose entonces como contratos atípicos, y a falta de requerimientos formales o solemnes de parte de la legislación mercantil, estos se perfeccionaran solo con el consentimiento.

2.1.3.5. Contrato Principal:

El contrato parasocial, como se ha señalado en apartados anteriores, no necesita la ejecución anterior de prestaciones estipuladas en contratos

diferentes o separados, pues el contrato parasocial no es accesorio, su cumplimiento no dependerá de la ejecución de otras obligaciones, sino que es autónomo e independiente.

2.1.3.6. Contrato de Tracto Sucesivo:

En la mayoría de los casos, los contratos parasociales son de tracto sucesivo, pues las obligaciones que se suscriben en los mismos, se fijan para ser ejecutadas paulatinamente o de acuerdo a ciertos supuestos establecidos en él.

2.1.3.7. Contrato Atípico e Innominado:

Los contratos parasociales, en aquellos ordenamientos jurídicos en que no han sido objeto de regulación legal, son contratos atípicos e innominados; e incluso, pueden presentar este carácter en aquellas legislaciones en que paulatinamente se ha reconocido la celebración de los mismos, pues en muchos casos, los órdenes legislativos tipifican solo algunos contratos parasociales, siendo en mayor medida regulados los acuerdos o sindicatos de voto, sin reglamentarse los demás tipos parasocietarios.

2.1.3.8. Contrato Paritario:

El contrato parasocial es un contrato de libre discusión o paritario, pues éste siempre está sometido a fase de negociación, en razón de que en estos negocios priva la concertación de intereses, en donde cada contrato se deberá ajustar al caso particular, no siendo viable el establecimiento de cláusulas estandarizadas, pues aunque pueda ocurrir en la práctica, por ejemplo, de aquellas empresas que ofrezcan sus servicios de financiamiento (donde la empresa financiadora expida un prospecto de contrato parasocial), lo más razonable sería que los socios que accedan a este mecanismo, lo

hagan en resguardo de los intereses de la sociedad mercantil y de sus propios derechos e intereses, siendo entonces común que las cláusulas parasociales se establezcan en «común acuerdo».

2.1.3.9. Contrato Colectivo:

Al poseer el contrato parasocial un «ligamen lógico jurídico» con la sociedad mercantil en cuyo seno se celebra, ostenta implícitamente ciertos efectos colectivos, puesto que no solo atañe a un socio o accionista sino que indirectamente incumbe al ente social; sin embargo, en contratos parasociales de relación, este puede solo interesar a los socios o accionistas suscriptores, por lo que aquí el contrato parasocial puede ser individual y no colectivo.

2.1.3.10. Contrato *Intuito personae*:

Las obligaciones de un contrato parasocial son de naturaleza personalísima, pues siempre interesará la persona que ejecutará las prestaciones acordadas, en virtud que las negociaciones establecidas en estos contratos se suscriben con ocasión a derechos e intereses específicos, como por ejemplo, los derechos e intereses que ostenta el socio o accionista en la empresa, el rol del socio o tercero sometido a obligación de permanencia, el proyecto empresarial de la compañía, al porcentaje accionario del obligado, entre muchos más.

2.1.3.11. Contrato Causado:

El contrato parasocial, no es un contrato abstracto, pues su causa interesa a los fines de su validez jurídica, en estos negocios, aunque no se establezca de forma expresa, se presume se celebran bajo una causa lícita.

2.1.4. Validez de los Contratos Parasociales:

Otro punto importante a que hace referencia la Teoría General de los Contratos, es la Validez Jurídica de los mismos; en razón de lo cual, la validez de los contratos parasociales, estará determinada por el cumplimiento de los extremos legales, establecidos de manera general en materia contractual, es decir, la validez del contrato extraestatutario se debe analizar en primer término, por el cumplimiento de los requisitos fijados por el Derecho de Obligaciones para todo tipo de contrato; así, el contrato será válido, si el mismo se suscribe por sujetos capaces que exterioricen libremente su voluntad de contratar, es decir, si dicha manifestación de voluntad no adolece de vicios, si el contrato parasocial posee un objeto valido y una causa licita (cumplimiento de requisitos esenciales).

Simultáneamente, en razón de la naturaleza parasocietaria de estos contratos, debe haberse constituido formalmente una sociedad o entidad mercantil o el proyecto real de su constitución, es decir, deberá haber el vínculo asociativo entre los sujetos contratantes o entre una de las partes firmantes previo al contrato parasocial, no debiendo implicar este contrato una reforma estatutaria sino un contrato extra o paralelo a los estatutos (cumplimiento de requisitos especiales).

Siendo también necesario, confrontar al contrato parasocial, con las disposiciones establecidas por la legislación mercantil que los reconozca o que les sea aplicable en cada ordenamiento jurídico, pues como se observará *infra*, para la plena validez del contrato extraestatutario, en algunos supuestos será necesario el cumplimiento de ciertos requerimientos formales (cumplimiento de requisitos formales).

Sin embargo, todo lo concerniente a la validez de los contratos parasociales, en los ordenamientos jurídicos bajo análisis, se explicará en mejor detalle en líneas posteriores, por cuestiones prácticas y de temáticas de la investigación; *Vid*. Capítulo II y III.

2.1.5. Oponibilidad y Eficacia Jurídica de los Contratos Parasociales:

Del mismo modo, dentro del estudio de la Teoría General de los Contratos, está inmerso el estudio y análisis de la oponibilidad que posee el contrato frente a las partes firmantes y frente a terceros, oponibilidad que derivará de su validez jurídica; y por tanto, de importante análisis los efectos que el contrato generará en razón de la eficacia de sus cláusulas contractuales, siendo importante entonces, el estudio de los mecanismos de cumplimiento reconocidos por el Derecho, que se puedan aplicar en cada caso concreto.

Todo lo cual, será abordado en mejor detalle en líneas posteriores, por cuestiones prácticas y de temática en la investigación, haciéndose estudio de los efectos de los contratos parasociales en los ordenamientos jurídicos bajo análisis; *Vid*. Capítulo IV.

2.1.6. Modos de Interpretación de los Contratos Parasociales:

Todo contrato se constituye sobre la libre voluntad de las partes que los han suscrito, voluntad que debe estar presente en todas sus fases de formación; siendo entonces que las cláusulas que integren el contrato y que establecerán las prestaciones que las partes deberán ejecutar, deben nacer de la verdadera intención de los sujetos que las pactan, por lo que se deben establecer en dichas clausulas, fehacientemente las verdaderas intenciones de las partes, lo cual es fundamental para que no haya discrepancia entre los sujetos al momento de ejecutar sus obligaciones, más aun en el ámbito

mercantil, en que están implícitos grandes intereses económicos de las partes.

En caso contrario, alguna de las partes o ambas terminará aludiendo incumplimiento del contrato, por ejecutarse de un modo diferente al que ellas creen fue pactado, para lo cual, deberán aplicarse criterios de interpretación adecuados que establezcan las verdaderas intenciones de las partes si de la literalidad de las palabras no se deduce. Así, como lo establece Garrigues J. (1.964):

> La necesidad de interpretar un contrato surge cuando desaparece ese consenso, cuando entre las partes no hay acuerdo (disentimiento) sobre la naturaleza, contenido, alcance o efectos de las declaraciones de voluntad realizadas al tiempo de la celebración del contrato, ya se haya formalizado por escrito o verbalmente.(*Apud*. Viera A. (S/F).).[118]

En cuyo proceso, como lo explica Mélich J. (1.999), no debe confundirse la interpretación de los contratos con su proceso de integración, pues:

> La interpretación busca determinar cuál ha sido el intento práctico perseguido por las partes; versa, pues, sobre una pura cuestión de hecho, aun si, como no dejaremos de insistir, la observación de los cánones para realizar tal investigación de los hechos ocurridos entre las partes no deje de implicar cuestiones de derecho. [Mientras que,] La integración se refiere, en cambio, a los alcances jurídicos de ese intento práctico de las partes, a la necesidad de llenar con contenidos que posiblemente las partes ni siquiera han tenido en su conciencia, pero que deben atribuírseles como predicados del intento práctico develado por la interpretación, si se lo armoniza -como tiene que ser- con el ordenamiento positivo del que deriva su eficacia jurídica tal intento de las partes.[119]

---

[118] VIERA, A. Jorge. (2012). La Interpretación de los Contratos Privados en el Ordenamiento Jurídico Español. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2.019. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/31553072_La_interpretacion_de_los_contratos_en_Derecho_privado_espanol p.7.

[119] MELICH, José. *Op. Cit*. p.135.

Así las cosas, y establecido lo que la interpretación de los contratos implica, se debe precisar que las normas de interpretación están contenidas en los Códigos Civiles de cada legislación; así, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se establece en estos Códigos una sección completa para ello (a excepción de algunos pocos, entre ellos Venezuela cuyas disposiciones están contenidas es en el Código de Procedimiento Civil), disposiciones que son aplicables igualmente a los contratos mercantiles y por ende a los contratos parasociales, en virtud que las normas civiles se aplican en el ámbito comercial por remisión lega de la normativa mercantil.

En razón de lo cual, si los contratos parasociales no gozan de claridad en sus cláusulas y se presenta problemas en su ejecución por disparidad entre las partes, corresponderá al juez o arbitro que conozca del caso, someter dicho conflicto a los medios de interpretación que estén legalmente establecidos en cada ordenamiento jurídico, para lo cual se deberá observar la normativa vigente en cada legislación[120], teniendo siempre presente los usos y costumbres a que haya lugar.

Donde ante todo, deberá prevalecer la verdadera intención de las partes sin tergiversar su contenido, pues como lo establece Henao L. (2.013):

> En todo caso, resulta de vital importancia identificar qué persiguen las partes que han celebrado este negocio, pues ello será el

[120] En Venezuela: Prevalencia de la Intención de las partes, en apego a la Teoría de la Verdad. En Colombia: a) Prevalencia de la Intención, b) Interpretación por la Naturaleza del Contrato, c) Interpretación Sistemática, d) Interpretación por Comparación, e) Interpretación por Aplicación Práctica, f) Interpretación de la Inclusión de casos dentro del Contrato, e g) Interpretación a favor del Deudor. En España: a) Interpretación por el tenor literal, b) Interpretación por la actuación de las partes, c) Interpretación por las declaraciones de voluntad, d) Interpretación sistemática, e) Interpretación finalista, f) Interpretación por la función jurídico económica del contrato, g) Interpretación por los usos y costumbres mercantiles, e h) Interpretación de cláusulas oscuras. *Vid*. En Venezuela: Código de Procedimiento Civil, artículo 12, último aparte. En Colombia: Código Civil, Titulo XIII: De La Interpretación de los Contratos, artículos 1.618 al 1.624 y Código de Comercio: artículos 2, 5 y 822. En España: Código Civil: Libro Cuarto, Título II, Capítulo IV: De La Interpretación de los Contratos, artículos 1.281 al 1.289 y Código de Comercio artículos 50, 57, 58 y 59.

> instrumento del que deberá hacer uso el intérprete jurídico para determinar la validez del pacto, la clase de acuerdo, y las consecuencias que ello trae consigo.[121]

2.1.7. Extinción de los Contratos Parasociales:

Por último, es importante señalar los modos de extinción de los contratos, entre éstos los parasociales, así pues, generalmente los contratos se extinguen por su cumplimiento, pero además en aplicación de los demás mecanismos establecidos por cada ordenamiento jurídico, también se podrán extinguir por su rescisión bilateral o por mutuo disenso, por novación de la obligación, por remisión o condonación de la deuda, por compensación, por confusión de los derechos de acreedor y deudor, por transacción, por prescripción de la obligación; o, por resolución judicial que declare su nulidad, sin perjuicio de otros medios de extinción que convencionalmente las partes puedan establecer.

Con lo cual, la extinción de los contratos parasociales ocurrirá en base a las formas establecidas por las partes contratantes y en aplicación de los medios de extinción de los contratos establecidos por el ordenamiento jurídico en el cual se celebren[122].

---

[121] HENAO, Lina. *Op. Cit.*p.185.

[122] En Venezuela, las obligaciones se extinguen por: el cumplimiento o pago, por novación, por remisión de la deuda, por compensación, por confusión, por perdida de la cosa debida o por acciones de nulidad; *Vid*. Código Civil: Artículos 1.282 al 1.353. En Colombia, toda obligación se puede extinguir por convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de sus derechos, consientan en darla por nula, y además se podrán extinguir, en todo o en parte: por la solución o pago efectivo, por la novación, por la transacción, por la remisión, por la compensación, por la confusión, por la pérdida de la cosa que se debe, por la declaración de nulidad o por la rescisión, por el evento de la condición resolutoria o por la prescripción; *Vid*. Código Civil: Artículos 1.625 al 2.545. En España, las obligaciones se extinguirán: por el pago o cumplimiento (ya sea por la imputación de pagos, por pago por cesión de bienes o por el ofrecimiento del pago y de la consignación), además se podrán extinguir, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación o por la novación; *Vid*. Código Civil: Artículos 1.156 al 1.213.

__oOo__

De todo lo cual, se observa que los convenios parasociales en su naturaleza contractual, deben acoplarse a la Teoría General de los Contratos establecida por el Derecho Civil, pues éste como todo contrato, está sometido a sus disposiciones generales, las cuales lo dotan de validez jurídica obligacional.

Por ello, para abordar las particularidades propias de los contratos extraestatutarios, es necesario tener presente el alcance de sus principios configuradores, entre otros, el importante Principio de la Autonomía de la Voluntad y el Principio de Buena Fe; en igual medida la implicación de los requisitos esenciales de formación de los contratos, tales como, la capacidad de las partes, el consentimiento libre de vicios, el establecimiento de un objeto valido y una causa licita; así como la categorización de los contratos parasociales en base a la clasificación general de los mismos; obteniendo así un bosquejo general del tipo de contrato que son los parasociales y la validez que de los mismos podrá emanar.

Con lo cual, los contratos parasociales generarán obligaciones validas y exigibles entre las partes firmantes, las cuales, en igual medida se deberán ajustar a los preceptos normativos que las regulan.

2.2. Preceptos de las Obligaciones Mercantiles aplicados a los Contratos Parasociales:

Barbosa E. (1.998) refiere que:

> Ciertamente, la obligación que nace de la celebración de un determinado negocio jurídico, producto de un acto convenido o no por las partes, para ser calificado como civil o comercial, se debe tener en cuenta el lineamiento de la ley mercantil. Conforme con esta orientación, se tendrá en cuenta la naturaleza del acto (cosas o no comerciales), las partes que han intervenido en su formación

> (comerciantes o no), como también la causa del mismo. Basándose en estos elementos se podrá determinar con bastante exactitud si la obligación es de naturaleza civil o comercial.[123]

De lo cual, sin duda los contratos parasociales son en esencia obligaciones mercantiles, pues como se ha dicho, estos contratos son suscritos por comerciantes y versan siempre sobre asuntos empresariales, con el principal motivo de proteger derechos e intereses económicos, societarios, políticos - corporativos o disciplinarios, no regulados por el estatuto social y sobre los cuales tienen particular interés las partes intervinientes.

En este sentido, se debe tener presente que las obligaciones que emanan de convenios contractuales de carácter mercantil, poseen ciertas particularidades propias del entorno comercial, por ello en las etapas previas a la perfección del contrato y en el mismo perfeccionamiento, se observa la influencia del dinamismo comercial.

2.2.1. Proceso de Formación de los Contratos Mercantiles:

2.2.1.1. Propuesta u Oferta:

La propuesta u oferta es aquella formulación de un proyecto de negocio jurídico que una parte ofrece a otra, en materia mercantil esta oferta puede ser personal o pública, así como entre presentes o no presentes.

Oferta *intuito personae*. Es aquella que se realiza en una mesa de negociaciones entre parte concretas o definidas, por lo general en un plano de igualdad económica, es decir, entre empresarios o comerciantes que se mueven en el mismo sector económico, con el fin de negociar sobre

[123] BARBOSA, E. S. *Op. Cit*. p.413.

aspectos que a ambos interesa y que les generará un crecimiento en el sector.

Oferta general o pública. La oferta pública, en cambio es aquella realizada por sujetos en situaciones económicas distintas, es decir, de un ente empresarial o comercial a un público en general, sometidas a ciertas condiciones de mercado, con la finalidad de ofrecer, en un determinado sector, un bien o servicio que potenciará la actividad comercial del oferente.

Este tipo de ofertas deben respetar las normas de protección a los usuarios o consumidores y las de prohibición de competencia desleal que ofrecen los distintitos ordenamientos jurídicos *so pena* de ser declaradas como ilegales y por tanto nulas e ineficaces.

Oferta entre presentes. Es la oferta de negocio jurídico hecha entre sujetos que físicamente se encuentran en el mismo lugar, haciendo posible una comunicación directa e inmediata en las negociaciones de cada una de las partes.

Oferta entre no presentes. Es la oferta que se realiza entre personas que físicamente están en lugares distintos, pero que se comunican a través de cualquier medio electrónico o tecnológico, haciendo que sus negociaciones no posean la misma inmediatez que entre presentes.

Estos medios tecnológicos, pueden ser cualquiera de los enmarcados por las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Información (T.I.C.) que actualmente gozan de validez jurídica si cumplen con los requerimientos legales fijados por las normas que los regulan.

2.2.1.2. Aceptación:

La aceptación es la manifestación de voluntad de la parte que recibió la oferta, con la cual manifiesta que «si desea negociar con el oferente», ya sea adicionando nuevas propuestas o aceptando a plenitud la propuesta inicial, lo cual indicará el querer adquirir el compromiso obligacional con todas sus implicaciones contractuales, ya que la aceptación genera el perfeccionamiento del contrato mercantil.

2.2.1.3. Perfeccionamiento:

El perfeccionamiento será la fase final del periodo de formación del contrato, en esta fase se constituye el contrato y el mismo adquiere vida jurídica, por lo que después de que el perfeccionamiento se materialice, nace en la esfera jurídica de las partes, el deber de cumplir con las obligaciones pactadas.

Perfeccionamiento entre presentes. Bien fija Barbosa E. (1.998), que este tipo de perfeccionamiento, se da cuando ‘‘las partes contratantes se encuentran en una directa e inmediata comunicación e intercambio de sus ideas por medio de las cuales expresan sus respectivas voluntades contractuales’’[124].

En estas negociaciones, hay inmediatez en el perfeccionamiento del contrato, donde el establecimiento del momento y el lugar en que éste tiene lugar, no presentan ningún problema, pues la conjunción de voluntades ocurre simultáneamente.

Perfeccionamiento entre no presentes. Como lo recuerda Barbosa E. (1.998):

[124] *Ibidem*. p.415.

> En las relaciones civiles, los contratos generalmente son el fruto de gestiones no simples ni breves; son concluidos por regla general entre individuos que se conocen personalmente y que se encuentran en presencia uno del otro. En las relaciones comerciales, en cambio, la mayoría de los negocios se concluyen por medio de correspondencia, telegramas, teléfonos, telefacsímiles, etc.
>
> De aquí la excepcional importancia que tienen en las relaciones comerciales los contratos celebrados entre personas que encontrándose en relación inmediata, se comunican empleando esos medios. Estos contratos son conocidos comúnmente por contratos entre ausentes, pero propiamente se deben calificar de ‘‘no presentes’’.[125]

Así, continuando con este profesor:

> Para la determinación de la formación del contrato entre no presentes, doctrinariamente y de manera tradicional se han elaborado dos sistemas, el primero, el del conocimiento y el segundo, el de la manifestación.[126]

El sistema del conocimiento, indica que el perfeccionamiento tendrá lugar cuando el oferente tenga conocimiento de la aceptación de su oferta, es decir, que la reciba y conozca de su contenido, entendiéndose perfeccionado el contrato en el lugar en que se recibe esa aceptación.

Mientras que, ilustra Barbosa E. (1.998), que el sistema de la manifestación, fija que se perfecciona el contrato en el lugar en donde se haya expresado la voluntad que aceta la oferta, no siendo igual de contundente este sistema para fijar a partir de cuándo se perfecciona el contrato, para lo cual este sistema se ha subdividido en tres teorías, que son: a) la Teoría de la Declaración, la cual fija que hay lugar al perfeccionamiento del contrato en el mismo momento en que emana la voluntad que acepta la oferta; b) Teoría de la Expedición, que establece que el perfeccionamiento ocurrirá cuando la

[125] *Ibidem*. p.415.
[126] *Ibidem*. p.416.

aceptación a la oferta se envíe al oferente; y c) Teoría de la Recepción, que fija que el perfeccionamiento podrá ocurrir cuando el oferente reciba la aceptación, aun si éste no ha conocido el contenido de esa aceptación.[127]

Donde, de dichos sistemas y teorías, se aprecia que el proceso de formación de los contratos mercantiles lleva implícito en sí, aspectos propios de la actividad comercial, donde sin duda juega un papel importante la globalización económica y el dinamismo de los mercados a través de plataformas tecnológicas, por lo que la delimitación de las fases de formación y perfeccionamiento en este tipo de negocios es de vital importancia para establecer los momentos en que es posible revocar ofertas hechas o de modificarlas, y ante todo el establecimiento del momento y el lugar en que se perfecciono el contrato mercantil, lo cual es trascendente para la eficacia jurídica del mismo.

Así, los contratos mercantiles una vez se perfeccionen conforme a estas teorías, crearán para las partes intervinientes obligaciones jurídicas de carácter mercantil, por lo que como lo recuerdan Herrera J. y Guzmán J. (2.009):

> Los contratos, tanto los civiles como los mercantiles, son fuente principal de las obligaciones. Un negocio jurídico bilateral que tiene como finalidad el intercambio de prestaciones de carácter patrimonial entre dos o más sujetos de derecho, los cuales ponen en común sus contrapuestos intereses. De modo que en materia civil y mercantil al hablar de contratos, siempre se va a tratar de la realización de un interés económico a través de una *lex privata* de la cual se origina una obligación, cuyo contenido eminentemente patrimonial realiza las incidencias que el tráfico jurídico de bienes y de servicios tiene en la economía. (*Apud*. Pérez M. (2.012).) [128]

[127] *Ibidem*.
[128] PÉREZ, Martha A. *Op. Cit.*

2.2.2. Características de las Obligaciones Mercantiles:

Las obligaciones mercantiles llevan inmersas en sí ciertas características distintivas, entre estas:

2.2.2.1. Solidaridad entre Deudores:

Como lo establecen Garay J. y Garay M. (2.012) la solidaridad de los deudores ‘‘es la **regla general** en las obligaciones entre **comerciantes** por las deudas nacidas de actos de comercio, salvo que otra cosa se haya pactado. ’’[129] Así lo fijan los ordenamientos jurídicos bajo estudio[130].

2.2.2.2. Esencialidad de un Término:

Por lo general, las obligaciones mercantiles siempre están sometidas a un término de cumplimiento, por lo que a falta de disposición expresa de las partes, se asume que la obligación es de cumplimiento inmediato. Ello, en

[129] GARAY, J. y GARAY, M. (2012). *Código de Comercio Comentado.* Editorial Corporación AGR, S.C. Reedición Febrero 2.012. Caracas, Venezuela. p. 85.

[130] Así lo demuestra el artículo 107 del Código de Comercio de Venezuela y el artículo 825 del Código de Comercio de Colombia. Y en la legislación de España, establecido así por la vía jurisprudencial; esto en virtud de que el Código de Comercio español no estipula nada al respecto, y cuya normativa civil como norma supletoria, fija es la mancomunidad como regla general y la solidaridad como la excepción a la regla, valida solo en los casos en que las partes así lo declaren expresamente. Por ello, en España como ilustra Pérez J. (2015) en la vía jurisprudencial, son diversos los criterios al respecto, fijándose en numerosas ocasiones la solidaridad en las obligacionales mercantiles como regla general en oposición a lo fijado en el código civil de este país, estableciéndose que este es el carácter distintivo de las obligaciones mercantiles respecto a las obligaciones civiles, por ser esencia en aquellas la solidaridad entre los deudores. Por lo que como lo expresa Sánchez B. (2014) ‘‘el Tribunal Supremo [de España] ha venido reconociendo la solidaridad como tácitamente pactada entre las partes’’. *Vid*. PÉREZ, José L. (2015). La solidaridad de las obligaciones mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1687-1706. ISBN 978-84-89315-79-2. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2.019. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20950/solidaridad_perez_serrabona_RIO_2015.pdf y SÁNCHEZ, Bermejo. (2014). Características de las Obligaciones Mercantiles. Málaga-Abogados. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2.019. Disponible en: https://www.sanchezbermejo.com/caracteristicas-de-las-obligaciones-mercantiles/

virtud de la naturaleza de las actividades mercantiles que exigen prontitud en sus ejecuciones, pues las negociaciones comerciales llevan implícitas en si un afán de lucro que en condiciones de mercado exigen dinamismo.

2.2.2.3. Términos de Prescripción:

Los lapsos de prescripción en las obligaciones mercantiles, por lo general son más breves que en las obligaciones civiles, donde además se pueden fijar convencionalmente las formas de su interrupción; todo en virtud de la naturaleza dinámica de la actividad mercantil.

2.2.2.4. Menos Formalidades:

Por la prontitud de las relaciones comerciales las exigencias formales para hacer válidas las obligaciones mercantiles se atenúan; así, como ilustran Garay J. y Garay M. (2.012) en la constitución de determinadas obligaciones, por ejemplo, no se exige que estas se otorguen vía notarial, registral o judicial para poder surtir plenos efectos, pues la sola suscripción privada es válida, como es el caso de las letras de cambio o los pagarés, que gozan de ‘‘fecha cierta’’ aun cuando no han sido autenticados por autoridad competente.[131]

Además, en materia de obligaciones mercantiles, son aún más válidas las operaciones suscritas de forma verbal, como la aceptación de una oferta entre presentes, siempre que se cuente con medios inequívocos que hagan prueba de la veracidad de las declaraciones afirmativas o negativas que se aluden, sea mediante declaración de testigos o cualquier otro medio fehaciente, aceptado por la normativa mercantil.

[131] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit.* p.84.

2.2.2.5. Constitución en Mora:

Al hablarse de mora de la obligación pactada, se esta haciendo referencia al retraso en el cumplimiento de la prestación acordada; lo que genera un incumplimiento temporal de la obligación, pues como bien lo señala Domínguez M. (2.017):

> La manifestación más característica del incumplimiento impropio o relativo es la mora o cumplimiento tardío. Se afirma que el incumplimiento temporal, contrariamente al definitivo, supone que el deudor cumple la obligación, pero en un momento posterior al debido. Ello es lo que se conoce con el nombre de "mora". A lo que debe añadirse la idea de "culpa", pues la mora radica en un "retardo culposo" en el cumplimiento de la obligación, la cual es todavía posible de cumplir. Por lo que se atribuye un elemento objetivo (retardo) y un elemento subjetivo (culpa) en la configuración de la mora. Algunos agregan "el requerimiento" en los casos que sea exigible.
> …
> Normalmente, no cabe hablar de retardo cuando el cumplimiento de la prestación es imposible. De tal suerte que si el cumplimiento todavía es posible porque aunque se cumpla retrasadamente la prestación es idónea para satisfacer el interés del acreedor, estamos ante la [mora de la obligación].[132]

En razón de lo cual, habrá de seguirse en cada caso particular las reglas o condiciones de la mora par que esta sea procedente, pues siguiendo a Domínguez M. (2.017), para que exista mora del deudor: 1) éste deberá haber retardado dolosa o culposamente el cumplimiento de la obligación, 2) se deberá estar ante una obligación valida, cierta, líquida y exigible, y 3) se debe haber constituido o puesto en mora al deudor por medio de un requerimiento u otro acto equivalente; donde en todo caso, habrán ciertas obligaciones en las cuales no será necesario el requerimiento para que el deudor quede constituido en mora, entre éstos: cuando se trate de obligaciones sometidas a término convencional, cuando se haya establecido de manera expresa en el contrato, que el deudor quedará constituido en

[132] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.204.

mora al vencimiento de la obligación, no siendo necesario el requerimiento o cuando se trate de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, pues cuando ‘‘uno de los obligados cumple con su obligación empieza la mora del otro’’.[133] Debiéndose además tener el cuenta el tipo de obligación ante la cual se esté, pues como bien lo explica Domínguez M. (2.017), hay ‘‘casos en los cuales el retardo en el cumplimiento equivale a incumplimiento definitivo’’[134], visto así en las obligaciones negativas o de no hacer; mientras que en otros casos, sencillamente no se admitirá mora, como son los supuestos de ‘‘las obligaciones estipuladas a *término esencial*… cuando se ha estipulado una *cláusula resolutoria expresa*… en caso de *resolución de pleno derecho*… [o cuando se da] la *frustración del fin del negocio*’’.[135]

De todo lo cual, una vez que se verifique la procedencia de la mora, esta generará ciertos efectos jurídicos, entre estos el principal, como indica Domínguez M. (2.017), es la generación del deber en cabeza del deudor de resarcir los daños y perjuicios causados por el retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación acordada, es decir de pagar ‘‘el interés legal’’, así mismo en algunos casos será procedente ‘‘la indexación de las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero’’, así como la ‘’traslación de los riesgos’’ y ‘‘la pérdida de la facultad [para el deudor] de invocar la onerosidad excesiva’’.[136]

Cesando o culminando la mora en acuerdo con Domínguez M. (2.017), ‘‘cuando el deudor realiza íntegramente la prestación y resarce el daño producido por esta’’ lo que se denomina ‘‘purga de la mora’’.[137]

[133] *Ibidem*. pp.209-218.
[134] *Ibidem*. p.207.
[135] *Ibidem*. pp.207-209.
[136] *Ibidem*. pp.219-222.
[137] *Ibidem*. p.223.

Recordando en todo caso, que la mora podrá provenir del acreedor de la obligación y no del deudor, pues como apunta Domínguez M. (2.017):

> La mora del deudor es la mora típica o la mora por antonomasia, pero la mora es trasladable al acreedor cuando media negativa injustificada a aceptar el cumplimiento. La mora del acreedor (*mora credendi* o mora *accipiendi*) por oposición a la mora del deudor (mora *devenid*) acontece cuando el acreedor se niega a recibir el pago. Así pues, la condición de "moroso" no sólo es predicable o exclusiva del deudor, sino que tal calificativo es igualmente atribuible al acreedor. Y toma como base una situación de incumplimiento, no imputable al deudor.[138]

Siendo entonces necesario analizar siempre cada caso particular.

2.2.3. Clasificación de las Obligaciones Mercantiles:

Siguiendo la clasificación de las obligaciones realizada por Domínguez M. (2.017), en los aspectos que pueden estar presentes en las obligaciones mercantiles que derivan de contratos válidos, éstas se pueden clasificar[139]:

2.2.3.1. En razón de los sujetos:

Atendiendo a la pluralidad de los sujetos o personas obligadas. Podrán ser obligaciones conjuntas o mancomunadas y obligaciones solidarias, en atención de las primeras, habrán diversidad de deudores o diversidad de acreedores (o ambos a la vez), dividiéndose la obligación entre tantas partes deban cumplirla o entre tantas partes puedan exigir su cumplimiento, donde de acuerdo con Domínguez M. (2.017), ''cada acreedor únicamente puede exigir del deudor la parte que a *prorrata* le corresponda, y cada deudor sólo está obligado a prestar su parte''[140];

[138] *Ibidem*. p.223-224.
[139] *Vid*. Tema 5. Clasificación de las Obligaciones, en DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. pp.85-147.
[140] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.117.

mientras que en atención de las segundas, también podrán haber pluralidad de deudores o de acreedores (o ambos a la vez), pero la prestación acordada puede ser cumplida en su totalidad por uno solo de los deudores si así le es exigido (solidaridad pasiva), y a su vez cualquiera de los acreedores podrá exigir de los deudores el cumplimiento total de la obligación (solidaridad activa), quedando a salvo las restituciones o los abonos recíprocos, entre deudores o acreedores según sea el caso.

Respecto a las obligaciones solidarias, señala Domínguez M. (2.017), deben concurrir tres características:

> a. La pluralidad de sujetos.
> b. La unidad de objeto (todos los deudores deben en principio el mismo objeto) lo cual depende de la voluntad de las partes o de la ley.
> c. Identidad o afinidad de causa (La relación obligatoria tiene su origen en una misma causa o al menos en negocios jurídicos dependientes o conexos).[141]

2.2.3.2. En razón de las cualidades de la prestación:

Según el contenido de la prestación. En acuerdo a esta categorización se tiene las obligaciones positivas (acción) y las obligaciones negativas (omisión), en las primeras, aquellas que tienen como objeto la ‘‘realización de una determinada actividad’’[142] y que podrán ser «prestaciones de dar o de hacer», en las segundas, aquellas que tienen como objeto la abstención o ‘‘no ejecución de alguna conducta que “el deudor podría lícitamente hacer si la obligación no existiera’’[143] y que se traducen en «prestaciones de no hacer».

[141] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.119.
[142] *Ibidem*. p.85.
[143] *Ibidem*. p.89.

En atención de la autonomía o dependencia de la prestación respecto de otras. Serán obligaciones principales u obligaciones accesorias, las primeras, aquellas obligaciones que no dependen de otras obligaciones, pues tienen existencia propia e independiente; mientras que las segundas, como lo expone Domínguez M. (2.017), aquellas obligaciones ‘‘que dependen de otra principal a la cual se encuentran subordinadas, complementan o garantizan’’[144].

Atendiendo a si se trata de una o más prestaciones. Podrán ser obligaciones simples y obligaciones complejas, en atención de las primeras, aquellas que versan sobre una única prestación y en virtud de la segundas, aquellas obligaciones que recaen sobre diversas prestaciones conexas entre sí.

Atendiendo la determinación en la extensión de la prestación. Serán obligaciones liquidas, que como refiere Lete del Río, son aquellas obligaciones ‘‘cuya cuantía está fijada numéricamente o basta una simple operación aritmética para obtener su cuantía exacta’’ (*Apud*. Domínguez M. (2.017).).[145]. O serán obligaciones ilíquidas, aquellas obligaciones en las que su monto no ha sido precisado o determinado, siguiendo con Lete del Río, son obligaciones ‘‘cuya cuantía no se conoce, aunque existan las bases o criterios para su determinación’’ (*Apud*. Domínguez M. (2.017).).[146]

2.2.3.3. En razón de las particularidades del objeto:

Según el desarrollo de las obligaciones en el tiempo. Son aquellas obligaciones de tracto único y obligaciones de tracto sucesivo, en las primeras, se tienen aquellas prestaciones que se ‘‘agotan en un sólo

[144] *Ibidem*. p.141.
[145] *Ibidem*. p.140.
[146] *Ibidem*. p.140.

acto''[147], mientras que en la segundas, aquellas prestaciones ''cuyo cumplimiento se proyecta en el tiempo''[148] las cuales a su vez, pueden ser continuadas o periódicas.

Atendiendo a la individualización del objeto debido. Serán las obligaciones específicas y las obligaciones genéricas, en atención de las específicas, la prestación recaerá sobre una cosa única, que es determinada de manera individual, y en relación a las genéricas, se tienen las prestaciones que recaen sobre cosas solo determinadas en su género o clase, sin especificarla del grupo.

Según la pluralidad del objeto o prestación. Serán aquellas obligaciones conjuntivas, obligaciones alternativas u obligaciones facultativas, donde serán conjuntivas o acumulativas, aquellas que recaen sobre varios objetos, todos de obligatorio cumplimiento, pero donde ''la pluralidad de prestaciones no determina una pluralidad de obligaciones''[149], obligaciones alternativas o disyuntivas, aquellas que recaen sobre una diversidad de objetos, siendo solo uno de obligatorio cumplimiento a elección del deudor, mientras que serán obligaciones facultativas ''aquellas en que el deudor está obligado a una determinada prestación que constituye el objeto de la relación obligatoria, pero tiene la "facultad" de cumplir realizando otra prestación previamente establecida distinta a la debida''[150]

Por la importancia cuantitativa de los bienes. Podrán ser obligaciones fungibles u obligaciones infungibles, siendo las primeras aquellas que versan sobre prestaciones cuyo objeto son cosas que tienen la misma utilidad económica que otras, mientras que las segundas, recaen

[147] *Ibidem*. p.91.
[148] *Ibidem*. p.91.
[149] *Ibidem*. p.93.
[150] *Ibidem*. p.96.

sobre prestaciones cuyo objeto recae sobre ciertas cosas con un valor único, ya sea por su propia naturaleza o porque así lo establecen las partes convencionalmente. Además, siguiendo a Domínguez M. (2.017), esta cualidad también:

> … en materia de Obligaciones tiene en cuenta la posibilidad de que otra persona sustituya al deudor en el cumplimiento. Si un tercero puede sustituir al deudor en la ejecución de la prestación, ésta es fungible. La prestación es infungible cuando solamente puede ser cumplida por el mismo deudor… Estas últimas se denominan también "personalísimas". Importante en las obligaciones de hacer y eventualmente puede ocurrir en las de dar.[151]

En razón de la connotación económica del objeto. Serán obligaciones de dinero, aquellas cuyas prestaciones tienen como objeto sumas de dinero en su valor nominal, y obligaciones de valor, aquellas cuyas prestaciones tienen como objeto ''un determinado valor económico''[152], donde lo imperativo no será el valor nominal sino el valor real de la cosa debida.

En atención a la unidad o no del objeto. Podrán ser obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles, siendo divisibles aquellas que como señala Domínguez M. (2.017), ''tiene por objeto una prestación susceptible de ser cumplida por partes, sin que se altere la esencia de la obligación''[153] donde el ''cumplimiento puede realizarse mediante acumulación de prestaciones parciales''[154], mientras que será indivisible, aquellas que versen sobre objetos que de acuerdo a su naturaleza o esencia o por la voluntad de las partes, no son susceptible de partición o fragmentación.

---

[151] *Ibidem*. p.98.
[152] *Ibidem*. p.133.
[153] *Ibidem*. p.123.
[154] *Ibidem*. p.124.

2.2.3.4. En razón de si están sometidas o no a modalidad:

Obligaciones puras y simples. Aquellas en que el acreedor de la obligación puede requerir el cumplimiento de la prestación acordada una vez dicha obligación se ha originado, pues ésta no estará sometida a plazo ni a la realización de ningún hecho futuro.

Obligaciones sometidas a modalidad. Serán las obligaciones condicionales y las obligaciones sometidas a término, en las primeras la existencia o cumplimiento de la obligación estará sometido a un acontecimiento «futuro e incierto», mientras que en las segundas, la exigibilidad o extinción de la obligación estará sometida a la verificación de un término fijado por las partes.

2.2.3.5. En razón de la vinculación o no con un derecho real:

Obligación "ordinaria". Aquellas obligaciones basadas en las cualidades o facultades propias o personales del deudor y acreedor.

Obligación "*propter rem*". Aquellas obligaciones cuyo fundamento radica en un derecho real que ostenta el deudor, es decir, como señala Domínguez M. (2.017), aquella:

> … cuyo sujeto pasivo viene determinado por la titularidad de cierto derecho real. [Donde] La vinculación a la propiedad o posesión con la cosa determina el nacimiento de la relación obligatoria. Los que adquieran la cosa asumen la obligación al margen de convenio. Se trata de obligaciones accesorias que siguen la suerte o vicisitudes del derecho real al que están atadas; si el derecho real se transmite la obligación *propter rem* se transmite y si el derecho real se extingue la obligación, se extingue junto con él.[155]

[155] *Ibidem*. p.129.

__oOo__

De lo cual, se afirma entonces que las obligaciones derivadas del contrato parasocial, son obligaciones mercantiles, las cuales nacerán a partir de la celebración valida del convenio extraestatutario, implicando ello, la verificación de las fases de formación propias de todo contrato, como lo son la propuesta u oferta y la aceptación a la misma para perfeccionar el negocio, debiéndose tener en cuenta en estas fases, las particularidades propias del proceso de formación de los contratos mercantiles, recordando que estos entonces podrán celebrarse incluso por ‘‘no presentes’’, pues podrá jugar un papel importante el empleo de los medios electrónicos y el uso de mensajes de datos certificados entre las partes, favoreciéndose las negociaciones parasocietarias del entorno comercial actual.

Con lo cual, podrán nacer diversidad de obligaciones mercantiles entre las partes contratantes, que atendiendo a la clasificación general de las mismas, podrán ser de diversa categorización, pues de una convención extraestatutaria podrán derivar obligaciones puras y simples o sometidas a modalidad, ejemplo de las últimas, entre otros, los pactos de *vesting*, los pactos *tag-along*, los pactos *drag-along*, los pactos de *lock up*, los pactos de *good leaver* o de *bad leaver* o los pactos para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*; podrán ser obligaciones positivas, en las que las partes se comprometan a realizar determinadas acciones en el entorno empresarial que las involucra, u obligaciones negativas, en que por el contrario deban las partes abstenerse de realizar ciertos hechos, como sería el caso de los pactos de confidencialidad, los pactos de no agresión, los pactos de no competencia u otros.

Podrán por otra parte, ser obligaciones simples o complejas, divisibles o indivisibles, de tracto único o de tracto sucesivo, en razón de lo convenido y suscrito por las partes; siendo en todo caso, que además las obligaciones

que se derivan de los contratos parasociales, serán generalmente, obligaciones principales y accesorias, infungibles, específicas y de valor.

Mientras que, determinando el apego o no, que tendrán las obligaciones que nacen de los contratos parasociales a las características generales de las obligaciones mercantiles, debe decirse que en este sentido, las obligaciones que emanan de los contratos extraestatutarios no se caracterizan por la solidaridad de los deudores o acreedores, puesto que en estos contratos por lo general se pactan prestaciones personalísimas, además que en la celebración de estas convenciones, será necesario el cumplimiento de ciertas formalidades sin las cuales el contrato parasocial no adquirirá plena oponibilidad, como es el caso de la inscripción registral y publicidad del acto.

Además que en las obligaciones parasocietarias se pueden fijar términos de ejecución no tan breves, que siempre dependerán del caso particular, pero respecto de los cuales, si se podrá hablar de mora de la obligación parasocietaria, debiéndose entonces atender la indemnización de daños y perjuicios, en acuerdo a las disposiciones de las partes y en aplicación de las disposiciones normativas que regulan el retardo culposo en el cumplimiento de la obligación.

En razón de lo cual, las obligaciones derivadas del contrato parasocial, constituirán la excepción a las características generales de las obligaciones mercantiles, ello en razón de que aquéllas emanaran siempre de convenciones contractuales que por regla general, poseen cualidades distintas a las obligaciones derivadas de las operaciones cambiarias, o de la gestión de negocios, o de las obligaciones derivadas del hecho ilícito o de las obligaciones derivadas de un pago indebido o de un enriquecimiento sin causa.

3. Contratos Parasociales, Estatutos Sociales y Otras Figuras Societarias

Una vez que se han expuesto las generalidades del contrato parasocial y que se ha explicado su naturaleza jurídica, a través del estudio de los preceptos ofrecidos por el Derecho de Obligaciones y por el Derecho Mercantil, aplicables a éstos contratos, es necesario ahora en este acápite abordar el tema de los contratos parasociales de cara a otras figuras societarias, que también tienen vida en el seno empresarial.

Así, se comenzará con el eje a partir del cual todo se desenvuelve, como lo es, el contrato y estatuto social, siguiendo con otras figuras como los reglamentos internos de las compañías, los acuerdos sociales viciados y los casos de derogaciones singulares; intentándose de este modo, estudiar la compatibilidad, similitudes y diferencias que los contratos parasociales poseen frente a estas otras figuras jurídicas societarias, pero estableciendo la autonomía de éstos frente a aquéllas.

3.1. Contrato Social, Estatuto Social y Contrato Parasocial

El «contrato de sociedad mercantil»[156] es un negocio jurídico por el que, dos o más personas (a excepción de las sociedades unipersonales) establecen las condiciones bajo las cuales operará una entidad comercial, en base al cual, ésta adquirirá personalidad jurídica independiente a la de sus asociados, con todas las consecuencias jurídicas que esto implica, sirviendo este contrato, en la mayoría de los casos, a su vez de estatutos sociales para la empresa, por lo que en él, se fijaran las pautas a seguir en el desenvolvimiento de la compañía, es el que otorga nacimiento a la sociedad

[156] *Vid*. En Venezuela: Código Civil, Artículo 1.649 y Código de Comercio, Artículo 211. En Colombia: Código de Comercio, Artículo 98. En España: Código de Comercio, Artículo 116.

mercantil y por medio del cual esta establecerá como se llevará su giro comercial.

Los estatutos sociales por su parte, vienen a constituir el reglamento de la sociedad mercantil, pues en ellos se establecen las disposiciones que guiarán el desenvolvimiento de la compañía, interna y externamente, debiendo ser estos documentos los que establezcan el cómo deberá desenvolverse jurídicamente la sociedad, disponiendo los derechos y deberes societarios, con todas las implicaciones societarias, económicas, corporativas y disciplinarias que ello implica.

El contrato de sociedad y estatutos sociales, como todos los contratos, nacen de la libre voluntad de las partes que los suscriben y deben ceñirse a aquellas normas relativas a la contratación, con las particularidades propias a que haya lugar, dependiendo del tipo de sociedad mercantil elegido.

En este sentido, el contrato de sociedad y los estatutos sociales, son las convenciones contractuales por medio de las cuales se exterioriza la Voluntad Societaria, la cual no se extingue en dichos actos, sino que se mantiene y debe prevalecer en el desenvolvimiento de las actividades empresariales una vez que la sociedad se ha constituido formalmente, así en base a dicha Voluntad, los socios o accionistas del ente comercial constituido, podrán adicionar a su reglamentación interna, para el desarrollo y aseguramiento de los derechos e intereses que les son atribuidos por medio del contrato y estatuto social, los convenios contractuales que estimen pertinentes, siempre que los mismos no contraríen las pautas establecidas tanto en el contrato de sociedad como estatutos sociales, o en la normativa societaria imperativa.

Siendo entonces, que ni el contrato de sociedad ni los estatutos sociales, excluyen la Libertad de Contratación de los asociados, en razón de lo cual,

como se ha dicho, los socios o accionistas podrán suscribir en paralelo nuevos contratos, a través de los cuales se podrán resolver en la mejor manera aquellas eventualidades que se vayan suscitando en la vida jurídica de la entidad comercial, cuando estén en juego los intereses de cada socio o accionista, los intereses del ente social en general, o los intereses de terceros involucrados con actividad del ente empresarial.

Convirtiéndose así, el contrato de sociedad, estatutos sociales y contratos parasociales, en contratos compatibles y complementarios entre sí, que aunque indudablemente poseen diferencian *per se*, no deberán excluirse o contrariarse, sino que podrán -y deberán- ir de la mano, formando un bloque reglamentario interno más completo. Así las cosas, se pueden establecer entre el contrato de sociedad, estatutos sociales y el contrato parasocial, los siguientes aspectos:

3.1.1. Compatibilidad:

El nacimiento de la compañía a partir del ejercicio de la Autonomía de la Voluntad faculta a los socios de ésta, para que en el desarrollo de las gestiones societarias, económicas, políticas o corporativas y disciplinarias, sean plenamente autónomos, siempre que estas gestiones no contraríen las pautas establecidas en la normativa social, en la Ley, o en los límites de orden público de los que ya se ha hablado, por lo que respetando estos extremos, nada debe impedir que socios o accionistas puedan celebrar válidamente un contrato parasocial o extraestatutario, en base a ello, ambas figuras deben ser plenamente compatibles.

En este sentido, por una parte, sería ilógico que los estatutos sociales prohibieran o desconocieran los contratos parasociales, pues como se refirió la Autonomía de la Voluntad de los asociados, llamada en el entorno

mercantil «Voluntad Societaria», no muere con la constitución de la empresa; y por otra parte, los contratos parasociales no podrán desconocer las disposiciones ya establecidas en el estatuto social cuyo contenido además de dar nacimiento al ente mercantil y fijar los parámetros de su existencia y funcionamiento, también fijan las relaciones sociales que el contrato parasocial viene a ampliar o a regular, de acuerdo a las eventualidades del caso en particular.

3.1.2. Complementariedad:

Partiendo de lo anterior, se debe decir que tanto el contrato social, los estatutos sociales de una empresa y los eventuales contratos parasociales que los socios o accionistas de ésta suscriban, deben funcionar como contratos complementarios entre sí; en el sentido de que todos éstos en conjunto, como se ha explicado, pueden ampliar la normativa societaria, mejorar el gobierno corporativo de la compañía, formular estrategias económicas o ampliar la normativa disciplinaria de la sociedad mercantil, garantizando en todos esos casos, el correcto ejercicio y desarrollo de los derechos e intereses de los socios o accionistas de la empresa, sin desconocer igualmente los deberes u obligaciones que cada uno de ellos están llamados a cumplir.

Sin embargo, debe decirse que esta complementariedad, ira definida en gran medida, por el tipo de contrato parasocial suscrito, observándose una mayor integridad con la reglamentación interna cuando los contratos parasociales son del tipo omnilateral y de organización, los cuales como se explicó en acápites anteriores, pueden ampliar en mejor medida el contenido del contrato y estatuto social, pues son contratos parasociales que se caracterizan por sus implicaciones corporativas.

3.1.3. Diferencias y Similitudes:

Aunque el contrato de sociedad, estatutos sociales y contratos parasociales, conformen en conjunto el bloque contractual por medio del cual los sujetos asociados a un ente mercantil manifiestan su Voluntad Societaria, no son todos contratos iguales, pues *per se* poseen diferencias tangibles, que se derivan de su propia naturaleza negocial, pues teniendo en común diversos aspectos, son figuras independientes.

3.1.3.1. Similitudes entre el contrato de sociedad, estatutos y contrato parasocial:

Dentro de los rasgos comunes que poseen entre si el contrato de sociedad, estatutos y el contrato parasocial, se tiene que estas figuras jurídicas, como ya repetidamente se ha expresado «son contratos», pues todos ellos se enmarcan dentro del concepto de los negocios jurídicos, que nacen de la Libre Voluntad de los sujetos que los suscriben, con la plena intención de generar determinadas consecuencias jurídicas de carácter patrimonial a su favor, las cuales se encuentran enmarcadas en el seno de una sociedad mercantil; siendo que, por el contrato social se constituye la empresa, por el estatuto social se reglamenta a la misma y por el contrato parasocial se amplían y regulan los derechos e intereses de los sujetos asociados, de la empresa constituida y de terceros eventualmente involucrados a la actividad económica de la compañía.

3.1.3.2. Diferencias entre contrato de sociedad, estatutos sociales y contrato parasocial:

Para abordar adecuadamente las diferencias existentes entre el contrato de sociedad, estatutos sociales y contrato parasocial, se asumirá en un solo bloque al contrato social y a los estatutos de la sociedad -como normativa

típica- de las sociedades mercantiles, para contraponer a estas formas contractuales, la forma contractual de los pactos parasociales, en la siguiente manera:

Cuadro Nº 1: *Diferencias entre el contrato de sociedad, estatutos sociales y contrato parasocial.*

Contrato de Sociedad y Estatutos Sociales	**Contrato Parasocial o Extraestatutario**
a) Son contratos típicos, regulaos ampliamente en todas las legislaciones por la normativa mercantil, pues a partir de éstos, se constituye y regula una sociedad mercantil.	a) En su mayoría, son contratos atípicos, pues incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que paulatinamente los han ido reconociendo, solo reconocen o regulan normativamente algunos tipos de contratos parasociales, siendo solamente regularizados, en la mayoría de los casos, los acuerdos o sindicatos de voto, sin reglamentarse los demás tipos extraestatutarios.
b) Son contratos de carácter Imperativo para la formación y reglamentación de toda sociedad mercantil.	b) Es un contrato facultativo, dependerá del interés particular de cada socio o accionista, del interés colectivo de la sociedad, o del interés de terceros eventualmente involucrados con la sociedad.
c) De manera expresa están sometidos al deber de inscripción y publicidad Registral.	c) Su inscripción Registral puede ir determinada solo por el Principio de Analogía, pues en razón del carácter atípico que poseen la mayoría de contratos parasociales, solo algunos de ellos (dependiendo del orden jurídico) están sometidos a publicidad registral.
d) Son oponibles a todos los socios de la entidad mercantil y a terceros, pues a partir del Contrato de Sociedad, debidamente registrado nace la sociedad mercantil con personalidad jurídica independiente, siendo con los Estatutos Sociales, las figuras legales que otorgarán a sus miembros el carácter o *estatus* de socios o accionista de la compañía.	d) En principio, son oponibles solo a los sujetos que lo han suscrito. -Aunque, dependiendo del ordenamiento jurídico, podrán ser de oponibles también a la sociedad mercantil y demás terceros, si se cumplen determinados extremos legales-
e) Se encuentran estandarizados a cada uno de los tipos de sociedades	e) Sus cláusulas buscan ajustarse a los intereses concretos del caso particular,

mercantiles, estableciéndose clausulas comunes en cada tipo de sociedad, de acuerdo a las exigencias legales para cada una de ellas.	en función del principio de la Autonomía de la Voluntad de las partes firmantes.
f) Todo lo regulado en estos contratos atañe a la sociedad mercantil, pues a través del contrato social la empresa ostenta personalidad jurídica y desenvuelve su giro comercial, y en base a los estatutos regula su funcionamiento interno.	f) Lo dispuesto en este contrato, no siempre concierne a la sociedad mercantil, pues dependiendo del tipo de contrato parasocial podrá involucrar o no los intereses directos y generales del ente comercial.
g) Estos contratos pueden dejar vacíos reglamentarios, en virtud de la rigidez legal o estatal que lo regule.	g) Este contrato busca zanjar las carencias estatutarias y normativas.
h) Las cláusulas estatutarias siempre reglamentan a la sociedad.	h) Las cláusulas extraestatutarias pueden ampliar la reglamentación de la sociedad o solo regular los derechos e intereses particulares de los socios o accionistas dentro de la sociedad.
i) El contenido del contrato social y de los estatutos sociales, está regulado expresamente, por ende sometido a requerimientos mínimos.	i) El contenido del contrato parasocial, puede ser de diversa índole (societario, económico, corporativo o disciplinario), y en muchos ordenamientos no se encuentra tasado legalmente.
j) Por ser contratos tipificados, poseen plena validez y eficacia jurídica.	j) En algunas legislaciones por ser contratos atípicos e innominados, se discute su validez jurídica, y por ende su eficacia.
k) La normativa mercantil que regula el contrato de sociedad y los estatutos sociales, estipula también los mecanismos de cumplimiento a través de los cuales estos contratos se harán eficaces.	k) En virtud del carácter atípico que envuelve a la mayoría de los tipos de contratos parasociales, estos no están amparados de mecanismos de cumplimiento específicos, siendo necesario entonces para su eficacia, aplicarles mecanismos de cumplimiento estipulado por el Derecho de Obligaciones, pudiéndose además establecer en los mismos, un sistema de auto ejecución o *self- enforcement*, como el establecimiento de cláusulas penales.

Creación propia. / Fuente: Referentes académicos y doctrinarios.

3.2. Reglamentos Internos y Contratos Parasociales

Los órganos de dirección de las sociedades mercantiles, para su buen funcionamiento, pueden someter ante la Junta o Asamblea General de socios o accionistas, la aprobación de reglamentos internos, los cuales podrán establecer las maneras en que se deberá hacer la toma de decisiones en los Consejos de Administración, pueden entre otros, establecer los supuestos de hecho para la imposición de sanciones o las maneras en que se deberán dirimir eventuales controversias en el interior de los órganos directivos; es decir, como lo establece Feliu J. (2.012):

> Los reglamentos son emitidos, modificados o eliminados por cada uno de los órganos sociales respecto de los cuales surtirán efectos mediante la aprobación de un acuerdo social; no estamos en presencia de un acuerdo realizado por los socios, sino frente al ejercicio de la potestad autonormativa de la Junta General y del Consejo. (*Apud*. Henao L. (2.013).).[157]

Por lo que, los reglamentos internos de los órganos de dirección de las sociedades mercantiles, distan de la naturaleza jurídica de los contratos parasociales y no se pueden equiparar entre sí, pues los reglamentos fijan pautas de funcionamiento a ser aplicadas solo en el seno de los órganos administrativos, cuyos lineamientos son jerárquicamente inferior a los estatutos sociales; mientras que, el alcance jurídico de los contratos parasociales va más allá, pues en éstos se regulan asuntos de importancia social, como la ampliación de proyectos económicos, ampliación de las normas disciplinarias o el mejoramiento del gobierno corporativo de la empresa, pudiéndoselos equiparar jerárquicamente a los estatutos sociales, y funcionar en su complemento, como previamente se refirió.

Además, como lo resume Henao L. (2.013), los reglamentos internos ‘‘pese a presentar similitudes con los pactos parasociales (libertad de forma… y eficacia interna), se diferencian de los mismos en su procedimiento de

[157] HENAO, Lina. *Op. Cit.* p.184.

elaboración, modificación y supresión''[158], pues los contratos parasociales se abocan a los principios contractuales generales, y a los preceptos propios de las obligaciones mercantiles.

3.3. Derogación Singular y Contratos Parasociales

La derogación singular, es un fenómeno que manifiesta la inaplicación voluntaria de parte de los socios, de los estatutos sociales, como lo explica Henao L. (2.013) la derogación procede en un caso particular, y:

> … no implica una reforma definitiva [de los estatutos,] sino temporal, derogación que se realiza haciendo uso del régimen previsto para la modificación de los estatutos [establecido,] en la ley y en este mismo cuerpo normativo.[159]

Con base a lo cual, por medio de una derogación singular, pueden los órganos sociales, como lo resume Campins A. (2.001), ''modificar las normas de funcionamiento u organización social… invalidar las normas referidas a los derechos de los accionistas… o, inaplicar las normas relativas a las relaciones entre los socios y la sociedad'' (*Apud*. Henao L. (2.013).).[160]

Propósitos estos que distan de los fines propios de los contratos parasociales, pues como se ha expresado los parasociales deben ser completo de los estatutos sociales, y no implicar su modificación; así, siguiendo a Henao L. (2.013) las derogaciones singulares, solo pueden ser gestadas ''dentro del marco de la toma de decisiones en el ámbito de la Junta General y con sujeción a lo previsto en los estatutos''[161]; distando así de la naturaleza contractual del pacto parasocial que emana de la Autonomía de la Voluntad de las partes, las cuales no necesariamente deben pertenecer al órgano de control de la compañía, siendo su eficacia es más amplia.

[158] *Ibidem*. p.184.
[159] *Ibidem*. p.183.
[160] *Ibidem.* p.183.
[161] *Ibidem.* p.184.

CAPITULO II
CONTRATOS PARASOCIALES EN EL DERECHO COMPARADO: COLOMBIA Y ESPAÑA.

El avance jurídico de los contratos parasociales, a lo largo de la historia ha estado representado en la innegable utilidad práctica que los mismos brindan al mundo empresarial moderno; así, desde su origen o nacimiento, han ido incorporándose en la regulación legal y jurisprudencial de diversos ordenamientos jurídicos, entre estos, los de Colombia y España, que desde diferentes escenarios, presentan importantes progresos en la materia.

Así las cosas, en estos países el tema de los contratos parasociales, ha sido objeto de estudio de diversos académicos y doctrinarios, quienes los han abordado de diversas maneras, intentando estudiar, analizar y explicar los alcances normativos y jurisprudenciales que ostentan estos contratos, tanto en Colombia, como en España, desarrollando teorías y principios contractuales, analizando las áreas de aplicación de los mismos, las compañías mercantiles en las que se pueden celebrar, entre muchos aspectos más; pues, a través de la doctrina y la investigación académica, se intentan subsanar los vacíos aun presentes en estas legislaciones.

En cuya orientación, se hará en esta sección, una breve reseña histórica del inicio de los contratos parasociales en Colombia y España, seguida de la evolución legal que estos contratos han presentado en ambos sistemas legislativos, así como el estudio del régimen legal aplicable para la celebración de estos contratos en cada uno de los tipos de compañías mercantiles reguladas por el Derecho Societario colombiano y español, y el examen de la jurisprudencia emanada al efecto en estos países, para así, poder establecer la validez jurídica que los contratos parasociales tienen en el seno societario de Colombia y España.

Todo lo cual, se hará a través del estudio de trabajos monográficos, tesis de grado, trabajos de ascenso, artículos e informes doctrinarios, además de la consulta de la normativa civil y societaria vigente en estos ordenamientos jurídicos y de la consulta de algunos criterios jurisprudenciales importantes; con lo cual, se forman los siguientes:

Antecedentes Investigativos

. **«Los Pactos Parasociales»**. Artículo escrito por Henao Lina, para la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, en Julio - Diciembre de 2.013. En el cual se explica y desarrolla ‘‘la noción, notas características, naturaleza jurídica y las vicisitudes que subyacen’’ en la materia de los contratos parasociales ‘‘a la luz de los principales ordenamientos jurídicos de los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*’’.[162]

. **«Los Acuerdos de Accionistas. Evolución y Aplicación en Colombia»**. Artículo escrito por Mejía Darío, para la Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes de Bogotá - Colombia, en Julio - Diciembre de 2.014. Del cual se observa, que pese al avance normativo que tiene Colombia en materia de contratos parasociales, aún en algunos casos es poca la regulación en torno a los mismos, siendo que ‘‘su tratamiento y desarrollo jurídico aún no es integral, claro y uniforme [para todos los tipos de sociedades mercantiles]’’, por lo que en base a las ‘‘definiciones y clasificaciones desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia’’ colombiana y foránea, dicho artículo intenta ‘‘construir un marco general legal y conceptual de dichos acuerdos’’, que resulte útil para abordar dichos vacíos legales[163].

[162] HENAO, Lina. *Op. Cit*. p.179.

[163] MEJÍA, Darío A. (2014). Los acuerdos de accionistas. Evolución y aplicación en Colombia. *Revista de Derecho Privado Nº 52*. ISSN 1909-7794. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 03 de abril de 2.019. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223011. p.2.

. **«Los Pactos de Socios en el Derecho Colombiano»**. Artículo de Revista escrito por Camargo Magda, en ocasión a la preparación de la Tesis de Magíster en Derecho para la Universidad Sergio Arboleda. De Bogotá – Colombia, en Julio – Diciembre de 2.017. El cual:

> … busca analizar el régimen de los pactos parasocietarios [en Colombia]… con el objetivo de determinar su alcance y de esta forma, comprender la regulación de estos pactos en el derecho comercial colombiano y la manera como estas normas se relacionan con las reglas generales en materia de obligaciones, contratos y sociedades, de tal modo que se busca sostener la posibilidad de celebrar pactos de socios en todos los tipos societarios... También se busca identificar los principales aspectos objeto de debate, para lo cual el trabajo se basa no solamente en un análisis normativo, sino también doctrinal, jurisprudencial e incluye la referencia a las interpretaciones que ha realizado la Superintendencia de Sociedades [de Colombia] tanto en conceptos como en decisiones judiciales relacionadas con pactos societarios.[164]

. **«Eficacia de los Pactos Parasociales dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano para suplir a los Riesgos de la Actividad Societaria»**. Trabajo Monográfico escrito por Higuera Carlos y Montealegre Laura, como requisito para optar por los títulos de abogados en la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá - Colombia. Programa de Derecho - 2.018. Trabajo éste, de acuerdo con el cual:

> … los pactos parasociales o acuerdos entre socios, [aparecen] como una forma de solucionar los problemas de agencia, que consisten en acuerdos de voluntades firmados al margen de la sociedad, que implementan una regulación extra-estatutaria… sobre aspectos de organización, gestión y/o cualquier otro asunto que no pertenezca a los estatutos. [Donde se explica que] Estos pactos parasociales buscan minimizar los diferentes riesgos que puedan surgir en la realización de la actividad societaria…[165]

---

[164] CAMARGO, Magda L. (2017) Los Pactos de Socios en el Derecho Colombiano. Vniversitas. Nº 135: 19-52. Artículo de investigación para la preparación de la tesis de magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 13 de Abril de 2.019. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/18926. p.20.

[165] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.3.

. **«El *Enforcement* de los Pactos Parasociales»**. Artículo escrito por Paz-Ares Cándido, para ‘‘Actualidad Jurídica Uría & Menéndez’’, en el año 2.003. Cuya finalidad es disipar las dudas en torno a la eficacia de los contratos parasociales en el ordenamiento jurídico de España; para lo cual, expone parte de la tipología de contratos parasociales existentes, ejemplificando las áreas en que éstos se pueden desarrollar.[166]

. **«Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces»**. Artículo escrito por Sáez María, a la Revista para el ‘‘Análisis del Derecho *InDret*’’, en el año 2.009; el cual expone, que en relación a los contratos parasociales:

> Actualmente la cuestión es muy incierta, lo cual pone a prueba la audacia y el ingenio de los profesionales del derecho para articular mecanismos contractuales… [En donde] sus excesos deben ser combatidos con los instrumentos que nos brinda el derecho vigente. [Por lo que] La pelota, al menos eso parece por el número de casos que se suscitan, está en el tejado de los jueces.[167]

. **«La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales»**: Artículo doctrinario, escrito por Paz-Ares Cándido, en el año 2.011. El cual fija algunos parámetros acerca de la validez de los contratos parasociales, estableciendo ciertos lineamentos en torno al principio de relatividad de los contratos, que a juicio del catedrático, son base suficiente para mitigar las posiciones en contra de la celebración de estos acuerdos.[168]

. **«Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas»**. Artículo escrito por Feliu Jorge, para ‘‘Marcial Pons’’ en el año 2.012. El cual, postula que en España:

---

[166] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*.
[167] SÁEZ, María. I. *Op. Cit*. p.3.
[168] PAZ-ARES, Cándido. (2.011). La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.*

> Los pactos parasociales son una figura que resulta, en su *nomen iuris*, bien conocida para todos aquellos en cuya actividad profesional o académica se han de aproximar al Derecho de sociedades, e incluso goza de una relativa popularidad mediática vinculada a ciertas operaciones de control en relación, principalmente, con grandes sociedades cotizadas. Sin embargo, este conocimiento nominal y relativamente generalizado contrasta con un escaso tratamiento normativo de sus elementos esenciales, [y] un amplio desconocimiento de su posible y variado contenido...
>
> [Razones éstas, entre otras, las que motivaron al autor a realizar] un estudio completo del fenómeno que defina esta figura, identifique sus rasgos característicos, analice su posible y variado contenido [entre otros más]…[169]

. **«Los Pactos Parasociales, una visión histórico-práctica»**. Trabajo de fin de Master, escrito por Olmos Vicente, para obtener el Título de Grado en Derecho en la Universidad Internacional de La Rioja de Santander - España. En Diciembre de 2.017. El cual, busca explicar:

> … como ha sido llevada la realidad de los pactos parasociales, desde principios del siglo pasado, hasta la actualidad, inclusive tratando sucintamente los vicios de futuro que tendrá la cuestión… [Siendo una de las finalidades de la investigación], conocer la correcta función… de estos pactos.[170]

__oOo__

Estudios éstos, que en complemento con otros más, permitieron desarrollar teóricamente el presente capítulo.

---

[169] FELIU, Jorge. (2012). Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas. *Marcial Pons*. (pp. 7-12). [Trabajo en línea]. Fecha de Consulta: 20 de febrero de 2.019. Disponible en: https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689892.pdf p.19.

[170] OLMOS, Vicente. (2017). Los Pactos Parasociales, una visión histórico-práctica. Trabajo fin de Master para obtener el Título de Grado en Derecho, Universidad Internacional de La Rioja. Santander, España. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2.019. Disponible en: https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6515/OLMOS%20ROS%2c%20VICENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p.4.

1. Contratos Parasociales en el Ordenamiento Jurídico de Colombia

1.1. Breve Reseña Histórica

En Colombia, los contratos parasociales son reconocidos bajo la denominación de «Acuerdos entre Accionistas» y sus primeras regulaciones normativas datan del año 1.995, donde a través de la reforma legislativa de algunas disposiciones contenidas en el Código de Comercio[171], se empezó a reconocer legalmente la suscripción de los acuerdos parasociales, pero únicamente en las sociedades mercantiles anónimas; estableciéndose así, la normativa que empezaría a regular el contenido y las formalidades a cumplir en la celebración de estos contratos en este tipo societario.

Observándose además, que los primeros reconocimientos normativos hechos en Colombia para estos contratos, se referían específicamente a los contratos parasociales relacionados son la emisión de voluntad en los procesos deliberativos de la compañía y las posiciones unánimes en la toma de decisiones, es decir, los llamados «sindicatos de voto y representación».

Posteriormente, a través de la promulgación de nuevos cuerpos normativos, se empezó a extender en Colombia el reconocimiento legal de los contratos parasociales, aceptándose la celebración de los éstos en sociedades anónimas inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, es decir, se amplió la validación de los acuerdos de accionistas a las sociedades anónimas abiertas constituidas en este país; extendiéndose ulteriormente dicha regulación, también a las sociedades anónimas simplificadas (SAS), lo que amplio en éstas últimas, el contenido contractual de dichos acuerdos,

[171] DECRETO 410 DE 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Publicado en el Diario Oficial de Colombia (Año CVIII) Nº 33339, en fecha 16 de junio de 1.971.

admitiéndose la suscripción de los mismos sobre diversos aspectos y no solo sobre acuerdos de voto y representación.

Todo lo cual, ha generado la aceptación de los contratos parasociales en los demás tipos de sociedades mercantiles también tipificadas en la normativa colombiana, pues por remisión legal, así como por aplicación de principios generales del Derecho y por aplicación de criterios jurisprudenciales, se empezó a concebir en Colombia, la celebración de estos contratos en las demás sociedades mercantiles distintas de la anónima[172], lo que conlleva, como lo pauta Henao L. (2.013), a que estos acuerdos sean hoy ‘‘una herramienta de uso frecuente en el desarrollo de las relaciones corporativas pese a la ausencia de una regulación legal integral [para todos los tipos societarios]’’[173] .

1.2. Evolución Legal

1.2.1. Ley 222 de 1.995:

Como se refirió, el reconocimiento legal de los contratos parasociales en Colombia, se empieza a manifestar en la Ley 222 de 1.995[174], cuyo texto reformo algunas disposiciones contenidas en el Código de Comercio, estableciendo entre otros aspectos, de aplicación para las sociedades anónimas, lo siguiente:

> **Artículo 70. Acuerdos entre Accionistas**. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho

[172] *Vid*. CAMARGO Magda L. *Op. Cit*. pp.25-27.
[173] HENAO, Lina. *Op. Cit*. p.179.
[174] LEY 222 DE 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un Nuevo Régimen de Procesos Concursales y se dictan Otras Disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXXXI) Nº 42156, en fecha 20 de diciembre de 1995.

> acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.

De donde, a partir de dicha norma, se faculta legalmente a los accionistas de las compañías anónimas de Colombia, a celebrar contratos parasociales, siempre que éstos versen sobre el ejercicio del derecho de voto de los socios suscriptores, o que comprendan la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en las reuniones generales de asamblea; lo que configuró en este inicio normativo, la posibilidad valida de celebrar «sindicatos de voto y representación» en el seno societario de este país, aunque fuese para un solo tipo societario; siendo a partir de esta norma, que se empieza a configurar el camino normativo de los contratos parasociales en esta legislación.

Por ello, aunque del análisis de este artículo se desprenden claros límites iniciales en la celebración de acuerdos de accionistas en Colombia, debe decirse que sin duda éste fue el eje central a partir del cual derivó la legitimidad de dichos contratos en este ordenamiento jurídico. Así, de la norma transcrita, se desprenden los siguientes aspectos:

1.2.1.1. Limitación en cuanto a los Sujetos:

Establece el texto que, podrán celebrar este tipo de acuerdos ‘‘**dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad**’’ (Negrillas propias). En vista de lo cual, la Ley en referencia de forma clara, limitó los socios que pueden válidamente firmar este tipo de acuerdos en aplicación de esta norma, a saber, solo tendrán facultad aquellos socios que no ejerzan

funciones de administradores dentro de la sociedad mercantil. Extendiéndose esta limitación, en opinión de la doctrina colombiana, a los casos en que un accionista que sea ya parte del acuerdo, posteriormente sea nombrado como miembro del órgano administrativo, en cuyo supuesto igualmente habrá nulidad aunque sea sobrevenida, al ser lógico que la limitación subsiste durante la vigencia del contrato parasocial, admitir lo contrario sería aceptar un claro fraude a la Ley.

Con lo cual, la falta de cumplimiento a esta disposición ocasionaría la «nulidad relativa del acto», puesto que la falta versaría sobre la capacidad del sujeto o sujetos que suscribieron el mismo, e incluso se podría señalar «nulidad parcial», para el caso de que el contrato haya sido suscrito también por otros socios que no ejercen la administración de la compañía, lo que haría, al acto valido en los derechos y deberes que a ellos respecta.

1.2.1.2. Limitación en cuanto al Objeto:

Establece el texto en análisis que, los socios ‘‘**podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas**’’ (Negrillas propias). Lo cual implica, como se mencionó *supra*, que los acuerdos de accionistas con base al artículo 70 de la Ley en mención, solo podrán versar sobre asuntos referentes a «acuerdos o sindicatos de voto», donde los socios firmantes podrán acordar sobre el sentido en como ejercerán sus derecho de voto en las reuniones de asamblea o juntas generales.

Estableciendo además la norma, que ‘‘Dicho acuerdo **podrá comprender** la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar **la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea**’’ (Negrillas propias). Con lo cual, se amplía la normativa referente a

representación por poder en reuniones de accionistas impuesto en el artículo 184 del Código de Comercio colombiano, modificado por el artículo 18 de la misma Ley 222 de 1.995, aspecto propio de los nombrados sindicatos de voto.

1.2.1.3. Requisito de Forma:

En este punto dice la norma que, ‘‘Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que **el acuerdo conste por escrito**’’ (Negrillas propias). Lo cual da a analizar dos cuestiones, por una parte, está estipulando la norma que se debe cumplir con un requisito formal de escritura, y por otra parte, se infiere que este requerimiento esta impuesto para hacer valer el acuerdo frente a la sociedad.

1.2.1.4. Requisito de Publicidad:

Siguiendo el análisis, el acuerdo escrito deberá entregarse ‘‘al representante legal [de la compañía] para su **depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad**’’ (Negrillas propias). Infiriéndose que, la norma exige un requisito de publicidad social, pues solo se exige que sea ante el órgano administrativo, es decir, no se trata de un requisito de publicidad registral, pues la finalidad de este deber es informar internamente sobre lo pactado, lográndose así que dicho contrato, sea oponible a los demás accionistas de la empresa que no suscribieran el contrato, a la misma sociedad mercantil y a terceros.

1.2.1.5. Oponibilidad:

Por último, establece el texto que ‘‘En lo demás, **ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos**

del acuerdo'' (Negrillas propias). Lo cual implica que, si no se verifica el cumplimiento del requisito de publicidad del acuerdo ante el órgano administrativo de la sociedad, entonces el mismo no será oponible a los demás accionistas que no hayan suscrito el contrato, ni ante la sociedad mercantil, pues éstos no tendrán cocimiento de la existencia y el contenido del acuerdo y por ende, los actos y decisiones que de ellos emanen, aunque impliquen contravención a los términos del contrato parasocial suscrito, no podrán ser impugnadas, pues la norma es clara en cuanto a la oponibilidad que produce la publicidad social del acuerdo.

Ahora bien, sumado a las anteriores cuestiones, vislumbran dos aspectos más a los que igualmente se debe hacer referencia, aunque no se infieran literalmente del texto del artículo, derivan de la interpretación del mismo, tales cuestiones son:

1.2.1.6. Ámbito de Aplicación:

Se desprende de esta normativa, que las imposiciones y efectos jurídicos establecidos en el artículo 70 en análisis, deben ser aplicados al mundo de las **Sociedades Anónimas** legalmente establecidas en el Derecho colombiano, en razón que, las directrices expuestas, como se mencionó, fueron tipificadas por una Ley especial que modifico el Libro II del Código de Comercio colombiano, en todo lo pautado para dichas sociedades.

1.2.1.7. Término del Contrato:

En cuanto al término fijado para este tipo de acuerdos, no se desprende limitación alguna, por lo que se infiere que este podrá ser **libremente establecido por las partes**, donde en todo caso aplicará la inferencia lógico

jurídica, que existirá hasta que recaiga sobre el contrato causa extintiva de las obligaciones en aplicación de principios generales del Derecho.

Así, de lo expuesto se evidencia, que desde la entrada en vigencia de esta norma, se sentaron en el ámbito mercantilista de Colombia, las bases de una nueva figura jurídica, con la cual, se abrió el escenario a diversas discusiones judiciales, produciéndose dictámenes jurídicos y resoluciones administrativas importantes.

1.2.2. Ley 964 de 2.005:

Después de la promulgación de la Ley 222, el ordenamiento jurídico colombiano tardo diez años en volver a sentar bases legislativas en relación a los contratos parasociales, siendo hasta la promulgación de la Ley 964 de 2.005[175] que se regula nuevamente este asunto; pues en relación a las sociedades anónimas abiertas, es decir, aquellas que cotizan sus activos en el mercado de valores de Colombia, esta normativa estableció que:

> **Artículo 43. Acuerdos entre accionistas.**
> Los acuerdos entre accionistas de sociedades inscritas deberán, además de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, divulgarse al mercado, inmediatamente sean suscritos, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores.
> Sin el lleno de los requisitos a que se refiere la presente norma los acuerdos de accionistas no producirán ningún tipo de efectos entre las partes, frente a la sociedad, frente a los demás socios o frente a terceros.
>
> Parágrafo 1°. Excepcionalmente la Superintendencia de Valores, podrá autorizar la no divulgación de un acuerdo de accionistas, cuando así estos lo soliciten y demuestren sumariamente que la inmediata divulgación del mismo les ocasionaría perjuicios. En

[175] LEY 964 DE 2.005. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLI) Nº 45963, en fecha 08 de julio de 2.005.

> ningún caso podrá permanecer sin divulgación un acuerdo de esta naturaleza durante un término superior a doce (12) meses, contados a partir de su celebración.
>
> Parágrafo 2°. Los acuerdos entre accionistas que se hayan suscrito con anterioridad a la vigencia de la presente ley deberán registrarse en el Registro Nacional de Valores y Emisores dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la misma. Aquellos acuerdos entre accionistas que no se registren en los términos anteriores no producirán efectos a partir del vencimiento del plazo de tres (3) meses fijado en el presente parágrafo.

De cuyo texto, se infiere lo siguiente:

1.2.2.1. Ámbito de Aplicación:

Bajo el imperio de esta norma deben regirse ‘‘los **acuerdos entre accionistas de sociedades inscritas**’’ (Negrillas propias), para lo cual establece la misma Ley en su artículo 38, que ‘‘serán sociedades inscritas las sociedades anónimas **que tengan acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores**’’ (Negrillas propias). Por lo cual, se evidencia la extensión y la especialidad mercantil de esta disposición legal.

1.2.2.2. Remisión expresa al artículo 70 de la Ley 222 de 1.995:

Este artículo es claro al establecer que, los acuerdos de accionistas suscritos bajo la aplicación de esta norma, deberán ‘‘cumplir con los requisitos previstos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995’’, en tal sentido, se debe entender, que **este acuerdo deberá ser pactado solo por socios que no ostenten la administración de la compañía, que versen sobre sindicatos o acuerdos de voto, que sean en forma escrita y que se depositen en la dirección del órgano social** para su plena oponibilidad, ya que como se desprende del texto citado, sin el cumplimiento de dichos requisitos, ‘‘los

acuerdos de accionistas no producirán ningún tipo de efectos entre las partes, frente a la sociedad, frente a los demás socios o frente a terceros. ''

1.2.2.3. Requisito de Publicidad:

Esta norma establece un nuevo requisito de publicidad, adicional al estipulado en el artículo 70 de la Ley 222, que va más allá de la comunicación del acuerdo ante el órgano de dirección de la sociedad y que se impone en razón de la materia regulada por la Ley 964 que es afín con el mercado de valores, pues se exige la **divulgación** ''**al mercado, inmediatamente sean suscritos, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores**'' (Negrillas propias). Ello en virtud del Régimen de Protección a los Inversionistas que impone la misma Ley, cuyo fin, es preservar el buen funcionamiento, la equidad, la transparencia, la disciplina y la integridad del mercado de valores y, en general, la confianza del público en el mismo[176], buscando esta Ley, que el mercado de valores esté provisto de información oportuna, completa y exacta.[177]

Ahora bien, la misma norma referida, establece que excepcionalmente la Superintendencia de Valores podrá conceder una prórroga en el tiempo de divulgación de estos acuerdos al Mercado de Valores, siempre que este término no sea superior a ''doce (12) meses, contados a partir de su celebración'' y siempre que los accionistas suscriptores del contrato ''demuestren sumariamente que la inmediata divulgación del [acuerdo] les ocasionaría perjuicios''.

[176] Ley 964 de 2.005, Articulo 1: Objetivos y criterios de la intervención:… a) Objetivos de la intervención:… 4. Preservar el buen funcionamiento, la equidad, la transparencia, la disciplina y la integridad del mercado de valores y, en general, la confianza del público en el mismo…

[177] Ley 964 de 2.005, Articulo 1: Objetivos y criterios de la intervención:… b) Criterios de la intervención:… 7. Que el mercado de valores esté provisto de información oportuna, completa y exacta…

Con lo cual, se observa la naturaleza jurídica de esta norma, es decir, de orden público, cuyo contenido entonces no se puede relajar por los convenios particulares de los accionistas suscriptores; razón por la cual, la Ley estableció al momento de su promulgación, en su parágrafo 2º una disposición transitoria, cuyo término fue de tres (3) meses, tiempo en el cual impuso la norma que debían los acuerdos de accionistas (en ella regulados) celebrados con anterioridad a la promulgación de la Ley, ceñirse al nuevo régimen de publicidad ante el mercado de valores para surtir plena oponibilidad, con lo que se comprobó su carácter imperativo.

Así, se evidencia que la Ley 964 amplia la aplicación del artículo 70 de la Ley 222, extendiendo su aplicabilidad a las sociedades anónimas inscritas en el Mercado de Valores de Colombia, notándose igualmente, que el artículo 43 en comento, tampoco impone un término de vigencia para los acuerdos de accionistas de esta naturaleza, por lo que se desprende, en cuanto a este asunto lo siguiente:

1.2.2.4. Término del Contrato:

El artículo 43 de la Ley 964, al igual que el artículo 70 de la Ley 222, no hace mención al tiempo de vigencia mínimo o máximo permitido para los contratos parasociales suscritos en estas sociedades, por tanto, se asume que en estos también **podrá haber libre estipulación** al respecto, de parte de los accionistas suscriptores, siendo entonces, que del mismo modo que como se explicó en el análisis del artículo 70, dicho acuerdo permanecerá vigente hasta que recaiga sobre el mismo causa extintiva de las obligaciones en aplicación de los principios generales del Derecho.

De lo dicho se refleja que, con la promulgación de esta Ley y en su actual vigencia, se dio un paso más en el ordenamiento jurídico colombiano con

relación a los contratos parasociales; emitiéndose a la fecha, diversos pronunciamientos y dictámenes de los órganos jurisdiccionales, que han ampliado y explicado el contenido de esta norma en casos particulares.

1.2.3. Ley 1258 de 2.008:

La legislación colombiana, sin demora esta vez, después de la entrada en vigencia de la Ley 964, promulga la Ley 1258 de 2.008[178], con nueva regulación en materia de contratos parasociales; Ley ésta a través de la cual se tipifica un nuevo tipo de sociedad mercantil, el cual es, la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), para la cual, en relación a los acuerdos que sus accionistas pueden celebrar, se fija que:

> **Artículo 24°. Acuerdos de accionistas.-**
> Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.
>
> Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositario, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando ésta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.
>
> Parágrafo 1°. El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

[178] LEY 1258 DE 2.008. Por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLIV) Nº 47194, en fecha 05 de diciembre de 2.008.

> Parágrafo 2°. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

De cuyo texto, se infiere:

1.2.3.1. Libertad en cuanto a los Sujetos:

Esta norma, a diferencia de las anteriores analizadas, no establece limitación subjetiva para la celebración de los acuerdos de accionistas, pues esta Ley no hace mención a la limitante para los accionistas que formen parte de la administración de la empresa, por tanto, todo accionista de una Sociedades por Acciones Simplificadas, ostente o no un cargo directivo o admirativo en la compañía, podrá celebrar y obligarse válidamente, por medio de un contrato parasocial en base al artículo 24 citado, cualquiera sea su posición dentro de la sociedad mercantil.

1.2.3.2. Libertad en cuanto al Objeto:

Aunque en principio, pareciere que la norma fija taxativamente las materias susceptibles de ser objeto de un acuerdo de accionistas bajo el amparo de esta Ley, una correcta lectura evidencia lo contrario, puesto que establece la norma que los accionistas podrán acordar ‘‘sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y **cualquier** otro **asunto lícito**’’ (Negrillas propias), así las cosas, los contratos parasociales conforme a esta Ley, podrán versar sobre cualquiera de los asuntos expuestos enunciativamente o «sobre cualquier asunto lícito».

1.2.3.3. Requisito de Publicidad:

Impone la norma estudiada, los mismos parámetros de publicidad que las leyes anterior analizadas, lo cual es la obligación para los accionistas suscriptores del acuerdo de **depositarlo** ‘‘**en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad**’’ (Negrillas propias), evidenciándose de esta disposición, que solo así tendrá el acuerdo, oponibilidad frente a la sociedad mercantil.

Establece de igual forma la Ley que, ‘‘los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositario, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando ésta fuere solicitada’’, lo que adiciona un elemento no contemplado en las normativas anteriores, pues fija este artículo que se debe nombrar a un representante del acuerdo parasocial ante la sociedad, con lo que se observa que el contrato parasocial ante la Sociedad por Acciones Simplificada, ostentara la carácter de «sindicato de accionistas» o una suerte de sociedad interna.

1.2.3.4. Término del Contrato:

Establece el texto en análisis que, el acuerdo de accionistas podrá hacerse valer una vez se cumpla con los requisitos establecidos y siempre que ‘‘su término **no fuere superior a diez (10) años,** prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años. ’’ (Negrillas propias), lo cual, sienta otra diferencia a lo pautado en las normas antes analizadas, no pudiendo celebrarse acuerdos de accionistas con un término superior al fijado imperativamente.

1.2.3.5. Oponibilidad ante la Sociedad Mercantil:

Del texto bajo análisis, se desprende la oponibilidad que tendrá el acuerdo de accionistas ante la sociedad mercantil en la que se celebre, pues la citada norma pauta que estos contratos, ‘‘**deberán ser acatados por la compañía** cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad’’ (Negrillas propias), es decir, los acuerdos de accionistas suscritos en las sociedades por acciones simplificadas, que cumplen con el requisito de publicidad, son plenamente oponibles ante las decisiones de la asamblea general, y por ende, ‘‘**el presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado**’’ (Negrillas propias), lo que dota al contrato parasocial celebrado al amparo de la Ley 1258, de oponibilidad frente a terceros, ostento el acuerdo seguridad jurídica, pues sus cláusulas deberán respetarse.

1.2.3.6. Eficacia del Contrato:

Igualmente se infiere que, el contrato parasocial celebrado en aplicación de esta Ley, será eficaz si se verifica en él el cumplimiento de todos los requisitos expuestos, fijando la norma que, ‘‘en las condiciones previstas en el acuerdo, **los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades**, mediante el trámite del proceso verbal sumario, **la ejecución específica de las obligaciones pactadas**’’ (Negrillas propias), por lo que se entiende, que al depositarse el contrato parasocial ante el órgano de dirección de la compañía, este se cobija de la protección societaria para su eficaz ejecución.

Adicionalmente, además de las pautas anteriores, se debe mencionar que de este artículo, aunque no se mencione expresamente, se infiere un aspecto más:

1.2.3.7. Ámbito de Aplicación:

Se desprende del artículo 24 de la Ley 1258, que las directrices contenidas en el mismo, son de aplicación coercitiva en las **Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)**, que de acuerdo a la misma Ley son sociedades de capital cerradas, cuya naturaleza será siempre comercial independientemente de las actividades previstas en su objeto social, constituidas por una o varias personas naturales o jurídicas.[179]

oOo

Así las cosas, en base al análisis de estas tres normas, vigentes en Colombia (Ley 222 de 1.995, la Ley 964 de 2.005 y la Ley 1258 de 2.008), se evidencia la evolución legal que se ha desarrollado en este país a lo largo de las últimas décadas en materia de contratos parasociales, o como los llama este ordenamiento jurídico, «acuerdos entre accionistas»; observándose que, en el Derecho colombiano, están regulados de manera expresa, los acuerdos extraestatutarios que se enmarcan en la clasificación de «contratos parasociales entre socios», pues son una valida opción «entre los accionistas» de las sociedades anónimas de Colombia, entre éstas, las sociedades anónimas inscritas en el Mercado de Valores y en las sociedades por acciones simplificadas (SAS).

Siendo entonces, que habrá de determinarse qué régimen legal se aplica en la celebración de contratos parasociales suscritos en los demás tipos de sociedades mercantiles tipificados en Colombia, y qué validez tendrán los contratos parasociales, que atendiendo a su clasificación subjetiva, se

[179] Ley 1258 de 2.008. Capítulo I: Disposiciones Generales, Artículos 1 al 5.

suscriban entre socios o accionistas y sociedad mercantil y entres éstos y terceros.

1.3. Régimen Legal aplicable en materia de Contratos Parasociales en cada una de las Sociedades Mercantiles tipificadas en Colombia:

Como se observó del análisis normativo precedente, cada una de las leyes citadas posee su propio ámbito de aplicación, pues cada uno de los referidos artículos aplica a un tipo societario diferente, destacándose así que la regulación legal de los acuerdos de accionistas en Colombia, solo se verifica en las sociedades anónimas en general y en algunos de los subtipos de éstas, como lo son las sociedades anónimas inscritas y las sociedades por acciones simplificadas. De lo cual, subraya el vacío legal en relación a los contratos parasociales celebrados en los demás tipos societarios de Colombia.

Así, para comprender esta situación, brevemente debe señalarse que el ordenamiento jurídico colombiano ha instaurado, en principio, cuatro tipos de sociedades comerciales y la empresa unipersonal; las primeras tipificadas en su Código de Comercio de la siguiente manera: 1) Sociedad Colectiva; 2) Sociedad en Comandita, que podrá ser: a) Sociedad en Comandita Simple o b) Sociedad en Comandita por Acciones; 3) Sociedad de Responsabilidad Limitada; 4) Sociedad Anónima, la cual podrá ser, entre otras: a) Sociedad de Economía Mixta, también tipificada en el Código de Comercio colombiano, b) Sociedad Anónima Inscrita, tipificada en la Ley 964 de 2.005 y, c) Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) regulada en la Ley 1258 de 2.008; y la Empresa Unipersonal, tipificada a través de la Ley 222 de 1.995.

De lo cual, se deduce que en Colombia la regulación legal que ostentan los contratos parasociales, se acoge expresamente a solo uno de los cuatro

tipos de sociedades comerciales regulados en este país, pues en relación a las Sociedades Colectivas, Sociedades en Comandita, Sociedades de Responsabilidad Limitada y las Empresas Unipersonales, no se ha establecido regulación legal en la materia.

Sin embargo, los contratos parasociales celebrados en estos otros tipos societarios y en la empresa unipersonal, así como aquéllos cuyo contenido no esté expresamente tipificado en la normativa existente en materia de acuerdos entre accionistas, podrán igualmente cobijarse de validez jurídica, en virtud de la remisión legal que pauta la misma normativa y en aplicación de Principios Generales del Derecho.

Así, el Código de Comercio colombiano en referencia a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, establece la siguiente pauta:

> **Artículo 372. Aplicación de Normas de Sociedad Anónima en lo no previsto para Sociedad de Responsabilidad Limitada**. En lo no previsto en este Título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas.

Por otra parte, establece el mismo Código de Comercio, en su artículo 1 en relación al Principio de Analogía, lo siguiente:

> **Artículo 1: Aplicabilidad de la Ley Comercial**. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

Sumándose esta disposición, a la contenida en la Ley 153 de 1.887[180], que establece en su parte primera, las «Reglas Generales sobre Validez y Aplicación de las Leyes» la cual expone que:

[180] LEY 153 DE 1.887. Por medio de la cual se adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año XXIII) Nº 7151, en fecha 28 de agosto de 1.887.

> **Artículo 8.** Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

De lo cual, se deduce que en relación a las sociedades de responsabilidad limitada, la celebración de acuerdos entre socios, será válida en virtud de la Ley 222 de 1.995, pues éstas disposiciones son de aplicación a este tipo societario por remisión legal del artículo 372 citado.

Mientras que, en relación a las Sociedades Colectivas y de Sociedades en Comandita (Simple y por Acciones), para la celebración de contratos parasociales entre socios o accionistas, de deberá aplicar el principio de analogía, es decir, en Colombia la validez jurídica de estos acuerdos en estos tipos societarios, estará dada por la aplicación de las normas más afines con dichas materias, para así suplir el silencio legal existente en estos casos; en este sentido, además debe recordarse, que a las sociedades en comandita por acciones le son fácilmente aplicables las normas propias de las sociedades anónimas, pues de hecho el texto normativo que las regula, en determinados asuntos las remite expresamente[181].

Por ello, como bien lo señala Camargo M. (2.017) la Superintendencia de Sociedades de Colombia (de cuyas funciones jurisdiccionales se hablará *infra*) ‘‘sin decirlo expresamente… ha conceptuado que considera viables los pactos de socios en los demás tipos societarios distintos a las sociedades por acciones’’[182], llegándose a esta conclusión por lo dispuesto en varios de sus oficios, emitidos en instancia consultiva.

---

[181] Ejemplo de ello, son las disposiciones del Código de Comercio de Colombia contenidas en los artículos 347 y 352, los cuales establecen la aplicación de las normas de las Sociedades Anónimas a las Sociedades en Comandita por Acciones, para la emisión, colocación, expedición de títulos y la negociación de las acciones, así como, la aplicación de dichas normas en lo no previsto al régimen establecido para los socios comanditarios.
[182] CAMARGO Magda L. *Op. Cit*. p.25.

Así, la Superintendencia de Sociedades (2.019), dispone que, visto el impacto y la trascendencia que pueden llegar a tener los acuerdos entre accionistas, tanto en la toma de decisiones de la sociedad, como en su gobierno corporativo y en el destino de la compañía, dichos acuerdos ‘‘no se encuentran restringidos a las sociedades por acciones sino que son plenamente válidos en cualquier tipo societario’’[183], para lo cual, establece este organismo como ‘‘fundamentos normativos de los acuerdos de asociados’’ los artículos 4 y 822 del Código de Comercio y el artículo 1.602 del Código Civil, concibiendo la Superintendencia, que dichas disposiciones ‘‘son contundentes’’ para ‘‘fundamentar el derecho que asiste a los asociados de cualquier compañía’’ para celebrar este tipo de acuerdos, a la luz del ‘‘principio de autonomía de la voluntad privada y en virtud del principio de relatividad de los contratos’’.[184]

Lo cual implica que, en aplicación de los criterios de la Superintendencia de Sociedades, la celebración de los contratos parasociales en Colombia, se hace extensiva a todos los tipos societarios, pues como se ha explicado y como lo enuncia este organismo, celebrar este tipo de convenios, deriva de la libertad de contratación que debe poder ejercer todo socio o accionista, en el manejo de sus derechos e intereses económicos, sin importar el tipo social que se haya constituido, salvo prohibición expresa; pues como bien lo establecen Higuera C. y Montealegre L. (2.018) ‘‘el pacto parasocial se reputa de los socios o suscriptores y no de la participación (acción o cuota)’’[185]

---

[183] COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA. REF: Acuerdo de Accionistas que impone obligaciones a un socio. Instancia de consulta. Oficio 220-042665, del 08 de Mayo de 2.019. [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 21 de Octubre de 2.019. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-042665_DE_2019.pdf p.2.

[184] *Ibidem*. p.3.

[185] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.* p.26.

Ahora bien, una vez se han expuesto las beses legales y la posición de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, respecto a la extensión de la regulación legal de los acuerdos entre accionistas a todas las sociedades comerciales, en virtud de la remisión legal hecha en las propias normas y en aplicación del principio de analogía; debe ahora, hacerse referencia a una cuestión igualmente controvertida.

Pues, debe recordarse que los acuerdos extraestatutarios regulados por la normativa colombiana para las sociedades anónimas, analizadas en detalle en el aparte anterior, solo hacen referencia a los «acuerdos entre accionistas»; pero, debe tenerse presente que estos acuerdos, no solo pueden ser suscritos entre accionistas o socios, como lo expresan las normas regulatorias *supra* citadas, sino que, de acuerdo a la vasta clasificación de estos contratos, éstos pueden ser celebrados también «entre socios y sociedad» y «entre socios y terceros», a lo cual, las normas colombianas hacen silencio.

En razón de lo cual, aquellos acuerdos extraestatutarios celebrados entre los accionistas o socios de las entidades comerciales referidas, y la propia sociedad mercantil, o entre aquéllos y terceros, deberán aplicarse las normas propias de la contratación en general, mercantil y civil.

Así, en misma posición se encuentran las empresas unipersonales, pues al no haber en ésta forma comercial el vínculo asociativo o plurilateral que es el característico de las sociedades comerciales, los únicos acuerdos parasociales que en estas empresas se podrían suscribir, serian precisamente entre empresario y la empresa, que detenta personalidad jurídica propia, o entre empresario y terceros, entre éstos, administradores o empleados clave, por ejemplo.

Debiéndose aclarar en este sentido, que aunque la Ley 222 de 1.995, para las empresas unipersonales, hace remisión expresa a la regulación legal establecida para las sociedades comerciales y, en especial, a las disposiciones de la sociedades de responsabilidad limitada[186], no será en aplicación de estas normas, que la empresa unipersonal podrá validar los acuerdos parasociales celebrados en ellas, pues estas normas como previamente se refirió solo regulan los acuerdos entre accionistas, siendo necesario entonces que éstas acudan a las normas y principios generales, establecidos por el Derecho contractual.

Sumándose además, el hecho que en las normas que regulan la celebración de los acuerdos entre accionistas, como *supra* se explicó, solo la Ley 1258 de 2.008, faculta a los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) para suscribir acuerdos que versen sobre los asuntos en ella enunciados o «sobre cualquier asunto licito», pues las Ley 222 de 1.995 y la Ley 964 de 2.005, solo facultan a los accionistas para la celebración de acuerdos de voto y representación; a lo que debe exponerse el criterio reiterado de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, que en relación a la limitación objetiva de los acuerdos de accionistas, ha sentado que aunque en la ley 222, solo se consagra el denominado sindicato de voto, ello no debe ser impedimento para que en ejercicio de la voluntad privada, los accionistas de sociedades anónimas procedan a conformar otra clase de sindicatos[187].

Sin embargo, respecto a este criterio, como bien señala Camargo M. (2.017):

[186] Ley 222 de 1.995. Artículo 80: Normas aplicables a la Empresa Unipersonal: En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada.
[187] *Vid*. El alcance objetivo del acuerdo, en CAMARGO Magda L. *Op. Cit*. pp.30-32.

> … cabe advertir como lo hace Reyes-Villamizar, que acuerdos que versen sobre otros aspectos distintos de los contemplados en el artículo 70 [de la Ley 222] no obstante ser válidos, no vinculan a la sociedad ni a los demás asociados. En el mismo sentido, Néstor Humberto Martínez-Neira, [es oportuno] al afirmar que en consecuencia, tales pactos seguirán regidos por el artículo 118 del Código de Comercio.[188]

De lo cual, las sociedades anónimas regidas por las señaladas Leyes 222 y 964, podrán suscribir acuerdos parasociales que versen sobre asuntos distintos de los de voto y representación, pues no hay prohibición expresa al respecto, pero estos acuerdos tendrán la particularidad que serán inoponibles ante el órgano social, pues no se ampararán de las prerrogativas societarias dadas por las referidas normas comerciales, sino que se les aplicarán las normativas generales en materia contractual, siendo además que regirá en estos casos el artículo 118 del Código de Comercio colombiano, cuya norma fija la ‘‘inadmisión de pruebas contra el tenor de las Escrituras’’, es decir, estos acuerdos solo serán oponibles entre las partes firmantes, como *infra* se detallará.

En este sentido, es pertinente exponer que en materia contractual, el Código de Comercio de Colombia hace remisión legal a las disposiciones del Código Civil, con lo cual, en todo lo referido al régimen general de los contratos, la normativa mercantil colombiana acude a las disposiciones obligacionales generales, así se desprende del artículo 2 del Código de Comercio, y del artículo 822 *eiusdem*, el cual dispone:

> **Artículo 822. Aplicación del Derecho Civil**. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

[188] CAMARGO Magda L. *Op. Cit*. p.32.

> La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

Siendo entonces que, las empresas unipersonales y las sociedades comerciales en aquellos asuntos no regulados expresamente en la Ley 222 de 1.995, en la Ley 964 de 2.005, ni en la Ley 1258 de 2.008, deberán acudir a los preceptos contractuales generales, para validar aquellos acuerdos extraestatutarios en los que aún se presente silencio normativo, para regular tanto los aspectos subjetivos como objetivos de estos contratos.

Con lo cual, haciendo un compendio de todo lo expuesto, es pertinente enseñar lo dicho por Camargo M. (2.017) pues:

> Sobre el particular… [deben observarse] los planteamientos de Leonardo Espinosa-Quintero, quien sostiene la posibilidad de acudir [entonces, ante el silencio normativo bajo análisis,] a una analogía interna, es decir, de las propias normas mercantiles, que es la prevista en el propio artículo 1 del Código de Comercio, y una "externa", la que permitiría — según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887— acudir a la analogía de otras normas que traten temas o materias semejantes. Ello, independientemente de la aplicación por remisión "directa" que el propio Código de Comercio hace hacia otras disposiciones, como es el caso de las reglas sobre capacidad o las de obligaciones y contratos o de capacidad, según lo dispuesto en el artículo 11 y el 822 del mismo Código. [De donde,] El autor califica estos tres fenómenos como **manifestación de la "interpretación extensiva" de las normas**.[189] (Negrillas propias).

Infiriéndose así de lo expuesto, el resumen plasmado en el siguiente cuadro.

[189] CAMARGO, Magda L. *Op. Cit*. p.27 (Nota al pie, numero 14).

Cuadro Nº 2: *Régimen legal aplicable en materia de contratos parasociales en Colombia.*

CONTRATO PARASOCIAL	Sujetos contratantes	Carácter	Mecanismos de aplicación	Régimen legal aplicable	Contenido contractual
SOCIEDAD COLECTIVA	Entre socios, entre socios y sociedad comercial o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal,** establecida en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.
SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (Ltda.)	Entre socios	Contrato típico	**Remisión Legal** establecida en el artículo 372 del Código de Comercio.	Artículo 70 de la **Ley 222** de 1.995.	Derecho de Voto y de Representación
	Entre socios y sociedad comercial o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal**, establecida en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio.	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.
SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE (S. en C)	Entre socios, entre socios y sociedad comercial o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal,** establecida en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.
SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES (SCA)	Entre accionistas, entre accionistas y sociedad comercial o entre accionistas y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal,** establecida en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.

SOCIEDAD ANÓNIMA (SA)	Entre accionistas	Contrato típico	**Aplicación expresa**.	Artículo 70 de la **Ley 222** de 1.995.	Derecho de Voto y de Representación
	Entre accionistas y sociedad comercial o entre accionistas y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal**, establecida en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio.	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.
SOCIEDAD ANÓNIMA INSCRITA	Entre accionistas	Contrato típico	**Aplicación expresa**.	Artículo 43 de la **Ley 964** de 2.005	Derecho de Voto y de Representación
	Entre accionistas y sociedad comercial o entre accionistas y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal**, establecida en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio.	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.
SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)	Entre accionistas	Contrato típico	**Aplicación expresa**	Artículo 24 de la **Ley 1258** de 2.008	Cualquier asunto lícito.
	Entre accionistas y sociedad comercial o entre accionistas y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal**, establecida en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio.	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.
EMPRESA UNIPERSONAL	Entre empresario y empresa unipersonal o entre empresario y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal**, establecida en el Artículo 80 de la Ley 222 de 1.995, y en los artículos 2 y 822 del Código de Comercio.	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto lícito.

Creación propia. / Fuente: Ordenamiento Jurídico de Colombia, Criterios de la Superintendencia de Sociedades de Colombia y Doctrina interpretativa.

Por lo anterior, los contratos parasociales en Colombia, encuentra su reconocimiento legal, en las tres normas societarias analizadas y en las disposiciones generales establecidas para los contratos, establecidas en el Código de Comercio y Código Civil de este país; pero, dependerá de las partes suscriptoras del acuerdo parasocial respectivo, dotarlo de plena validez a la luz de la normativa societaria citada y de la normativa contractual general.

1.4. Validez de los Contratos Parasociales en Colombia

Se habló del reconocimiento legal que existe en Colombia, sobre los acuerdos parasociales o acuerdos entre accionistas; ahora, corresponde exponer qué parámetros deben cumplir los sujetos parte de estos acuerdos para que los mismos se suscriban de forma valida, y puedan por ende, producir plenos efectos jurídicos.

En razón de lo cual, es pertinente señalar que, en primer término debe recordarse que estos acuerdos en su naturaleza jurídica son «contratos», por lo que su validez jurídica estará determinada en el apego que dichos acuerdos, tengan al régimen legal establecido en el ordenamiento jurídico colombiano para los contratos en general, instaurado tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil de este país; y, en segunda instancia, estos acuerdos sin duda, deben abocarse a los parámetros establecidos en las mismas normas societarias que los reconocen, pues en ellas se pautan ciertas condiciones y formalidades de imperativo cumplimiento. Ocupando además, un lugar importante la Autonomía de la Voluntad Privada, para aquellos casos no regulados expresamente en la normativa societaria.

1.4.1. Validez, Fundamento Normativo:

1.4.1.1. Código de Comercio, norma general: Contratación Mercantil.

El Código de Comercio de Colombia, establece en su normativa lo concerniente a las obligaciones mercantiles en general, específicamente en los artículos 822 al 904, ambos inclusive; de donde resalta, como previamente se señaló, que este cuerpo normativo en materia de contratos hace expresa remisión las disposiciones contenidas en el Código Civil, pues establece la norma que la ‘‘formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa’’[190]

Razón por la cual, los sujetos que deseen suscribir acuerdos parasociales, deben tener presente y aplicar, las disposiciones contenidas en el Código Civil colombiano, para la validez jurídica de los contratos en general.

1.4.1.2. Código Civil, norma obligacional: Contratación General.

En aplicación de las disposiciones del Código Civil, los contratos extraestatutarios serán plenamente validos a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, si en los mismos se observa capacidad de las partes suscriptoras, si éstas consienten libremente en la negociación, es decir, si su consentimiento no adolece de vicios, y si el acuerdo ostenta objeto y causa lícitos[191], de donde, si el objeto del contrato es un hecho, ‘‘es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario

[190] Código de Comercio de Colombia, Artículo 822.
[191] Código Civil de Colombia, Artículo 1502.

a las buenas costumbres o al orden público''[192]; mientras que la causa, siendo el motivo que induce a la celebración del contrato, bajo ninguna circunstancia podrá ser contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público[193].

Así, efectivamente al momento de suscribirse un acuerdo de accionistas en Colombia, deberán tenerse presente éstas y las demás disposiciones referentes a la formación de los contratos, establecidas en el Código Civil, pues es esta la norma que esboza la Teoría General de los Contratos, como se refirió *supra* (Capítulo I).

1.4.1.3. Legislación Societaria, normativa especial: Acuerdos entre Accionistas:

Como se ha dicho, en Colombia la normativa mercantil ha abordado lo referente a los contratos parasociales en la Ley 222, en la Ley 964 y en la Ley 1258, ya citadas, regulando aspectos propios a ser aplicados a los acuerdos entre accionistas celebrados en las sociedades comerciales en ellas reguladas, de donde se observa, la imposición de cumplimiento de algunas formalidades.

Así, estas normas establecen el deber para las partes firmantes del acuerdo de accionistas, de suscribir el acuerdo de manera escrita y cumplir con el requisito de publicidad ante el ente social, sin embargo, es pertinente aclarar aquí, que las exigencias establecidas en la Ley 222 y en la Ley 1258, son solo requerimientos formales, impuestos solo a efectos de la oponibilidad frente a terceros, entre éstos la sociedad mercantil, pues sin el lleno de estos requisitos el contrato no deja de ser válido, pero solo será oponible entre las

[192] Código Civil de Colombia, Artículo 1518.
[193] Código Civil de Colombia, Artículo 1524.

partes contratantes, sin el derecho a hacer empleo de las prerrogativas societarias para su eficacia, como *infra* se detallará (Capitulo IV).

Mientras que, en relación a la Ley 964, el requerimiento de escritura del acuerdo y el requisito de publicidad del mismo, ante la propia sociedad comercial, a través del depósito del acuerdo ante el órgano de dirección de la sociedad, con la entrega a su representante legal y ante el mercado de valores, a través de la inscripción del acuerdo en el Registro Nacional de Valores y Emisores; si son requerimientos solemnes, pues sin el lleno de estos requisitos el acuerdo no tendrá valor ni entre las partes firmantes, así se desprende del mismo texto normativo, el cual dispone que, sin el lleno de dichas exigencias, los acuerdos de accionistas no producirán ningún tipo de efectos ni entre las partes firmantes, y por ende tampoco, frente a la sociedad, frente a los demás accionistas o frente a terceros[194].

1.4.2. Validez, Autonomía de la Voluntad:

En Colombia, la autonomía de la voluntad es reconocida tanto en su Código de Comercio como en su Código Civil, de cuya correcta aplicación se deriva la validez jurídica de diversos actos, pues se le otorga incluso prelación en relación a otras fuentes regulatorias, tal como se desprende de la siguiente norma:

> **Código de Comercio**
> **Artículo 4: Preferencia de las estipulaciones contractuales**. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

Con lo cual, ante el silencio legislativo aun presente en las disposiciones societarias de Colombia, sobre diversos aspectos concernientes a los contratos o acuerdos parasociales, de los que se enfatizó en el aparte

[194] Ley 964 de 2005, Artículo 43.

anterior, será la autonomía de la voluntad de las partes, la que subsanará dichos vacíos y la que dispondrá contractualmente la regulación de los intereses societarios, económicos, corporativos o disciplinarios de los socios o accionistas dentro de la entidad mercantil, aplicándose como *supra* se refirió, criterios de analogía –interna y externa– de las normas existentes, siempre que dicha voluntad, no atente contra la forma social o empresarial constituida o contra su normativa vigente, y que además, se enmarcarse dentro de los limites normativos fijados para la protección del orden público, de la moral y de las buenas costumbres.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia (2.013) estableció que:

> La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.[195]

De lo cual, el ordenamiento jurídico colombiano confiere a los sujetos de derecho en apego a los límites legales, la facultad de autorregular los derechos e intereses de los que sean titulares, a través del constitución y regulación de relaciones jurídicas privadas de carácter vinculante a cada una de ellas, pues en aplicación de los preceptos contenidos en la norma obligacional, las estipulaciones de las partes siempre serán de obligatorio cumplimiento:

> **Código Civil**
> **Artículo 1.602: Los Contratos son Ley para las partes**: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y

[195] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº C-934/13 (Jorge Eduardo Zamora Acosta - acción pública de inconstitucionalidad, contra el artículo 900 del Decreto 410 de 1971, "Por el cual se expide el Código de Comercio", que contempla la anulabilidad de un negocio jurídico que haya sido consentido por error, fuerza o dolo). [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2.019. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm

> no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Así, los acuerdos parasociales celebrados en aplicación del Principio de la Autonomía de la Voluntad, serán plenamente válidos si se encuadran dentro de los límites establecidos por la norma obligacional, de donde entonces, les serán aplicables los mecanismos de cumplimiento ofrecidos por el ordenamiento jurídico colombiano, en aplicación del Principio de Obligatoriedad y virtud de la oponibilidad que el acuerdo ostente, como se explicará *infra* (Capítulo IV).

1.5. Control Jurisdiccional e Institucional sobre Contratos Parasociales en Colombia:

En materia de contratos parasociales, los órganos rectores en Colombia de acuerdo con su ordenamiento jurídico, son los Tribunales con competencia en materia mercantil, la Superintendencia de Sociedades de Colombia, las Cámaras de Comercio y los Registros Mercantiles. De donde, el órgano que en mayor medida resuelve controversias en materia de acuerdos entre accionistas, es la mencionada Superintendencia, en virtud de lo cual, se hablará de las funciones y competencias de este organismo.

1.5.1. Superintendencia de Sociedades de Colombia:

La Superintendencia de Sociedades en Colombia, posee competencias jurisdiccionales en materia societaria, según se desprende del artículo 24 de la Ley 1564 de 2.012[196], el cual dispone:

[196] LEY 1564 DE 2.012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLVIII) Nº 48489, de fecha 12 de Julio de 2.012.

Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

(*Omissis*)

5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas… (Subrayado propio).

Así, la citada norma expresa que, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que ostenta la Superintendencia de Sociedades, ésta procesará los asuntos controvertidos sobre los que posea competencia, por las ‘‘mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces’’ no siendo ‘‘impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa’’ las decisiones dictadas en estos procedimientos, puesto que, en ellos la Superintendencia reviste competencia judicial, debiéndose tomar sus pronunciamientos como de primera instancia o de instancia única, dependiendo del caso particular, por lo que, en todo caso se deberá seguir el *iter procesal* pautado para los tribunales colombianos, cuando estos conocen de los mismo asuntos

También establece la misma norma que, estas funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia, ‘‘generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos’’[197]

De acuerdo con lo cual, a la fecha, en materia de contratos parasociales la Superintendencia de Sociedades, ha emitido diversos oficios o resoluciones, que instauran recomendaciones y criterios importantes en materia de acuerdos de accionistas, algunos emitidos en «instancia consultiva» y otros en «función jurisdiccional», sentándose bases interpretativas importantes en esta materia.

Por lo que esta instancia, brinda directrices en materia de contratos parasociales a la par que, está facultada por la Ley para dirimir las controversias que se presenten en torno a la ejecución de este tipo de contratos, donde como lo expone la Ley 1258, en su artículo 24:

[197] Ley 1564 de 2.012, Código General del Proceso, Artículo 24.

> **Artículo 24: Acuerdos de Accionistas:**
> …
> **Parágrafo 2°.** En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

En igual sentido, podrá este organismo conocer ‘‘las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos’’[198] en todos los demás tipos comerciales.

1.6. Dictámenes en materia de Contratos Parasociales de Colombia

Antes de exponer algunos casos emblemáticos sobre acuerdos entre accionistas presentados en Colombia, es conveniente aclarar que estos referentes emanan de la Superintendencia de Sociedades y no de los Tribunales de la Republica, en virtud que la legislación de este país, como se explicó, le otorga facultades jurisdiccionales en esta materia a la mencionada Superintendencia; así, es pertinente traer a colación lo expuesto por Mejía D. (2.014), quien recuerda que:

> Ante un panorama en el cual los asuntos societarios se veían desprotegidos por la inoperancia y congestión del sistema judicial en Colombia, se expidió la Ley 446 de 1998, la cual le otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para resolver asuntos societarios relacionados con la ineficacia, nulidad, disolución y designación de peritos. Posteriormente, mediante la expedición de la Ley 1258 de 2008 se ampliaron las facultades en cabeza de la mencionada Superintendencia, permitiéndosele conocer y resolver todos los conflictos relacionados con las sociedades por acciones simplificadas, poder que luego sería extendido a los demás tipos de sociedades mediante la Ley 1450 de 2011. En concordancia con lo establecido en la Ley 1450, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012)

[198] Ley 1564 de 2.012, Código General del Proceso, Artículo 24.

> reiteró que la Superintendencia de Sociedades es juez para resolver asuntos societarios.[199]

Por estas razones, en materia de contratos parasociales, la Superintendencia de Sociedades es el órgano competente en Colombia, para conocer de los conflictos de intereses que se puedan generar en la ejecución de estos contratos, a cuyos efectos para el año 2.012, dicha entidad pública creó la «Delegatura de Procedimientos Mercantiles», la cual a su vez, instituyo la «Corte de Resolución de Conflictos Societarios», que, como señala Mejía D. (2.014):

> [Es una corte] especializada en resolución de conflictos societarios, función que ejerce en condición de juez natural…
>
> [Por lo que] desde su creación, la Corte ha resuelto entre otros asuntos, los relacionados con el abuso del derecho de voto, impugnación de actas, cumplimiento y ejecución de *acuerdos de accionistas* y disolución de sociedades.[200]

Así las cosas, en Colombia existen precedentes de algunos casos emblemáticos en materia de contratos parasociales o acuerdos entre accionistas, de entre los cuales, se mencionan:

1.6.1. Caso Vermont :

El Caso Vermont[201], se generó en el seno de la «Sociedad Gimnasio Vermont Medellín S. A.», integrada por cinco accionistas: Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C., Prodeinsa Calle & Cía S. en C. y Amalia Escobar García, siendo los dos últimos, los accionistas minoritarios de la empresa,

---

[199] MEJÍA, Darío A. *Op. Cit*. p.24. (Nota al Pie Nº 43).
[200] *Ibidem*. p.24. (Nota al Pie Nº 43).
[201] COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Providencia, 23-04-2013 (Proedinsa Calle & Cía S. en C. Vs Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2.019. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Proedinsa_23_04_2013.pdf

quienes instauraron el proceso judicial contra los tres socios restantes, quienes ostentaban la cualidad de accionistas mayoritarios; cuya demanda se basó en el incumplimiento del «Acuerdo privado de accionistas del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S. A.», el cual, se enmarca como un acuerdo omnilateral y de organización.

El objeto del contrato parasocial, entre otras cuestiones, fue el de instaurar un «Acuerdo de Voto» en virtud del cual, los accionistas debían votar en un mimo sentido sobre asuntos referentes a capitalizaciones para la compañía, por lo que, cualquier decisión sobre dicho aspecto, solo debía ser aprobado si había consenso unánime de los accionistas, no dejando el contrato parasocial lugar al consenso por mayorías para dichos asuntos.

Por lo que, los mencionados accionistas minoritarios solicitaron al órgano jurisdiccional la «impugnación del acuerdo social emanado de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad» que aprobó por consenso de mayoría accionaria, el aumento del capital autorizado, sin el consenso de los accionistas minoritarios (en total incumplimiento del contrato parasocial suscrito).

Respecto a lo cual, la Corte para decidir fijo tres argumentos:

. Efectos del contrato parasocial suscrito. La Corte estableció que, al ser la sociedad comercial en cuyo seno se celebró el contrato parasocial del tipo ‘‘Sociedad Anónima’’, el acuerdo de accionistas debía entonces cumplir los lineamientos del artículo 70 de la Ley 222 de 1.995 (expuestos en párrafos anteriores).

La Corte, verifico igualmente que el acuerdo no contrariaba las limitaciones subjetivas y objetivas que impone dicha norma, y que cumplía con los requisitos de forma y publicidad establecidos, por lo que ésta declaró oponible el «Acuerdo privado de Accionistas del Colegio Gimnasio Vermont

Medellín S. A.» frente a la entidad comercial ‘‘Sociedad Gimnasio Vermont Medellín S. A. ’’, estableciendo así, que el acuerdo entre accionistas, surtía plenos efectos hacia la compañía.

. Obligatoriedad del acuerdo entre accionistas para las partes suscriptoras. Vista la validez y oponibilidad del acuerdo de accionistas celebrado, la Corte estableció que el acuerdo era de obligatorio cumplimiento para las partes suscriptoras, pues no se desprendía de él, causas de nulidad ni anulabilidad; siendo entonces, que de acuerdo a lo alegado y probado en juicio, se dictamino que si hubo incumplimiento del contrato parasocial por parte de los accionistas mayoritarios, en virtud de que éstos aprobaron, sin el consenso de la minoría, la capitalización en la Asamblea General de Accionistas.

. Mecanismos de ejecución judicial del contrato parasocial. La Corte, estableció que los mecanismos judiciales que se podían usar en dicho juicio eran: a) acción de cumplimiento forzoso o b) impugnación del acuerdo social suscrito en la asamblea general de accionistas denunciada, por contravenir el acuerdo de accionistas. A cuyos efectos, la Corte optó por imponer la «impugnación del acuerdo social» que aprobó por consenso de mayoría accionaria, el aumento del capital autorizado.

En resumen, debe hacerse notar, que la Corte en este caso específico, optó por el mecanismo de impugnación; pues, como lo establece Mejía D. (2.014) ‘‘la segunda opción, [es decir, la de impugnar el acuerdo social] les permitiría a los demandantes volver al estado de cosas previo a la decisión mediante la cual se aprobó la capitalización’’[202].

Es decir, la Corte al pronunciarse, evidenció que se encontraba ante una «obligación de no hacer» incumplida, en cuyo caso, anular los hechos

[202] MEJÍA, Darío A. *Op. Cit.* p.26.

acaecidos, era la solución más razonable, para así volver a un estado de las cosas en que pudiera mediar el cumplimiento contractual

Aspectos estos, a partir de los cuales, se observa que es factible en Colombia en sede jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades, impugnar un acuerdo social emanado de la Junta o Asamblea General por incumplimiento de un Contrato Parasocial.

1.6.2. Caso Santana Fruits:

El caso Santana Fruits[203], se desarrolló en base al contrato parasocial suscrito en el seno de la Sociedad Mercantil «Santana Fruits S.A.S» integrada por dos accionistas: Martín Alberto Morelli Socarrás y la Sociedad Comercial y Agropecuaria de los Andes (Cidela) Ltda., siendo dicho acuerdo de accionistas, un contrato parasocial omnilateral y de organización.

El objeto de este acuerdo, entre otras cuestiones, fue el de establecer un «Acuerdo de Voto» en virtud del cual, los accionistas debían votar en un mimo sentido sobre la elección de los miembros de la Junta Directiva, por lo que, en virtud del acuerdo ambos socios debían de manera unánime aprobar la lista única de miembros que ocuparían cargo en el Dirección de la compañía, antes de ser presentada para aprobación en la Asamblea General correspondiente.

Por lo que el demandante, en este caso, Martín Alberto Morelli Socarrás, solicito a la Corte de la Superintendencia de Sociedades, entre otros aspectos, el reconocimiento legal al acuerdo de accionistas celebrado, vigente en los términos establecidos en el artículo 24 de la Ley 1258 de

[203] COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto Nº 2013-801-080, 18-07-2013. (Martín Alberto Morelli Socarrás vs. Cidela Ltda. y Santana Fruits S.A.S.) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2.019. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/A_Cidela_18_07_2013.pdf

2.008, y por ende, la nulidad del nombramiento del Representante Legal y del nombramiento de la Junta Directiva de la sociedad, nombramientos hechos en asamblea general de accionistas de Santana Fruits S.A.S. en contravención del acuerdo de accionistas celebrado.

Pues se denunció, que los nombramientos fueron aprobados de manera unilateral, y únicamente con el cincuenta y uno por ciento (51%) de los votos, los cuales fueron emitidos por el accionista mayoritario Cidela Ltda., lo que evidencio el incumplimiento a lo estipulado en el acuerdo extraestatutario, oponible a la asamblea general de accionistas, en base a lo señalado en el parágrafo primero del artículo 24 de la Ley 1258 de 2.008.

Además, se solicitó el decreto de medidas cautelares, para salvaguardar los derechos en litigio y así lograr, la suspensión de las decisiones tomadas por la nueva Junta Directiva electa en la Junta General de Accionistas, que se nombró en incumplimiento del contrato parasocial.

Para decidir, la Corte fijo sus argumentos en el artículo 590 del Código General del Proceso de Colombia[204], que establece, los elementos que el sentenciador debe verificar para admitir o inadmitir una solicitud de establecimiento de medida cautelar, de lo cual, la Corte estableció que era procedente la fijación de la medida cautelar solicitada por el demandante Martín Alberto Morelli Socarrás, por instituir la Corte que existían los elementos necesarios para que fuera procedente.

La instauración de dichas medidas cautelares, consistieron en la suspensión de cuatro de las decisiones que se adoptaron en la Asamblea General de Accionistas de Santana Fruits S.A.S., por ser decisiones aprobadas, por una Junta General elegida, en contravención al acuerdo de accionistas

[204] Ley 1564 de 2.012, Código General del Proceso.

previamente celebrado, implicando Abuso de Derecho del accionista mayoritario sobre le accionista minoritario.

De modo que, como lo establece Mejía D. (2.014):

> … en el caso subjudice, se verificaban cada uno y todos los elementos necesarios para que el juez considerara procedente decretar la medida cautelar, esto es; i) Martín estaba legitimado para solicitarla, ii) la actuación unilateral de Cidela [Sociedad Comercial y Agropecuaria de los Andes Ltda.] implicaba una amenaza a los derechos económicos y societarios adquiridos por Martín en virtud del Acuerdo y, iii) la medida de la suspensión de las decisiones era necesaria, efectiva y proporcional.[205]

Así, la Corte en este caso, en aplicación de la regla general que se emplea en los casos en que se solicita la instauración de medidas cautelares, observó que no habría prejuzgamiento si se declara procedentes las medidas instadas.

Además, se hace notar que, el demandante en este caso, como lo señala la misma Superintendencia de Sociedades (2.013), basó sus pretensiones en el hecho que:

> … el presidente de la reunión asamblearia mencionada no podía computar los votos emitidos por Cidela Ltda., debido a que ello iría en contra de un acuerdo celebrado entre los accionistas de la compañía. Según el demandante, la conducta del presidente de la reunión transgredió la obligación que le impone el parágrafo primero del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, según el cual 'el presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado'. [Por ello.] En la demanda se solicita que, una vez descontados los referidos votos, se declare la nulidad de las decisiones adoptadas en la reunión [de asamblea]...[206]

Así, nuevamente se observa que efectivamente en Colombia, un contrato parasocial suscrito conforme a las normas que los reconocen y regulan,

[205] MEJÍA, Darío A. *Op. Cit.* p.28.
[206] COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto Nº 2013-801-080, 18-07-2013. *Op. Cit.*

tendrá pleno resguardo jurisdiccional por parte de los órganos estatales, de donde, como se ha dicho, si el contrato parasocial cumple los extremos legales será plenamente oponible a la entidad comercial, cuyos órganos administrativos no podrán desconocer, *so pena* de soportar las consecuencias jurídicas del caso y con ello, la importancia de esta decisión para el precedente colombiano. Por ello, como expone Mejía D. (2.014):

> … la posición adoptada por la Corte en materia de decreto de medidas cautelares ofrece un escenario de seguridad jurídica a los accionistas [que han suscrito un acuerdo de accionistas y] que en determinado momento advierten que sus derechos en la sociedad pueden verse vulnerados [por el incumplimiento de dicho acuerdo], como presuntamente ocurrió en el caso Santana Fruits.[207]

__oOo__

Deduciéndose entonces, que en Colombia el tema de los contratos parasociales, posee un importante reconocimiento normativo que, aunque solo se aboca a las sociedades anónimas, se ha permitido su extensión a los demás tipos societarios, ello en aplicación de los criterios de la Superintendencia de Sociedades de este país, que como organismo con competencia jurisdiccional recuerda que en base al principio de la Autonomía de la Voluntad, los contratantes podrán celebrar los contratos que estimen convenientes a sus intereses, aplicándose para ello la remisión legal de la normativa mercantil a la normativa contractual general, así como la aplicación del principio de analogía, para aquellos asuntos que no se encuentren regulados expresamente.

Observándose además, tanto del caso Vermont como del caso Santana Fruits, la importancia que los contratos parasociales poseen en la legislación colombiana, puesto que en ambos procesos, se reconoció la legalidad de estos acuerdos y se resguardaron los derechos e intereses de los accionistas suscriptores.

[207] MEJÍA Darío A. *Op. Cit.* p.28.

2. Contratos Parasociales en el Ordenamiento Jurídico de España

2.1. Breve Reseña Histórica

En España, como lo expresa Feliu J. (2.012):

> … para hablar de pactos parasociales, es necesario referirnos previamente a los pactos reservados, ya que, a nuestro entender, ambas figuras van relacionadas y no se puede entender una sin la otra, existiendo a lo largo de su historia momentos en que se entrecruzan, en que se separan y en que se fusionan.[208]

Así, se debe exponer que en el ordenamiento jurídico español, los contratos parasociales, no surgieron como se les conoce hoy día, sino que atravesaron una maraña jurídica antes de ser los contratos que son hoy en la legislación española, pues en principio, como en diversas legislaciones, se empezó a concertar en España la idea entre los socios o accionistas, de celebrar acuerdos o convenios en el seno de diversas sociedades mercantiles; acuerdos éstos, que bordeaban los parámetros de los estatutos sociales, pues no pertenecían a ellos ni se les incorporaba posteriormente.

Así resumiendo, inicialmente al margen del Derecho Societario español se gestó la formación de «acuerdos o pactos reservados» entre socios o accionistas de diversas sociedades mercantiles españolas, alrededor de los cuales, se suscitaron diversos inconvenientes legales, lo que posteriormente generó la creación de una nueva figura societaria, los «acuerdos o pactos parasociales», cuyos efectos y alcances jurídicos se fueron fortaleciendo con el paso de los años, pues de a poco la regulación legal de estos acuerdos se fue colando en algunas disposiciones legales.

[208] FELIU, Jorge. *Op. Cit.* p.31.

2.2. Evolución Legal

2.2.1. Código de Sainz de Andino o Código de Comercio de 1.829:

El Código de Sainz de Andino[209], de acuerdo con Feliu J. (2.012):

> … establecía su articulado y, en concreto, en las disposiciones relativas a las compañías mercantiles, una referencia expresa a los pactos reservados. La primera de ellas, en su art. 44, al prohibir y anular los pactos ocultos o reservados entre los socios. La segunda, en su art. 287, en virtud del cual «los socios no pueden hacer pactos algunos reservados, sino que todos han de constar en la escritura social», manifestando en el artículo siguiente que «lo
> s socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad documento alguno privado, ni prueba testimonial».[210]

Se observa entonces que en inicio, la legislación mercantil de España, se presentó en contra de los pactos de socios que se mantuvieran reservados u ocultos a la compañía, pues todos debían constar en los estatutos.

2.2.2. Código de Comercio de 1.885:

Algunos avances jurídicos hicieron nacer el Código de Comercio de 1.885 (hoy vigente de España[211]), sin embargo, en lo referente a los pactos reservados éste mantuvo la misma posición del anterior, según se desprende del último aparte del artículo 119, el cual establece que:

> **Artículo 119.** *(Omissis)…*
> Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.

---

[209] De acuerdo con Feliu J. (2012) El estudio y las trascripciones que se hagan del citado Código está basado en la edición facsimilar del Código de Comercio de 1.829, *Lex Nova*, 2.004. V*id*. FELIU, Jorge. *Op. Cit*.

[210] FELIU Jorge. *Op.Cit.*p.32.

[211] REAL DECRETO DE 22 DE AGOSTO DE 1.885. Por el que se publica el Código de Comercio. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 289, del 16 de octubre de 1.885. Última modificación: 29 de diciembre de 2.018. Referencia: BOE-A-1885-6627.

Ello, en virtud que, como lo expusieron Romero y Girón (1.886) este código instauro, entre otros, la ‘‘publicidad de los actos sociales que puedan interesar a terceros’’ (*Apud*. Feliu J. (2.012).).[212]

Por lo que de acuerdo con Feliu J. (2.012), la aplicación de dicho precepto en conjunto con la finalidad garantista del Estado, a la que el mismo obedece, ‘‘motivó que el legislador, con el propósito último de asegurar que los socios establecieran en la escritura fundacional todos los pactos reguladores de la vida social, mantuviera la prohibición del anterior Código de realizar pactos reservados’’[213], en virtud de lo cual, en acuerdo con este código, todo pacto ha de constar en la escritura social.

2.2.3. Ley de Sociedades Anónimas de 1.951:

La Ley de Sociedades Anónimas de 1.951[214] (hoy derogada) se dispuso con la intención jurídica de colmar ciertos vacíos legales presentes en la época; sin embargo, en relación a los pactos celebrados fuera de los estatutos sociales, esta Ley en su exposición de motivos estableció:

> II…Otro de los puntos que ha suscitado viva polémica en la doctrina jurídica moderna, y que la Ley también aborda, es el relativo a la validez de los pactos restrictivos de la transmisión de acciones. La solución se enfoca exclusivamente en el aspecto que toca a la sociedad, eximiendo a ésta de reconocer aquellas limitaciones que no estén expresamente impuestas en los estatutos sociales…

De acuerdo con lo cual, esta Ley instituyó durante su vigencia la prohibición para los socios de las sociedades anónimas, de celebrar pactos separados de los estatutos sociales, pues el criterio legal de esta norma era el de que

[212] FELIU, Jorge. *Op. Cit.* p.33.
[213] *Ibidem.* p.33.
[214] LEY DE 17 DE JULIO DE 1.951, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 199, del 18 de julio de 1.951.

solo los pactos establecidos en los estatutos debían ser acatados por la sociedad mercantil, y que cualquier acuerdo o pacto fuera de éstos debía ser nulo; en razón de lo cual, de igual manera que en los Códigos de Comercio anterior referidos, esta Ley los prohibió, pues así se infiere de su artículo sexto:

> **Artículo sexto:** La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento la sociedad tendrá personalidad jurídica. **Son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados**. (Negrillas propias).

Cabe aquí, hacer especial referencia al texto de la norma, ya que como lo enuncia Feliu J. (2.012) esta Ley:

> … acota el ámbito de la nulidad porque esta regulación no habla de *pactos reservados* con carácter general [como lo instauraron los códigos de comercio], sino que especifica *pactos sociales que se mantengan reservados*, recogiendo el legislador, a nuestro modo de ver, el criterio jurisprudencial sentado en la sentencia de 1.901.[215]

De lo cual, la legislación societaria de este tiempo concebía a los pactos sociales ajenos al estatuto social, como una forma de evasión a la normativa, basados estos preceptos, en que si los socios suscribían un pacto fuera de la reglamentación social interna, era porque su contenido contrariaba los principios y normas societarias, pues de lo contrario no había razones válidas, para mantenerlos ocultos a la sociedad y fuera del contrato social.

2.2.4. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1.953:

Esta norma de carácter especial, según se evidencia de su artículo 11 numeral 2º, respecto a los contratos parasociales mantuvo igual criterio que

[215] FELIU, Jorge. *Op. Cit.*p.35.

la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951, incluso en su posterior reforma en el año de 1.995[216] (ambas derogadas).

2.2.5. Ley del Mercado de Valores de 1.988:

Con la entrada en vigencia de la Ley del Mercado de Valores de 1.988[217] (hoy derogada), se daba un paso importante en relación al tema de los contratos extraestatutarios en España, pues esta normativa concibió para las sociedades anónimas cotizadas, las disposiciones referentes al régimen de publicidad al que los contratos parasociales se debían apegar, así se desprendía de su artículo 112.

Observándose a partir de este momento, al menos para uno de los subtipos de sociedades anónimas existentes en España, el reconocimiento legal de la celebración de contratos o pactos parasociales, pues además de las disposiciones contenidas en el mencionado artículo 112, establecía desde ese momento, otras disposiciones que se mantuvieron en sus reformas posteriores (actualmente vigentes), las cuales se mencionaran *infra*.

2.2.6. Ley de Sociedades Anónimas de 1.989:

Debe decirse que, con la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951, se abrió un debate jurisprudencial, en relación a la validez de los pactos parasociales, de lo cual, de acuerdo con Olmos V. (2.017) la jurisprudencia interpretó el precepto contenido en el artículo sexto de la referida Ley de 1.951, ‘‘para aceptarlo como que lo que no podían hacer los socios era oponerlos a la sociedad’’[218]

[216] LEY 2/1995 DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.
[217] LEY 24/1988 DEL MERCADO DE VALORES. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 181, del 29 de julio de 1.988. Referencia BOE-A-1988-18764.
[218] OLMOS, Vicente. *Op. Cit*. p.18.

Así, la Ley de Sociedades Anónimas de 1.989[219] (hoy derogada), en concordancia con los mencionados criterios jurisprudenciales, suavizo un poco la posición normativa frente a los pactos de socios a los que se les atribuye el carácter de reservados, estableciendo esta norma que:

> **Artículo 7: Constitución e inscripción**. **1.** La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la Sociedad Anónima su personalidad jurídica.
> **Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la Sociedad**… (Negrillas propias).

De lo cual, se observa que esta Ley, a diferencia de su predecesora, no declaraba los pactos de socios nulos, sino que los instauraba como inoponibles frente a la sociedad, por lo que se interpreta, que se dejaba a criterio de los socios o accionistas, el celebrar dichos contratos, aun sabiendo que su contenido no se le podía oponer frente a la sociedad; con lo cual, se entiende que desde entonces, les iba a ser aplicables a los pactos parasociales, celebrados en «sociedades anónimas cerradas» la normativa civil por ser concebidos éstos, como meros convenios privados.

Mientras que, a las «sociedades anónimas abiertas o cotizadas», se les aplicaría las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores de 1.988, que para el año 1.989 permanecía vigente.

2.2.7. Reglamento del Registro Mercantil de 1.996:

Tanto el Reglamento del Registro Mercantil de 1.889[220] como el de 1.996[221] (actual Reglamento vigente en España), siguieron el sendero legal del

[219] REAL DECRETO LEGISLATIVO 1564/1989. Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 310, del 27 de diciembre de 1.989.
[220] REAL DECRETO 1597/1989. Por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Código de Comercio de 1.885, pues en aplicación del principio de publicidad de los actos sociales que puedan interesar a terceros; dichos reglamentos instituyeron en su normativa, la obligación para las sociedades mercantiles de inscribir ante el Registro Mercantil todo acto posterior a su constitución.

Además, este reglamento adiciono para las Sociedades Anónimas Cotizadas, en apego a la Ley del Mercado de Valores de 1.988, el deber de depositar ante el Registro Mercantil correspondiente, para que este los envié al Registrador Mercantil Central, los contratos parasociales que se hayan suscrito en el seno social; así se desprende del artículo 388 de este reglamento, el cual dispone que:

> **Artículo 388. Datos relativos a actos posteriores de sociedades y entidades inscritas**.
> 1. Los datos esenciales relativos a los actos posteriores a la primera inscripción de sociedades o entidades inscritas que se comunicarán al Registrador Mercantil Central por los Registros Mercantiles, serán los siguientes:
> …
> 24. º Referencia al hecho del depósito en el Registro Mercantil correspondiente de los pactos parasociales y de otros pactos que afecten a una sociedad cotizada conforme a lo previsto por el artículo 112 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

2.2.8. Ley de Sociedades de Capital de 2.010:

La Ley de Sociedades de Capital de 2.010[222] (hoy vigente), se promulgo con el fin de integrar en un solo cuerpo normativo, las disposiciones legales

[221] REAL DECRETO 1784/1996. Por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 184, del 31 de julio de 1.996. Referencia: BOE-A-1996-17533. Última modificación: REAL DECRETO 195/2017. Por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 54, del 4 de marzo de 2.017. Referencia: BOE-A-2017-2307.

[222] REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 161, del 03 de Julio de 2.010. Referencia: BOE-A-2010-1054. Última modificación: LEY 31/2014. Por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno

concernientes a las sociedades mercantiles de capital que son reconocidas por el ordenamiento jurídico español; pues a la fecha, las regulaciones normativas en relación a estas sociedades, se encontraban dispersas en la Ley de Sociedades Anónimas de 1.989, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1.995, en la Ley del Mercado de Valores de 1.988, y en el Código de Comercio, en las disposiciones relativas a las sociedades comanditarias por acciones.

Por lo cual, esta Ley agrupa todas las disposiciones contenidas en las referidas leyes, en un solo compendio normativo; y, en relación a la temática de los pactos parasociales, logra dar un paso más, que aunque no zanja el vacío legal en relación al tema, si ofrece una visión más enfocada, pues en relación a estos contratos, esta norma separara las concepciones de «pactos reservados» y «pactos parasociales». Estableciendo el texto legal, en relación a los primeros, que:

> **Artículo 29. Pactos reservados.** Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.

Y, en relación los contratos o pactos parasociales, refiere que:

> **Artículo 530. Pactos parasociales en sociedad cotizada.**
> 1. A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, se entienden por pactos parasociales aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas.
> 2. Lo dispuesto en este título se aplicará también a los supuestos de pactos que con el mismo objeto se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por una sociedad anónima cotizada.

De lo que se deduce, que serán pactos reservados, los que se celebren entre socios y no se comuniquen a la sociedad mercantil, es decir, se mantengan

---

corporativo. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 293, del 04 de Diciembre de 2.014. Referencia: BOE-A-2014-12589.

ocultos; mientras que los parasociales, serán aquellos celebrados por los socios en apego a la normativa societaria y que se comuniquen a la sociedad donde se suscriben, para que ésta conozca de su contenido.

Con lo cual, la Ley en comento, indirectamente o en un sentido amplio, reconoció la celebración de pactos entre socios en todas las sociedades de capital reguladas en España, con la salvedad de que si éstos se mantienen reservados, no serán oponibles a la sociedad; pero, tampoco, serán declarados nulos.

Sin embargo, la Ley de Sociedades de Capital, como se observó del citado artículo 530, siguiendo los pasos de la Ley del Mercado de Valores de 1.988, solo reconoce la celebración de los contratos parasociales, en función de las sociedades anónimas cotizadas; para lo cual, establece esta normativa las materias que podrán ser objeto de estos pactos y las formalidades y régimen de publicidad con las que deberán cumplir, tal como se analiza a continuación:

2.2.8.1. Ámbito de Aplicación:

De lo anterior se deduce, que la regulación legal de los pactos parasociales, establecida en la Ley de Sociedades de Capital de 2.010, solo se dispone a un subtipo de sociedad anónima, como lo es la **sociedad anónima cotizada**; en razón de lo cual, se destaca del citado artículo 530 y del artículo 534 *eiusdem*, que el contrato parasocial regulado a través de estas disposiciones, será el que se suscriba: a) Por los socios de las Sociedades Anónimas Cotizadas, y b) entre los socios de las sociedades que ejerzan el control sobre las Sociedades Anónimas Cotizadas[223].

[223] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 534: Pactos parasociales entre socios de sociedad que ejerza el control sobre una sociedad cotizada. Lo dispuesto en los artículos

Manteniéndose el vacío legal en lo referente a la regulación de este tipo de contratos, en los demás tipos de sociedades de capital regulados en la misma Ley.

2.2.8.2. Limitación en cuanto al Objeto:

En este aspecto, la norma es expresa al establecer en su artículo 530 y 531, los asuntos sobre los cuales los socios o accionistas de las sociedades anónimas cotizadas, podrán transar en un pacto parasocial; así, estos contratos solo podrán versar sobre la ‘‘**regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales**’’, sobre **asuntos** ‘‘**que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones**’’ o que versen sobre ‘‘**obligaciones convertibles o canjeables**’’ emitidas por este tipo de sociedades mercantiles. (Negrillas propias).

De lo cual, se observa que hay una clara limitación en cuanto a las materias que pueden ser objeto del contrato parasocial regulado en estas disposiciones.

2.2.8.3. Régimen de Publicidad:

Impone la Ley bajo análisis, las siguientes disposiciones:

> **Artículo 531. Publicidad de los pactos parasociales.**
> **1.** La celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas habrá de ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

---

anteriores será de aplicación a los pactos parasociales entre socios o miembros de una entidad que ejerza el control sobre una sociedad cotizada.

A la comunicación se acompañará copia de las cláusulas del documento en el que conste, que afecten al derecho de voto o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables.
2. Una vez efectuada cualquiera de estas comunicaciones, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita.
3. El pacto parasocial deberá publicarse como hecho relevante.

Artículo 532. Legitimación para publicidad de los pactos parasociales.
1. Cualquiera de los firmantes del pacto parasocial estará legitimado para realizar las comunicaciones y el depósito a los que se refiere el artículo anterior, incluso aunque el propio pacto prevea su realización por alguno de ellos o un tercero.
2. En casos de usufructo y prenda de acciones, la legitimación corresponderá a quien tenga el derecho de voto.

Artículo 533. Efectos de la falta de publicidad de los pactos parasociales.
En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias.

Artículo 535. Dispensa temporal del deber de publicidad.
Cuando la publicidad pueda ocasionar un grave daño a la sociedad, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a solicitud de los interesados, podrá acordar, mediante resolución motivada, que no se dé publicidad alguna a un pacto parasocial que le haya sido comunicado, o a parte de él, y dispensar de la comunicación de dicho pacto a la propia sociedad, del depósito en el Registro Mercantil del documento en que conste y de la publicación como hecho relevante, determinando el tiempo en que puede mantenerse en secreto entre los interesados.

De estas normas, se infiere que los contratos parasociales celebrados en el interior de una sociedad anónima cotizada, o entre los socios de una que ejerza el control sobre ésta, deberán cumplir con ciertas formalidades; entre éstas, que cualquiera de las partes firmantes del contrato parasocial o quien tenga el derecho de voto, si el pacto versa sobre usufructo o prenda de acciones, deberá una vez suscrito el mimo: a) Comunicarlo a la propia **Sociedad Mercantil**, b) Depositarlo ante la **Comisión Nacional del**

Mercado de Valores, y c) Publicarlo por ante el **Registro Mercantil** en el que la Sociedad esté inscrita.

Con carácter inmediato, ante la Sociedad Mercantil y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y como hecho relevante, ante el Registro Mercantil; *so pena* de que el contrato parasocial no pueda surtir plenos efectos jurídicos en las materias negociadas; salvo que, «la publicidad del contrato parasocial pueda ocasionar un grave daño a la sociedad» y por ende, en virtud de solicitud de las partes interesadas, medié Resolución motivada por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que exima a los suscriptores de la comunicación del contrato parasocial a la propia sociedad, así como, del depósito completo a dicha Comisión y de la publicación del mismo ante el Registro Mercantil, esto por un lapso de tiempo determinado, a cuyo vencimiento deberá comunicarse íntegramente tanto a la sociedad, como ante los mencionados organismos. Todo lo cual, también aplicado a las modificaciones y prorrogas que se puedan generar en la vigencia de dichos contratos parasociales.

Además, como deber de «Información Societaria», las Sociedades Anónimas Cotizadas en aplicación de la misma Ley, deberán emitir Informe anual de Gobierno Corporativo, en el que, se desglose la estructura de propiedad de la sociedad, debiéndose incluir la información relativa a la existencia de los contratos parasociales celebrados en ese periodo, según se desprende del artículo 540 *eiusdem*[224].

[224] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 540. Informe anual de gobierno corporativo: … 2.º información de las participaciones accionariales de los miembros del consejo de administración que deberán comunicar a la sociedad, y de la existencia de los pactos parasociales comunicados a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y, en su caso, depositados en el Registro Mercantil…

2.2.9. Ley del Mercado de Valores de 2.015:

El reconocimiento legal en España hecho a los contratos o pactos parasociales, que inicio con la Ley del Mercado de Valores de 1.988, se extendió a la Ley del Mercado de Valores de 2.015[225], cuyo texto establece algunas disposiciones referentes a esta materia, de aplicación igualmente a las sociedades anónimas cotizadas; pues instituye esta Ley ciertas pautas en relación a los pactos parasociales celebrados en este tipo de sociedades, cuyo contenido se involucren con la operatividad por parte de estas compañías, en los Mercados Secundarios Oficiales de Valores.

Así, esta Ley reconoce que mediante pactos parasociales, se puede alcanzar el control de una sociedad cotizada, lo cual implicaría la obligación para quien detente dicho control, de realizar una oferta pública de adquisición obligatoria[226]; estableciendo la Ley que reglamentariamente, se establecerán las personas que estarán obligada a presentar dicha oferta pública de adquisición en los supuestos de pactos parasociales.[227]

Sin embargo, establece esta normativa, ciertas medidas de neutralización que se pueden aplicar en determinados supuestos, incluso frente a asuntos

[225] REAL DECRETO LEGISLATIVO 4/2015. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 255, del 24 de octubre de 2.015. Referencia: BOE-A-2015-11435. Última modificación: REAL DECRETO 1464/2018. Por el que se desarrollan el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 313, del 28 de diciembre de 2.018.

[226] Ley del Mercado de Valores, Artículo 128: Oferta pública de adquisición obligatoria: Quedará obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de las acciones u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo quien alcance el control de una sociedad cotizada, ya lo consiga: …b) Mediante pactos parasociales con otros titulares de valores…

[227] Ley del Mercado de Valores, Artículo 133. Otras disposiciones: …4. Reglamentariamente se establecerán: …c) La persona que estará obligada a presentar la oferta pública de adquisición en los supuestos de pactos parasociales y situaciones de control sobrevenido en los que exista obligación de presentarla.

estipulados en los contratos parasociales, siendo entonces cuestionable la eficacia de estos pactos frente a determinada situaciones, en las que temporalmente se les declare ineficaces, pues dichas medidas consisten en dejar sin efectos ciertas directrices establecidas en estos pactos, o incluso en los propios estatuto de la sociedad afectada con la medida, con la finalidad de no entorpecer determinado proceso bursátil.[228]

De lo que se observa, que la Ley del Mercado de Valores de 2.015, mantiene la regulación legal iniciada con la Ley de 1.988, en aquellos aspectos que no se integraron a la Ley de Sociedades de Capital de 2.010.

__oOo__

Observándose que en España, el tema de los contratos extraestatutarios, pese a la evolución normativa, aun hoy presenta un gran vacío legal, pues el orden legislativo de este país, solo reconoce los pactos parasociales celebrados en las sociedades anónimas cotizadas, verificado así en la Ley del Mercado de Valores, en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil vigentes; dejándose en los demás tipos societarios, la regulación de los contratos o pactos parasociales, a las disposiciones del Derecho contractual general.

[228] Ley del Mercado de Valores, Artículo 135. Medidas de neutralización: 1. Las sociedades podrán decidir que se apliquen las siguientes medidas de neutralización:
a) La ineficacia, durante el plazo de aceptación de la oferta, de las restricciones a la transmisibilidad de valores previstas en los pactos parasociales referidos a dicha sociedad.
b) La ineficacia, en la junta general de accionistas que decida sobre las posibles medidas de defensa a que se refiere el artículo 134.1, de las restricciones al derecho de voto previstas en los estatutos de la sociedad afectada y en los pactos parasociales referidos a dicha sociedad.
c) La ineficacia de las restricciones contempladas en la letra a) anterior y, de las que siendo de las previstas en la letra b) anterior, se contengan en pactos parasociales, cuando tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del capital que confiera derechos de voto…

2.3. Régimen Legal aplicable en materia de Contratos Parasociales en cada una de las Sociedades Mercantiles tipificadas en España:

Para establecer la base legal que será fundamento en la celebración de contratos parasociales, en cada una de las sociedades mercantiles tipificadas en España, primeramente se debe hacer una breve exposición de los tipos societarios reconocidos por esta legislación; así, el Derecho Societario español concibe por regla general, cuatro tipos de sociedades mercantiles[229], a saber: 1) Sociedad Colectiva, 2) Sociedad en Comandita (Simple o por Acciones), 3) Sociedad de Responsabilidad Limitada y 4) Sociedad Anónima, de la que se pueden derivar diversos subtipos, entre estos, las Sociedades Anónimas Cotizadas; tipificadas y reguladas en el Código de Comercio, en la Ley de Sociedades de Capital y en la Ley del Mercado de Valores.

Sin embargo, a la fecha solo hay reconocimiento legal de pactos parasociales en las sociedades anónimas cotizadas; en razón de lo cual, para los demás tipos societarios regulados en este país, se deberá aplicar en la suscripción y regulación de los contratos extraestatutarios, las normas generales de contratación, en cuyo efecto entonces, se deberán aplicar los preceptos de analogía establecidos en el artículo 2 del Código de Comercio y aplicarse, vía remisión legal del artículo 50 *eiusdem*, las disposiciones contractuales generales establecidas en la normativa obligacional civil, en cuyo orden se exhibe el tenor de las citadas normas:

> **Artículo 2**: Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos

[229] Código de Comercio de España, Artículo 122.

del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.
Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Artículo 50.
Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.

En cuyo orden, también es pertinente exponer el contenido normativo del artículo 1.255 del Código Civil español, es cual dispone que:

Artículo 1255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

De lo cual, el régimen legal aplicable en materia de contratos parasociales en España, de acuerdo a cada tipo social y el contenido sobre el cual cada uno de estos podrá versar, será el siguiente:

Cuadro Nº 3: *Régimen legal aplicable en materia de contratos parasociales en España.*

CONTRATO PARASOCIAL	Sujetos contra-tantes	Carácter	Mecanismo de aplicación	Régimen legal aplicable	Contenido contractual
SOCIEDAD COLECTIVA	Entre socios, entre socios y sociedad mercantil o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal** del artículo 50 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto licito, afín con la sociedad colectiva
SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE	Entre socios, entre socios y sociedad mercantil o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal** del artículo 50 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto licito, afín con la sociedad en comandita simple

SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES (S. Com. por A.)	Entre socios, entre socios y sociedad mercantil o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal** del artículo 50 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto licito, afín con la sociedad en comandita por acciones
SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (SRL)	Entre socios, entre socios y sociedad mercantil o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal** del artículo 50 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto licito, afín con la sociedad de responsabilidad limitada
SOCIEDAD ANÓNIMA (SA)	Entre socios, entre socios y sociedad mercantil o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal** del artículo 50 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto licito, afín con la sociedad anónima
SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA	Entre socios	Contrato típico	**Aplicación expresa**	Capítulo VIII del Título XIV de la **Ley de Sociedades de Capital** de 2.010	Derecho de voto en las juntas generales, asuntos que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o que versen sobre obligaciones convertibles o canjeables
	Entre socios y sociedad mercantil o entre socios y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal** del artículo 50 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**.	Cualquier asunto licito, afín con la sociedad anónima cotizada y con el mercado de valores.
SOCIEDAD UNIPERSONAL	Entre socio único y sociedad unipersonal***** o entre socio único y terceros	Contrato atípico	**Remisión legal** del artículo 50 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**	Cualquier asunto licito, afín con el tipo de sociedad unipersonal

***** Para la contratación entre socio único y sociedad unipersonal, de aplicación además, el artículo 16 de la Ley de Sociedades de Capital de 2.010.

Creación Propia. / Fuente: Legislación de España.

2.4. Validez de los Contratos Parasociales en España:

La validez de los contratos parasociales en España, debe atenderse primeramente, desde la interpretación de las siguientes normas:

> **Código de Comercio**
> **Artículo 119**: Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.
> A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que, de cualquier manera, modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía.
> Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.
>
> **Ley de Sociedades de Capital**
> **Artículo 29.** Pactos reservados. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.

Pues los textos transcritos, a primera vista ofrecen un escenario poco alentador para los contratos o pactos, que sean suscritos por los socios después de la constitución formal de la sociedad mercantil, en virtud que de la literalidad de estas normas, se desprende la obligación para los socios de agregar en el estatuto social todo acuerdo celebrado y de informar ante el Registro Mercantil correspondiente, de todo los acuerdos que de ‘‘cualquier manera, modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía’’, por lo que entonces, no se podría hablar de pactos parasociales sino de reformas estatutarias, con las implicaciones propias del caso.

Empero, respecto a la primera norma citada, Paz-Ares C. (2.011) recuerda la interpretación reiterada de la jurisprudencia española, estableciendo que, hay una continua:

> … interpretación histórica del artículo 119 III del Código de Comercio, que jamás puso en entredicho la validez y eficacia *inter*

> *partes* de los pactos concertados por los socios al margen del contrato de sociedad…
>
> [Pues] En efecto, a pesar de su tenor literal —«los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social»—, el precepto nunca había sido interpretado en el sentido de que fueran nulos dichos pactos, sino en el sentido indicado por el artículo 117 C de C de que no se podían hacer valer frente a la sociedad (v. STS 16-II-1906).[230]

Mientras que, respecto a la segunda norma, como se explicó en el aparte anterior, la Ley de Sociedades de Capital siguiendo el camino de Ley de Sociedades Anónimas de 1.989, no instituye la nulidad de los contratos parasociales como otrora lo hizo la Ley de Sociedades Anónimas de 1.951, y esto, sirvió de base a nivel jurisprudencial para interpretar que efectivamente los contratos parasociales, a la luz de la Ley de Sociedades de Capital, no están prohibidos, al menos en las sociedades mercantiles que esta Ley regula, pues en todo caso, la consecuencia jurídica que impone la norma, es su inoponibilidad ante la sociedad mercantil, conservándose entonces, la validez y eficacia *inter partes* de estos contratos.

Así lo resume Paz-Ares C. (2.011), quien establece que:

> En efecto, el paréntesis abierto durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, cuyo artículo sexto inexplicablemente había declarado con carácter general la nulidad de los pactos parasociales, ha sido cerrado con la reforma de 1989, que sustituyó la declaración de nulidad por una declaración de inoponibilidad *(«Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad»*: art. 7.1 II LSA). Esta solución se prolongó más tarde en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 11.2 LSRL) y ahora se ha consolidado en la Ley de Sociedades de Capital (art. 29 LSC). Con este reconocimiento virtual de su validez, corroborado por múltiples normas del mercado de capitales, queda restablecida la continuidad con la interpretación histórica del artículo 119 III del Código de Comercio [*supra* referido]…[231]

[230] PAZ-ARES Cándido. (2.011). La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*. p.252.
[231] *Ibidem*. p.252.

De lo cual, se deduce la aceptación de la jurisprudencia española, en cuanto a la celebración de los contratos parasociales, pues en interpretación del Máximo Tribunal de este país, dichos contratos o pactos, no se encuentran legalmente prohibidos. En cuyo orden, Feliu J. (2.012), recuerda que:

> … a juicio del Alto Tribunal [STS, 10 de junio de 1904], un pacto o contrato suscrito por los socios de cualquier sociedad sólo se entendería como pacto reservado conforme al art. 119 del CCo, con la consiguiente sanción de nulidad, cuando el contenido del mismo debiese constar en el escritura social y/o lo suscrito en el pacto pudiera contravenir lo estipulado en las disposiciones que regulan la sociedad. En caso contrario, el pacto entre los socios sería válido, y sus «efectos, en orden a los contratantes (...), de carácter meramente civil, debiendo regularse las obligaciones y responsabilidades que de aquélla (el pacto) se derivan por la legislación común».
> En definitiva, «la finalidad del precepto del CCo era impedir que los pactos entre los socios que no estén incorporados a la escritura social surtan efectos sociales, es decir, entre la sociedad y los socios», pero «no (la de) excluir la regulación entre los socios de sus intereses personales, incluidos los que traigan causa de la sociedad».[232]

Siendo así, oportuna la interpretación hecha por Feliu J. (2.012), quien expresa que, en base a los criterios expuestos, se logra diferenciar:

> … el pacto reservado del art. 119 del CCo y aquellos otros pactos suscritos por los socios que no tienen esta consideración…
> … [Pudiéndose] extraer las siguientes conclusiones. No todo pacto suscrito por los socios, por el hecho de serlo y trayendo éste causa del contrato social, podía ser considerado pacto reservado a efectos del art. 119 del CCo... Podrá serlo en el sentido genérico del término, pero no en el legal especificado en ese artículo. Estos últimos, a nuestro entender, serían aquellos pactos suscritos o adoptados entre los socios que debiendo constar en el Registro (p.ej. por afectar al funcionamiento de la sociedad), no lo hacen, por lo que carecerían de la publicidad legal debida y serían así sancionables con la nulidad...[233]

De lo cual se observa, que tanto la jurisprudencia como la doctrina, se ocupan de interpretar el contenido normativo, para lograr de esta manera

[232] FELIU, Jorge. *Op. Cit*. p.34.
[233] *Ibidem*. p.36.

brindar un solución al vacío legal presentado, pues como bien lo expresa Olmos V. (2.017), ‘‘Aunque pueda parecer ilógico… la materia de los pactos parasociales no tiene una regulación expresa en [el ordenamiento jurídico de España], al menos en la actualidad’’[234], a excepción del régimen de publicidad establecido para estos contratos, en la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas cotizadas[235].

En cuyo orden, entonces se deben solventar los vacíos normativos en relación a la suscripción y regulación de estos contratos en las sociedades mercantiles de España, a través de los criterios jurisprudenciales emitidos al efecto y por la normativa contractual establecida en el Código de Comercio, así como, por las disposiciones contractuales instauradas en el Código Civil; es decir, por la normativa comercial por transar los pactos parasociales claramente sobre asuntos mercantiles y por la normativa obligacional civil, por la naturaleza contractual de estos pactos, para que así puedan gozar de plena validez jurídica, tomada esta validez, desde el fundamento legal y desde la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad privada.

2.4.1. Validez, Fundamento Normativo:

2.4.1.1. Código de Comercio, norma general: Contratación Mercantil.

El Código de Comercio, sin lugar a dudas es la base legal para los contratos parasociales, pues es esta la norma que regula la actividad comercial en general; para lo cual, este cuerpo normativo establece en su Libro Primero, el Título IV que establece las ‘‘Disposiciones Generales sobre los Contratos de Comercio’’, instituyendo en sus artículos 50 al 63, ambos inclusive, los

[234] OLMOS, Vicente. *Op. Cit.*p.15.
[235] Ley de Sociedades de Capital. Título XIV: Sociedades Anónimas Cotizadas, Capítulo VIII: Pactos Parasociales Sujetos a Publicidad, Artículos 530 al 535.

lineamiento con los que deberá cumplir todo contrato mercantil, entre éstos los parasociales.

2.4.1.2. Código Civil, norma obligacional: Libertad Contractual.

Establece el Código de Comercio de España, en su artículo 50, lo siguiente:

> **Artículo 50.** Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.

Se trae a colación este artículo, para evidenciar que el Código de Comercio en lo referido al fundamento regulatorio de los contratos mercantiles, hace remisión legal a las normas generales del Derecho común, entrando aquí, los usos y costumbres mercantiles, y las disposiciones generales de la normativa obligacional civil que sean aplicables en esta materia, pues como se ha dicho, es esta la rama del Derecho que regula todo lo concerniente a la Teoría General de los Contratos, y de acuerdo con lo cual, un contrato podrá ser válido si su proceso de formación es acorde a la normativa reguladora, todo ello aplicable perfectamente a los contratos parasociales.

En este sentido, en aplicación de los criterios jurisprudenciales que disponen que los contratos parasociales no están prohibidos, y en base a su falta de regulación expresa, éstos hallaran parte de su validez legal, en la «libertad contractual» derivada de la Autonomía de la Voluntad, reconocida en el Código Civil de España, concretamente en su artículo 1.255, el cual prevé:

> **Artículo 1255.** Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

De lo cual, si el contrato parasocial suscrito cumple con los requisitos generales establecidos para la validez de los contratos en general, establecidos en el mismo Código Civil, en sus artículos 1.261 al 1.277, ambos inclusive, será «válido».

2.4.1.3. Ley de Sociedades de Capital, norma especial. Pactos Parasociales:

Se explico que en España, los contratos o pactos parasociales, están reconocidos y regulados en las disposiciones que reglamentan las sociedades anónimas cotizadas, así en la Ley de Sociedades de Capital, en la Ley del Mercado de Valores y en el Reglamento del Registro Mercantil vigentes, siendo la primera, la Ley que dispone las formalidades y los efectos del deber de publicidad del pacto extraestatutario, siendo que una vez que los socios han suscrito el contrato, el mismo deberá comunicarse a la sociedad mercantil en que se celebre, depositarse ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores y publicarse ante el Registro Mercantil correspondiente.

Sin embargo, debe aclararse aquí, que el no cumplimiento de este deber no afecta la validez del contrato, pues la falta de comunicación, depósito y publicación como hecho relevante, tendrá como consecuencia que el pacto parasocial no produzca efecto alguno en cuanto a las materias a las que se refiera el contrato[236], pero no será motivo para declarar su nulidad, éste seguirá valido, pero solo podrá producir sus efectos hasta que tenga lugar el cumplimiento de los referidos deberes formales, recordando en todo caso que si hay demora en el cumplimiento de estas formalidades, entonces deberá mediar ‘‘dispensa temporal del deber de publicidad’’[237].

[236] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 533.
[237] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 535.

2.4.2. Validez, Autonomía de la Voluntad:

En España, al presentarse gran vacío legal en relación a los contratos parasociales, éstos solo se podrán fundamentar en el ejercicio de la Autonomía de la Voluntad de los sujetos contratantes; autonomía reconocida legalmente en el citado artículo 1.255 del Código Civil, y en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual dispone:

> **Artículo 28. Autonomía de la voluntad.**
> En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

De cuya interpretación, se puede deducir que, en la formación de los estatutos sociales, los socios podrán incluir válidamente ‘‘todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer’’, entre éstos bien podrían configurarse, clausulas estatutarias que permitan la celebración de pactos parasociales después de constituida la sociedad, recordándose que, en todo caso la autonomía de la voluntad, expresada bien sea a través de los estatutos sociales o de actos posteriores a éstos, como lo serían los pactos parasociales, no podrán conculcar las normas societarias, ni las normas regulatorias del tipo social elegido en la constitución de compañía.

Aunque en este aspecto, algunos doctrinarios difieren, pues Paz-Ares C. (2.011), expone que para enjuiciar la validez o licitud de los pactos parasociales, puede prescindirse de aquellas normas que regulan o se abocan a un tipo social determinado y tener en cuenta únicamente aquellas

normas que engloban el derecho societario y obligacional en general[238], estableciendo el autor que:

> … no es relevante para enjuiciar la validez de los pactos parasociales la que podemos llamar imperatividad tipológica (la imperatividad establecida por razones del tipo y, específicamente, la que se condensa en los principios configuradores del tipo). El límite para enjuiciar la validez queda reservado así a la imperatividad sustantiva, aquella que se basa en la defensa de los valores centrales o fundamentales del derecho privado (por ejemplo, interdicción de la usura (pactos leoninos), causalidad de la atribución, revocabilidad de los poderes, inexcluibilidad de la responsabilidad por dolo, etc.).[239]

Sin embargo, al criterio de estas líneas, dichos fundamentos se presentan ambiguos, pues fácilmente se podría considerar un fraude a la Ley societaria, aquellos pactos con o entre socios, que desconozcan las disposiciones legales referidas a la forma social constituida, pues el Derecho Societario establece una regulación separada para cada forma social, con el fin de crear un régimen legal diferenciado a cada tipo de compañía.

En razón de lo cual, ningún pacto, ya sea establecido en los estatutos sociales, o ya sea parasocial, basado en el ejercicio de la Autonomía Privada, podrá ir contra los preceptos normativos establecidos para cada forma social, menos aún, en contra de los preceptos normativos generales, establecidos en las normas del *ius imperativum*, pues en ellas existen límites infranqueables, como lo son, las normas fijadas en los artículos 6 y 7 del Código Civil, que aplican a todo contrato suscrito en España en garantía de la eficacia general de las normas jurídicas de este país:

[238] PAZ-ARES, Cándido. (2.011). La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.
[239] *Ibidem*. p.254.

Artículo 6.
1. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.
2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.
3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.
4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Artículo 7.
1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

__oOo__

Así, en acuerdo con lo expuesto, la validez de los contratos parasociales en el ordenamiento jurídico español, ha sido y es, asunto controvertido, del que ha debido hacerse cargo la jurisprudencia y doctrina española; como expone Olmos V. (2.019):

> Para sintetizar a lo largo de la historia [de España], se ha pasado desde una no admisión y duda sobre los mismos, hasta un reconocimiento de su validez en la propia [Ley de Sociedades de Capital] LSC, arts. 28 y 29 y [Código Civil] CC, arts. 1255 y 1091.[240]

[240] OLMOS, Vicente. *Op. Cit*. p.19.

2.5. Control Jurisdiccional e Institucional sobre Contratos Parasociales en España:

En España, el control sobre la materia de los contratos parasociales, lo ejercen los Tribunales con competencia en materia mercantil, los Registros Mercantiles bajo la Dirección General de los Registros y Notarías y la Cámara de Comercio de España.

2.6. Jurisprudencia de España en materia de Contratos Parasociales:

En España como se ha dicho, ante el silencio de la Ley, es la jurisprudencia la que regula en mejor medida el tema de los contratos parasociales, pues son los preceptos y decisiones dictados en las salas de los Tribunales españoles, los que han sentado las bases para la validez legal de estos contratos en este país, siendo estos criterios, los que han soportado la carencia de regulación legal en relación al tema, intentándose adaptar a la práctica empresarial; en virtud de ello, son emblemáticos algunos casos, entre estos:

2.6.1. Caso Munaka:

Un referente jurisprudencial en España, es el «Caso Munaka»[241], cuyo procedimiento se desarrolló en ocasión al pacto parasocial celebrado al interior de la sociedad mercantil «Munaka S. A.» integrada por cuatro accionistas, quienes suscribieron un «acuerdo omnilateral y de

[241] ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL. Sentencia Nº 145, 26-02-1.991. (Aurora, Marina y Jorge, en casación, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao de fecha 27 de diciembre de 1988). [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://supremo.vlex.es/vid/-203277987

organización», el cual fijaba la manera de realizar la reducción del capital social de la compañía y el convenio de efectuar la posterior disolución de la misma. Contrato que dos meses después de ser celebrado se incumple por tres de los socios suscriptores, quienes en asamblea general, en total trasgresión del pacto extraestatutario, deciden ampliar el capital social; a cuyo efecto, el socio inconforme solicita en instancia judicial, la impugnación del acuerdo social que establece dicho aumento, amparándose esta solicitud, en el incumplimiento del pacto parasocial y en el detrimento al interés social.

Resultado de ello, como bien lo resume Robleto C. (2.012):

> El tribunal decide anular el acuerdo de Junta y le otorga validez al pacto parasocial, declarándola exigible frente a la sociedad, por ser un acuerdo de Junta Universal informal, [que] al ser un acuerdo societario… vincula a la sociedad y tiene fuerza de ley según el Art. 1261 del Código Civil Español…[242]

De lo cual, el Máximo Tribunal de España, en la solución de este caso, recurre ‘‘al artificio o ficción de que el pacto parasocial constituye un acuerdo informal de Junta universal’’ y que por ello, es vinculante a la sociedad, es decir, de obligatorio cumplimiento para esta, razón por la cual el Tribunal deja sin efectos el acuerdo social que establecía el aumento de capital, procediendo su impugnación, por contravenir el pactos parasocial celebrado. Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo (1.991) establece que:

> «aunque se estimase que tal acuerdo [de reducción de capital y disolución] no fue tomado en Junta General de accionistas de “Munaka, S.A.” y que, por tanto, no es un acuerdo social, es claro que concurriendo en el mismo los requisitos esenciales para la validez de los contratos del artículo 1261 del Código Civil, tal convenio tiene fuerza obligatoria entre los que lo suscribieron y deben ser cumplidos a su tenor (artículo 1901), dando cumplimiento no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley» (*Apud*. Paz-Ares C. (2.003).).[243]

[242] ROBLETO, Christian A. *Op. Cit*. p.83.
[243] PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.34.

Observándose entonces, que el Alto Tribunal emite en este caso, dos opiniones o preceptos importantes y a su vez contradictorios, puesto que por una parte, el Tribunal concibe la «ficción de la celebración de una Junta Universal», para el supuesto de suscripción de un pacto parasocial firmado por todos los socios de la compañía (contrato omnilateral); y por otra parte, el Máximo Tribunal instituye la «validez de los pactos parasociales entendiéndolos como verdaderos contratos» en aplicación de la normativa obligacional general, y por ende, de obligatorio cumplimiento para las partes que lo han suscrito.

Siendo el último precepto de gran importancia, pues aunque el Alto Tribunal equipara en primer lugar al pacto parasocial con una Junta General de socios, pues seguidamente también reconoce su naturaleza contractual; estableciendo que a estos pactos le son aplicables las normas obligacionales establecidas en el Código Civil, criterio que solventa el supuesto de pactos parasociales que no se suscribieron por todos los socios y que entonces mal podrían equipararse a una junta universal o general, siendo que para ello habrían de revisarse las normas relativas a las convocatorias y los quórums necesarios para la discusión y aprobación de ciertos asuntos.

2.6.2. Caso Keops:

Otro caso emblemático en España, es el «Caso Keops»[244] el cual se desarrolló en base al contrato parasocial celebrado en el seno de la sociedad mercantil Promociones Keops, S. A., integrada por un único accionista, quien

[244] ESPAÑA. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARÍAS, Resolución del 26-10-1989, (Leonardo Sánchez -Heredero Álvarez, en nombre de «Promociones Keops, Sociedad Anónima», vs. Negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de cesación, nombramiento de Consejeros y delegación de facultades de la Sociedad «Ciudalcampo, Sociedad Anónima»). Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Nº 278, en fecha 20 de Noviembre de 1.989. [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/resolucion-18539214

suscribe un «pacto parasocial entre socio único y tercero» con ocasión a la fijación de una garantía real de prenda sobre la totalidad de las acciones del único socio en la compañía, por la obtención de un financiamiento económico de parte de una entidad bancaria a favor de la sociedad mercantil, a través del cual se pacta que el derecho de voto en las Juntas Generales, le correspondería al deudor pignoraticio.

En cuyo orden, en pleno incumplimiento de lo pactado, el nombrado acreedor amparándose en que el pacto parasocial fijado en el contrato de prenda, era meramente un contrato privado entre las partes, celebra Junta General y acuerda cesar en sus funciones a los miembros del Consejo de Administración, nombrando en efecto nuevos Consejeros; ello en base a lo establecido por los estatutos sociales de la empresa que le confería estos derechos al acreedor prendario, pero en desacuerdo del pacto parasocial, ocasionando deterioro en los legítimos intereses del accionista único.

En virtud de lo cual, la Dirección General de los Registros y Notarías, observando las particularidades del caso, se niega a inscribir la escritura de cesación del Consejo de Administración y el nombramiento de nuevos consejeros, que fue realizada por el acreedor, a cuyos efectos establece:

> Fundamentos de Derecho… 4… el caso planteado se singulariza porque es un único sujeto el que tiene en prenda la totalidad de las acciones de la sociedad y conoce indubitadamente la discordancia entre el contenido configurador del derecho real que ostenta y las previsiones estatutarias sobre el ejercicio de los derechos sociales en caso de pignoración de acciones; es él el que procede por sí solo a formar la voluntad social y es esta única actuación la que constituye el acto calificado. Como son principios básicos de nuestro Ordenamiento jurídico que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que no debe protegerse el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7 [Código Civil]), y como, además, es la necesaria protección de los derechos de los terceros que confían en la exactitud de las apariencias legítimamente creadas, la que determina el mantenimiento de la eficacia jurídica de aquellas actuaciones que,

> amparadas en los Estatutos sociales, contradicen la relación jurídica subyacente, no debe reconocerse la validez de aquella actuación en la que no se compromete todavía ningún derecho de terceros cuya protección reclamase su mantenimiento, pues no sólo es abusiva sino que además envuelve un incumplimiento contractual flagrante con grave detrimento para los propietarios de las acciones gravadas, que ven inutilizadas unas facultades jurídicas que legítimamente les pertenecen…[245]

De lo cual, es importante señalar que la Dirección General de los Registros y Notarías, aludió que en el actuar del acreedor prendario se verifico un fragante «abuso del derecho», y que como bien lo dispone el artículo 7, por este organismo citado:

> … La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. [Donde] Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la **adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso**. (Negrillas propias).

De lo cual, como bien lo resume Paz-Ares C. (2.003), la Dirección General de los Registros y Notarías, enfatiza el hecho que hay singularidad entre quien suscribió el pacto parasocial y quien únicamente representa la voluntad social, pues este órgano administrativo:

> Comienza recordando la regla general de la inoponibilidad de los pactos privados al establecer que «frente a la sociedad habrá de mantenerse la eficacia de la actuación realizada por quienes estatutariamente aparecen legitimados [en nuestro caso, el acreedor pignoraticio], aun cuando sustantivamente carezcan de poder o facultad para ello [por así establecerlo el acuerdo privado]. No obstante, dada la singular circunstancia de que en el supuesto examinado se verifica la existencia de **identidad o coincidencia subjetiva** entre todas partes del pacto y todos los miembros de la persona jurídica —es decir, que no hay otros socios distintos del que ha suscrito el contrato de prenda reservándose el derecho—

[245] ESPAÑA. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARÍAS, Resolución del 26-10-1989. *Op. Cit*. pp.9-10.

> considera abusiva la actuación del acreedor pignoraticio por vulnerar frontalmente el compromiso contractualmente adoptado de reconocer que los derechos de voto deberían seguir ostentándose por el deudor…(Negrillas propias).[246]

Criterios estos, que como se observa fortalecen el trato que brinda el ordenamiento jurídico de España a los pactos o contratos parasociales.

2.6.3. Caso Hotel Atlantis Playa:

El Caso «Hotel Atlantis Playa»[247], se desarrolla en relación al contrato parasocial suscrito en el seno de la sociedad mercantil Hotel Atlantis Playa, S.A., conformada por un socio único, quien firmó un «pacto parasocial entre único socio y tercero» por medio del cual, se fijó un convenio de fiducia, que estableció que el socio único, otorgaba derechos sobre el 13% del capital social a favor del otro sujeto contratante.

A partir de lo cual, se generó para este sujeto, la cualidad de socio minoritario de la compañía, con derecho a voto en la Junta General; sin embargo, en incumplimiento del pacto parasocial, el socio mayoritario aun ostentando las facultades de socio único que le otorgaban los estatutos, celebro Junta General y tomo una serie de decisiones importantes para la sociedad mercantil, sin el consenso del nuevo socio minoritario.

A lo que el Máximo Tribunal instituyo que, los ‘‘pactos privados son oponibles a la sociedad cuando ésta no pueda considerarse, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente. La base jurídica la

[246] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*. p.35.
[247] ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL. Sentencia Nº 551, 24-09-1987. («Hotel Atlantis Playa, S.A.», vs. Sentencia del 28-06-1985, de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife). [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://supremo.vlex.es/vid/-77056841

encuentra en la tesis de la desestimación de la personalidad jurídica. ’’ (*Apud*. Paz-Ares C. (2.003).).[248]

En este sentido, como lo pauta Paz-Ares C. (2.003), el caso «Hotel Atlantis Playa» sirve para ‘‘ilustrar el empleo de *la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica* para abrir brecha en la regla de la inoponibilidad [del pacto parasocial frente a la sociedad] ’’[249]

A cuyos efectos el Tribunal Supremo (1.987) estableció:

> … la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas [las sociedades mercantiles] cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad [jurídica], de un «ejercicio antisocial» de su derecho (artículo 7.2 del Código Civil). (*Apud*. Paz-Ares C. (2.003).).[250]

__oOo__

Así, se contempla que en España aunque hay un gran silencio normativo entorno a los contratos parasociales, la jurisprudencia subsana dicho vacío, pues de lo dicho y de los casos expuestos, se observa que la oponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad mercantil en el orden jurídico español, a falta de disposición expresa, se enmienda en gran medida si hay identidad entre los socios firmantes del pacto y los socios reconocidos como tales en el estatuto social o en los registros y expedientes de la compañía, pues en dichos casos, como se explicará *infra* (Capítulo IV), todo los socios conocen del pacto y no habría lugar a pugna en el cumplimiento del mismo.

[248] PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.*p.34.
[249] *Ibidem*. p.34.
[250] *Ibidem*. p.35.

Resalta igualmente, que al no haber fundamento legal expreso en la regulación de estos contratos por parte del Derecho Societario español, pues algunos de estos preceptos jurisdiccionales y administrativos, como lo expresa Paz-Ares C. (2.003), en ocasiones son ‘‘excesivamente genéricos’’, pues de los casos presentados, se sintetiza que éstos…

> … procuran: (i) la ficción de la existencia de una junta general en la celebración del pacto parasocial; (ii) la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica; y (iii) el principio de la buena fe y de interdicción del abuso del derecho.[251]

Empero, igualmente no se puede negar el papel relevante y central que posee la jurisprudencia española en materia de contratos parasociales, la cual, aunque en empleo de preceptos genéricos, ha permitido dotar a dichos pactos de validez, y de eficacia jurídica, asegurándose de condenar el mal uso de la personalidad jurídica y aplicando en todo caso, los preceptos contractuales generales.

[251] PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.*p.33.

CAPITULO III
REGULACION LEGAL APLICABLE A LOS CONTRATOS PARASOCIALES EN VENEZUELA

A pesar de que la regulación normativa y jurisprudencial de los contratos parasociales en diversos ordenamientos jurídicos, se viene presentando desde hace varios años, en Venezuela es un tema innovador, pues a nivel normativo, los contratos extraestatutarios se presentan en este ordenamiento, como contratos completamente atípicos, a nivel jurisprudencial nada se ha dicho, y en los aportes doctrinarios, someramente se han mencionado, un caso de ello (si no es el único), es la mención de estos contratos hecha por el profesor Morlés A. (2.007) en una de sus obras, quien brevemente abordo el tema refiriéndose a los contratos extraestatutarios como aquellos «Acuerdos Sociales Paralelos» que los socios pueden estipular para ‘‘regular el comportamiento de todos o de algunos de ellos con relación a la sociedad o con sus propios derechos de accionistas’’[252], de donde el profesor se refiere a los mismos como un mecanismo aceptado por el Derecho Societario comparado, pero sin establecer el citado doctrinario, su postura frente al trato que debería darse a estos contratos en el ordenamiento jurídico venezolano.

Debiéndose entonces, a efectos de estas líneas y siguiendo el camino trasado por los ordenamientos jurídicos previamente estudiados, recopilar los datos normativos que podrán servir de base legal para la celebración valida de los contratos parasociales en Venezuela, en razón de lo cual, serán de vital importancia las disposiciones referidas a los derechos económicos de los ciudadanos establecidas en la Constitución Nacional, así como la revisión

[252] MORLÉS, A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II: Las Sociedades Mercantiles*. *Op. Cit*. p.1088.

de la normativa contractual y obligacional establecida en el Código de Comercio y Código Civil venezolanos.

En razón de lo cual, para abordar adecuadamente las implicaciones de estos contratos en Venezuela, se debió determinar primeramente la normativa a la que deben apegarse las sociedades comerciales de este país, con lo que se obtuvo un bosquejo general del régimen legal que regula todas las entidades mercantiles; iniciando para ello, con el estudio del contrato de sociedad y de los estatutos sociales, para determinar los tipos societarios tipificados en el ordenamiento patrio, sus procesos de constitución y su regulación legal en general; lográndose con ello, establecer la viabilidad legal que puede tener la celebración de los contratos parasociales o extraestatutarios en el seno societario de Venezuela, en acuerdo con la legislación mercantil y civil vigentes.

Siendo entonces oportunos a este capítulo, algunos trabajos monográficos y tesis de grado, trabajos de ascenso, artículos y publicaciones doctrinarias hechos en torno a la actividad societaria de Venezuela, que desde una visión general, ofrecieron a esta investigación una perspectiva jurídica amplia de la regulación interna de las compañías venezolanas, que sirvieron de fundamento teórico a la presente sección investigativa.

Antecedentes Investigativos

. **«Código de Comercio Comentado»**. Obra escrita por los abogados Garay Juan y Garay Miren, en el año 2.012; cuya finalidad es explicar pedagógicamente la normativa societaria contenida en el Código de Comercio venezolano[253], cuyas ilustraciones ayudaron a comprender en mejor medida el basamento legal de los distintos tipos societarios tipificados en Venezuela.

[253] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*.

. **«Algunas consideraciones sobre la voluntad societaria en las sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico mercantil venezolano»**. Tesis de maestría no publicada, escrita por Sánchez Rosana, en el año 2.017, para la Universidad Católica del Táchira; cuyo objeto fue resaltar y fomentar la importancia de la Autonomía Societaria en las compañías mercantiles de Venezuela, identificando sus límites y determinando aquellas actividades de comercio que son reguladas directamente por el Estado venezolano[254]; cuyo texto fue útil a esta sección investigativa, pues ayudo a determinar el alcance normativo de la voluntad societaria.

. **«La Regulación del Derecho de Voto de los Accionistas en la Sociedad Anónima»**. Trabajo de Grado escrito por Ariza Juan, en el año 2.002, para la Universidad Católica Andrés Bello; cuyo objeto fue analizar el derecho de voto de los accionistas en las sociedades anónimas de Venezuela, abocándose en la posibilidad de regular dicho derecho en el contrato de sociedad, representado en el documento constitutivo-estatutario[255]; siendo dicho trabajo, útil a esta investigación por sus aportes en relación a la noción, notas características y clasificación que realiza el autor sobre el contrato de sociedad, así como los diversos aspectos relativos al derecho de voto del que son titular todos los accionistas.

. **«El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima»**. Artículo escrito por el profesor Morlés Alfredo, en el año 2.005, para la Revista de Derecho *Ética y Jurisprudencia*; cuyo objeto fue examinar el sistema legal venezolano establecido para la transferencia de las acciones nominativas, revisando el pensamiento de la doctrina patria, considerando los criterios manejados por la jurisprudencia y verificando el funcionamiento anómalo del régimen estatuido, con lo que propuso una

[254] SÁNCHEZ, Rosana. *Op. Cit*.
[255] ARIZA, Juan C. *Op. Cit*.

razonable interpretación legal[256]; sirviendo de base a este trabajo para la mayor comprensión de una de las obligaciones impuestas a los accionistas de las empresas venezolanas.

. **«Curso de Derecho Mercantil, Tomo II: Las Sociedades Mercantiles»**. Obra escrita por el profesor Morlés Alfredo, en el año 2.007, para la Universidad Católica Andrés Bello, cuyo objetivo fue crear un compendio académico del desenvolvimiento jurídico de las sociedades mercantiles en Venezuela[257]; que en relación a esta investigación, aporto un breve precedente doctrinario en materia de contratos parasociales, y el señalamiento y explicación de uno de los principales acuerdos extraestatutarios aceptados en el Derecho comparado.

. **«Medios de Impugnación de las Decisiones de las Juntas Directivas de las Sociedades Anónimas en Venezuela»**. Trabajo de grado escrito por Medina Flor, en el año 2.013, para la Universidad Católica Andrés Bello; cuyo objeto fue determinar la existencia de medios suficientes para la impugnación las decisiones emanadas del órgano administrativo de las sociedades anónimas de Venezuela, para lo cual, la autora realizo un estudio de la regulación legal de los órganos societarios, entre éstos la Asamblea de Accionistas, analizando las implicaciones y efectos de los acuerdos societarios obtenidos de los procesos deliberativos, aspectos relevantes a este capítulo investigativo.

. «**Régimen Jurídico Aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia Colombiana»**. Artículo escrito por Camacho María, en el año 2.005, para la Revista de Derecho *e – Mercatoria*; cuyo objeto fue

[256] MORLES, Alfredo. (2005). El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima. *Ética y Jurisprudencia Nº 412005*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 06 de junio de 2020. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/4/uvm_2005_4_11-32.pdf

[257] MORLÉS, A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II: Las Sociedades Mercantiles*. *Op. Cit*.

identificar la problemática relacionada con las normas aplicables a los contratos atípicos, para lo cual, la autora hace un estudio de la tipicidad contractual, definiéndola e identificando sus clases, así como el camino jurídico precedente a la tipicidad de todo contrato (en cualquier orden jurídico)[258]; aspectos de suma importancia a este estudio, vista la atipicidad de los contratos parasociales en Venezuela.

. **«Usos y Costumbres: más allá del Arbitraje y la *Lex Mercatoria*»**. Obra escrita por Bermúdez José y Martínez Claudia, en el año 2.012, en el ‘‘Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morlés Hernández, Temas Generales de Derecho Mercantil’’, de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteavila y Academia de Ciencias Políticas y Sociales; cuyo objetivo fue poner en relieve el funcionamiento de los usos que se hacen presentes como fuente del Derecho, los cuales vienen a facilitar y regular las relaciones privadas[259]; aspectos igualmente importantes a esta investigación, entendiendo a la costumbre mercantil, como posible fuente de regulación de los contratos parasociales, en caso de que su uso se haga reiterado en el tiempo.

__oOo__

Estudios éstos, que en complemento de otros más, permitieron desarrollar teóricamente el presente capítulo.

[258] CAMACHO, María E. (2005). Régimen Jurídico Aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia Colombiana. *Revista e – Mercatoria*, Volumen 4, Número 1. Colombia. [Revista en línea]. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625884.pdf

[259] BERMÚDEZ José R. y MARTÍNEZ Claudia M. (2012). Usos y Costumbres: más allá del Arbitraje y la Lex Mercatoria. En: Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morlés Hernández. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteavila, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, Vol. I, Temas Generales de Derecho Mercantil, pp. 285-337. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 19 de julio de 2020. Disponible en: https://ve.ontier.net/ia/bermudez-y-madrid-martinez-usos-mercantiles.pdft

1. Sociedades Mercantiles en Venezuela

En Venezuela, el Código de Comercio[260] en su artículo 200 establece que las sociedades mercantiles son aquellas que de acuerdo con su objeto desarrollan uno o más actos de comercio, tipificados estos últimos en los artículos 2 y 3 del mismo código, por lo que, como en los diversos ordenamientos jurídicos, estas sociedades, son el mecanismo legal para la unión de dos o más sujetos que desean emprender una actividad comercial, en virtud de lo cual, la legislación mercantil venezolana normaliza cuatro tipos de sociedades comerciales, plasmados el artículo 201 del código en comento, de las cuales se hablará *infra*.

Las sociedades mercantiles en Venezuela, constituyen personas jurídicas distintas de las de sus asociados, así lo instituye el artículo 201, siendo necesario para ello, la constitución formal de la compañía ante el Registro Mercantil que corresponda, a través de la suscripción y registro del contrato de sociedad y de sus estatutos sociales, en cuyo efecto, los sujetos que deseen constituir una sociedad mercantil deberán apegarse a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, específicamente en su artículo 211 y siguientes.

1.1. Contrato de Sociedad, Estatutos Sociales y Voluntad Societaria

El contrato de sociedad en general, esta descrito por la normativa sustantiva venezolana, específicamente en el artículo 1.649 del Código Civil[261], el cual establece que:

[260] CÓDIGO DE COMERCIO. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 475 Extraordinario, de fecha 21 de Diciembre de 1955.
[261] CÓDIGO CIVIL. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de Julio de 1982.

> **Artículo 1.649:** El Contrato de Sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común.

Así, como todo contrato, el de sociedad debe cumplir con determinados elementos esenciales para su valida celebración, siendo estos elementos los requisitos de fondo y de forma, teniendo entre los primeros, los elementos de fondo generales, establecidos para todo contrato y los cuales ya se trató (Capítulo I), como lo son la capacidad de las partes, el consentimiento libremente manifestado y libre de vicios, además un objeto valido y causa lícita.

Sumándose para los contratos de sociedad, ciertos requisitos especiales de fondo, entre estos, que en su celebración exista la concurrencia de dos o más voluntades, puesto que en Venezuela no se permite la constitución de sociedades unipersonales[262], también la formación de un fondo económico común, constituido a través de los aportes propios de capital, bienes o valores de cada sujeto suscriptor, hecho en la medida y en la forma establecida por los mismos sujetos en acuerdo al tipo social elegido, y que esté presente la *affectio societatis*. Asimismo este contrato en acuerdo con el Derecho Societario, para su validez jurídica, deberá cumplir con los requisitos de forma, siendo estos, el otorgamiento escrito de manera pública o privada y su subsiguiente inscripción ante el Registro Mercantil correspondiente y su debida publicación en un medio de difusión masiva.

[262] En Venezuela, las sociedades unipersonales solo son válidas por un hecho sobrevenido, pues en las sociedades anónimas o en las sociedades de responsabilidad limitada, si un socio adquiere la totalidad de las acciones, la sociedad no se extingue sino que continua con un único socio, así lo establece el artículo 341 del Código de Comercio de Venezuela, el cual en su último aparte dispone que, ‘‘La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelven por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la sociedad. ’’

Siendo estos requisitos especiales, los que diferencian al contrato de sociedad de los demás contratos, en particular la *Affectio Societatis*, pues ésta, como lo expone Sánchez R. (2.017):

> … es el deber de todos los socios y miembros de la sociedad en colaborar y en tener un interés común de asociarse, de trabajar juntos para que la sociedad mercantil cumpla su objeto social, que la empresa tenga una trascendencia y se supere frente a otras; la affectio Societatis también implica el derecho de cada socio de ejercer control sobre los actos ejercidos por los administradores de la Sociedad. Este elemento es el primordial en la formación del Contrato de Sociedad Mercantil, ya que si no existe este elemento nadie tendría la intención de formar una Sociedad de Comercio.[263]

Es éste, el elemento que guía a los futuros socios a querer contribuir mancomunadamente a un fin económico común, aportando su propio capital para la obtención conjunta de beneficios financieros, lo cual es imprescindible en las sociedades mercantiles.

De lo que se desprende, que las sociedades mercantiles se formarán a partir de la valida celebración de un contrato de sociedad, el cual deberá establecer las reglas comunes que formarán y guiarán el emprendimiento económico de los sujetos que optan por constituirse en sociedad mercantil para crecer financieramente.

En este sentido, es habitual que este documento constitutivo, una vez cumpla los extremos de Ley, además de crear el nuevo ente social, demarque el funcionamiento de la sociedad mercantil, es decir, el régimen jurídico por el que se llevará en el funcionamiento de la compañía, así como todo lo relativo a su gestión administrativa y económica financiera. Por lo que haciendo una revisión de la legislación societaria en el ordenamiento jurídico

[263] SÁNCHEZ, Rosana. (2017). *Algunas consideraciones sobre la voluntad societaria en las sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico mercantil venezolano*. Tesis de maestría no publicada. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Venezuela. p.135.

venezolano, se percibe que el Código de Comercio como lo resume Ariza J. (2.002), en aquellos artículos dedicados a la formación de las sociedades mercantiles, con frecuencia:

> … hace referencia al contrato de sociedad, al documento constitutivo y a los estatutos sociales de manera indistinta, queriendo referirse al contrato de sociedad como tal. Sin embargo, el documento constitutivo y los estatutos sociales, o lo que suele denominarse ‘‘documento constitutivo-estatutario’’ no son más que la prueba documental de ese contrato de sociedad, el cual los socios convinieron en celebrar.[264]

Se observa entonces que, en Venezuela es común que el documento constitutivo de sociedad sirva a su vez de estatutos sociales, en relación a ello, la normativa que regula su contenido esboza los requisitos mínimos que las partes le deben incorporar al momento de suscribirlos, los cuales en todo caso, dependerán del tipo de sociedad mercantil que se pretenda constituir.

Siendo estos requisitos mínimos, a groso modo: la firma, razón o denominación social que adoptará la compañía, el objeto de ésta, es decir, la especie de los negocios a que se dedicará, el monto del capital social, expresándose el monto de la cuota de cada socio, la indicación de si se ha aportado en dinero o en especie, señalándose el importe suscrito y enterado en caja, o la suma de valores entregados o por entregar, las reglas con sujeción a las cuales deberán formarse los balances sociales y calcularse y repartirse los beneficios o utilidades, el tiempo en que la sociedad habrá de principiar y de terminar su giro, el domicilio de la compañía, las facultades de la asamblea de accionistas o junta de socios, las condiciones para la validez de sus deliberaciones, como quórums y ejercicio del derecho del voto de los asociados, entre otros más.

---

[264] ARIZA, Juan C. (2002). *La Regulación del Derecho de Voto de los Accionistas en la Sociedad Anónima*. Trabajo de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2.019. Disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ2496.pdf p.10.

De donde, este documento constitutivo-estatutario posee un alto contenido corporativo, siendo éste el que establecerá cómo será el desenvolvimiento jurídico, administrativo, económico y social del ente comercial una vez que se haya constituido, de acuerdo con lo cual, corresponderá a las partes, es decir, socios o accionistas, en apego a lo requerido en cada tipo societario, establecer cómo funcionará la compañía que establecerán.

En razón de ello, si se hace expresa referencia a la regulación interna de la sociedad mercantil, habrá de entenderse que se está frente a los estatutos sociales de la compañía, sea que se incorpore en el mismo documento constitutivo, como es habitual, o que se expida en documento independiente, sea cual sea el caso, estas disposiciones demandan plena importancia para el desarrollo de la sociedad mercantil, aun así, como lo señala Rbujan (2.013):

> La importancia de los estatutos de una sociedad es un punto que a menudo no se tiene en cuenta,... En el momento de la constitución, suele utilizarse un texto de redacción general que aporta la notaría y que a menudo los socios no leen.
>
> Sin embargo, [como se acaba de mencionar] hay que tener en cuenta que los estatutos son las normas que marcan el régimen interno de la empresa a nivel legal. No prestarles la debida atención supone pasar por alto muchos aspectos que pueden plantear problemas en el futuro, sobre todo si surgen conflictos entre los socios.[265]

Por ello, la importancia de que sean las mismas partes, es decir los accionistas o socios fundadores, quienes estipulen el régimen estatutario que guiará el funcionamiento de la sociedad mercantil que constituyen en conjunto, entendiéndose que debe respetarse en su formación y suscripción el Principio de la Autonomía de la Voluntad, sin más límites que los que

[265] RBUJAN. (2013). ¿Para qué sirven los estatutos de una sociedad? [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 04 de octubre de 2.019. Disponible en: https://www.pymesyautonomos.com/legalidad/para-que-sirven-los-estatutos-de-una-sociedad/amp p.1.

establece la normativa para todos los contratos (el respeto a la Ley, a la moral, a las buenas costumbres y al orden público).

Dicho Principio, en el campo de las sociedades mercantiles recibe la denominación de Autonomía o Voluntad Societaria, y en acuerdo con Sánchez R. (2.017) el mismo ‘‘promulga la consigna que, todo lo que no esté prohibido en las disposiciones legales o por un principio general, es permitido en materia de sociedades’’[266], siendo de tal importancia esta voluntad societaria para el manejo de la actividad comercial, que el Código de Comercio venezolano la hace prevalecer ante las demás fuentes de regulación legal, así lo establece el ultimo aparte del artículo 200 *eiusdem*, el cual fija que:

> **Artículo 200:** … (*Omissis*)…
> Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil.

Es decir, en orden de prelación, en primer orden debe regir la voluntad social, siendo la normativa mercantil y civil, en segundo y tercer orden, los medios legales supletorios que establecerán el cómo actuar en los casos en que las partes no estipulen el modo de proceder. Así, en acuerdo con Sánchez R. (2.017), y como ya se ha mencionado (*supra* Capítulo I):

> … la Autonomía de la Voluntad de las partes contratantes, es reconocida y considerada por la doctrina patria y extranjera como el principio general del Derecho Privado; y es el poder que tienen los sujetos de derecho de regular sus propias relaciones jurídicas, en la medida que la ley lo permita… [Es la facultad que tienen los sujetos contratantes, para]… escoger el contenido del negocio jurídico, elegir las normas por las cuales se regularán y descartar cualquier disposición [no imperativa] a la que no se quieran someter; y determinar y escoger con quien contratan.
>
> El principio de la Autonomía, es reconocido por el ordenamiento jurídico vigente patrio, tal es el caso de la Constitución Nacional,

[266] SÁNCHEZ, Rosana. *Op. Cit.* p.77.

> que registra, los principios del libre desenvolvimiento de la persona, igualdad jurídica, libertad de Asociación, libertad Económica, propiedad privada, que son derechos inherentes a la condición de la persona, como consecuencia del principio de la Autonomía de la Voluntad de las partes.[267]

Así, los sujetos contratantes en apego a la normativa vigente, son quienes deberán establecer el cómo, el cuándo, el dónde, y entre quienes, en principio, funcionará la compañía que aspiran formar, con el debido cumplimiento de los extremos legales de inscripción y publicidad ante el Registro Mercantil que corresponda, para así constituir una persona jurídica independiente, sin olvidar que en virtud de ello se generarán en cabeza de cada uno de sus integrantes, derechos y obligaciones propias y comunes, que no podrán relajar o desconocer, puesto que como todo contrato, el de sociedad impone obligatoriedad, la cual se ata a esa voluntad individual que motivó la asociación de cada sujeto a este nuevo ente social.

De lo anterior, de denota la importancia que posee la autonomía social, en razón de lo cual, deberían ser solo las partes quienes estipulen su modo de trabajo, siendo los limites institucionales, los que a través de prerrogativas injustificadas, muchas veces restringen la autonomía societaria, haciéndose menos provechoso el documento constitutivo y estatutario de sociedad, olvidándose que por medio de los estatutos sociales, es que los socios fundadores pueden establecer la autorregulación de su vida corporativa, con las implicaciones administrativas, económicas y societarias que se desligan de tal actividad, generándose como consecuencia, que en el momento de la constitución del ente social no se incluyan aspectos que serán necesarios en el buen giro comercial de la nueva sociedad.

[267] *Ibidem.* p.84.

1.1.1. Clasificación del Contrato de Sociedad en acuerdo a la Teoría General de los Contratos:

De acuerdo lo expuesto y en atención a la clasificación general de los contratos, siguiendo a Ariza J. (2.002), el contrato de sociedad se clasifica de la siguiente manera[268]:

1.1.1.1. Contrato Bilateral o Plurilateral:

Como lo expone Sánchez R. (2.017):

> … la concepción tradicionalista del Contrato Social y la aceptada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos consagra, que el Contrato de Sociedades más que bilateral, es plurilateral. La tendencia actual Europea apunta que el Contrato de Sociedad es institucional, situación que ha permitido que en sus legislaciones se disponga la constitución de una Sociedad Mercantil con un solo socio. En la legislación patria, priva como regla general que el Contrato de Sociedad se forme a través de la manifestación de la voluntad de dos o más personas (principio bilateral y plurilateral)…[269]

A diferencia de lo que se permite en Colombia y España, en Venezuela la sociedad mercantil solo se puede constituir por la voluntad de dos o más personas, permitiéndose la sociedad unipersonal solo en situaciones sobrevenidas en las sociedades de capital, de acuerdo a lo que dispone el ultimo aparte del artículo 341 del Código de Comercio, el cual establece que:

> **Artículo 341:** … (*Omissis*)…
> La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelven por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la sociedad.

[268] ARIZA, Juan C. *Op. Cit*. pp.7-8.
[269] SÁNCHEZ, Rosana. *Op. Cit.* p.122.

Solamente es posible la sociedad mercantil unipersonal en Venezuela por vía de excepción y solo en las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, en el supuesto *supra* citado.

1.1.1.2. Contrato Consensual:

Es el consentimiento libremente manifestado, sin vicios en su formación, es el que perfecciona el contrato de sociedad, siendo el requisito de inscripción Registral, un requisito formal y no solemne, sin el cual, aún existe el compromiso contractual entre las partes (sociedades irregulares).

Es decir, el requisito de publicidad registral es necesario a los fines de que el contrato de sociedad, pueda producir efectos frente a terceros y adquirir dicha sociedad una personalidad jurídica independiente a la de sus asociados, pero que en el caso de no verificarse y no de no formalizarse el contrato de sociedad por ante el Registro Mercantil correspondiente, no se impedirá que entre las partes exista una sociedad irregular, con plena oponibilidad entre las mismas, cuyas estipulaciones igualmente serán obligatorias para los sujetos que se hayan atado a dicho compromiso por su consentimiento manifiesto.

1.1.1.3. Contrato Oneroso:

Sin lugar a dudas, el contrato de sociedad es oneroso, pues la actividad mercantil lleva implícita en sí el fin de lucro. El contrato de sociedad, comporta el negocio jurídico por el que los socios o accionistas estipulan cómo van a realizar sus aportes económicos, para la obtención de dividendos generales, a fin de ser repartidos según sus aportes en la compañía. Así las cosas, hay una valoración monetaria en el contrato de

sociedad fijada en el mismo como «capital social», que se forma por ese aporte financiero de cada socio o accionista.

1.1.1.4. Contrato Aleatorio:

El contrato de sociedad, aunque fija las pautas a través de las cuales se guiará el funcionamiento de la compañía, presenta en sus resultados aleatoriedad, pues las partes, es decir los socios o accionistas, no pueden saber de manera inequívoca, si las actividades comerciales que desarrollarán por intermedio de la sociedad mercantil, darán los resultados económicos esperados, puesto que, en el desenvolvimiento de su giro comercial, podrán haber tanto ganancias como perdidas, al ser un acontecimiento incierto el desenvolvimiento de la sociedad mercantil en el mercado en que incursione.

1.1.1.5. Contrato de Tracto Sucesivo:

El objeto del contrato de sociedad, no se materializa una vez se perfecciona el contrato, sino que este se desarrolla en sucesivas fases de crecimiento comercial, por lo que su ejecución no será inmediata sino que se proyectará a través de diversos períodos empresariales, para así de acuerdo al progreso que se vaya presentando, obtener el fin económico esperado.

1.1.1.6. Contrato Típico y Nominado:

El contrato de sociedad es nominado, es decir su *nomen iuris* está establecido en la legislación societaria de Venezuela y además es típico, pues la normativa mercantil regula expresamente su contenido, formación, vigencia, modificación y terminación, es decir, su validez, su oponibilidad y su eficacia jurídica.

1.1.1.7. Contrato Formal:

Aunque el mero consentimiento perfecciona el contrato de sociedad, este debe ser expresado en forma escrita para su validez jurídica ante terceros, puesto que, la legislación societaria en Venezuela, establece el deber de otorgamiento de este contrato por medio de documento público o privado; sumándose además, el deber formal de inscripción del contrato ante el Registro Mercantil correspondiente y la publicidad, para la adquisición de la personalidad jurídica en la sociedad mercantil.

1.1.1.8. En sociedades de personas, Contrato *Intuito Personae*:

En los casos de constitución de sociedades mercantiles de personas, el contrato social es personalísimo, puesto que, como se expondrá *infra*, en estos tipos societarios importa o priva la identidad de las partes firmantes, por lo que a diferencia de lo que ocurre en las sociedades mercantiles de capital, en las de personas, la responsabilidad patrimonial ante terceros incluye el patrimonio individual de cada socio.

1.2. Tipos de Sociedades Mercantiles en Venezuela

En Venezuela de acuerdo con la legislación societaria, se pueden constituir válidamente cuatro tipos de sociedades mercantiles, las cuales en atención del artículo 201 del Código de Comercio son:

> **Artículo 201. …**
> 1º La compañía en nombre colectivo, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad limitada y solidaria de todos los socios.
>
> 2º La compañía en comandita, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad limitada y solidaria de uno o más socios, llamados socios solidarios o comanditantes y

> por la responsabilidad limitada a una suma determinada de uno o más socios, llamados comanditarios. El capital de los comanditarios puede estar dividido en acciones.
>
> 3º La compañía anónima, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción.
>
> 4º La compañía de responsabilidad limitada, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado, dividido en cuotas de participación, las cuales no podrán estar representadas en ningún caso por acciones o títulos negociables.
> …

En virtud de esta disposición estos cuatro tipos de sociedades son: la Sociedad en Nombre Colectivo, la Sociedad en Comandita, la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, respecto a las cuales se tratará brevemente.

Para lo cual, primeramente se debe decir que en la legislación patria, no existe una normativa especial dirigida a cada una de ellas, sino que se reglamentan únicamente por los preceptos establecidos en el Código de Comercio, en cuya referencia, como lo expresan Garay J. y Garay M. (2.012):

> El Código mezcló unas sociedades con otras lo que ayuda a la confusión. Sobre todo, junta en la misma sección las sociedades anónimas con las sociedades en comandita (éstas ya hace años que no se constituyen). También mezcla las anónimas con las limitadas, creando un revoltijo con los tres tipos de sociedades. Por todo ello, nos vemos obligados a distinguir las sociedades que nos interesan así:
>
> Sociedades **anónimas**: hay que buscarlas en los arts, **200** y sig, en el **213** y luego en los arts **245** y sig. También en el 264 si se trata de la disminución de capital social.
>
> Sociedades **limitadas**: hay que buscarlas principalmente los arts **202**, **214**, **264** y luego en el **312** y siguientes.
>
> En cuanto a las **sociedades en nombre colectivo** (arts **201.1°**, **212**, **215** y **227** y sig, entre otros) **y las sociedades (compañías)**

> **en comandita** (arts **201.2°**, **212**, **213**, **215** y **235** y sig, entre otros), ya en desuso, sólo indicaremos que las sociedades en comandita son de dos tipos: **comandita simple** donde el capital está representado en cuotas y **comandita por acciones**, donde el capital de parte de los socios, llamados socios comanditarios está dividido en acciones.[270]

Así las cosas, se desglosan para su estudio brevemente:

1.2.1. Sociedad en Nombre Colectivo:

Para comprender este tipo societario y haciendo un poco de retrospección histórica, y siguiendo a Garay J. y Garay M. (2.012):

> En Derecho Romano no existía la sociedad como tal. [Sino que] Varias personas podían unirse para un negocio pero el contrato que celebraban con terceros era con cada uno de los socios, no con la sociedad pues a ésta no se le reconocía una personalidad propia e independiente. En la Edad Media se dio personalidad propia a este tipo de sociedad personal para que pudiera hacer negocios pero los socios respondían –y responden [en este tipo societario]- con sus bienes de las deudas sociales… [271]

Así, la Sociedad en Nombre Colectivo, es una **Sociedad Mercantil de Personas**, es decir, en éstas, importa la identidad de los sujetos que la integran, porque en estos tipos societarios no se destina un fondo económico limitado, sino que, en éstas, hay una asociación de diversos patrimonios, los cuales, responden de las deudas sociales, con todos sus bienes habidos y por haber, por lo que, los acreedores del ente social pueden, una vez hayan realizado el cobro a la sociedad mercantil sin haber obtenido la satisfacción de sus acreencias[272], atacar el patrimonio de sus asociados; por lo que la identidad de las personas que son titulares de estos patrimonios es esencial.

---

[270] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.129.
[271] *Ibidem.* pp.125-126.
[272] Así lo establece el Código de Comercio de Venezuela, en su Artículo 228, el cual dispone que ‘‘…los acreedores de la sociedad no pueden ejercer acción personal contra los socios sin haberlo hecho contra la sociedad. ’’

Por tanto, como lo resumen Garay J. y Garay M. (2.012), éstas sociedades tienen la desventaja que, entre los socios y la sociedad mercantil hay responsabilidad solidaria e ilimitada, es decir, cualquiera de los socios puede responder con todos sus bienes de las deudas sociales[273].

Las Sociedades en Nombre Colectivo aunque en la práctica se encuentran en desuso, en el ordenamiento jurídico venezolano, aún están vigentes y tipificadas en el Código de Comercio, específicamente en su artículo 201.1 *supra* citado y reguladas en los artículos 212 y 215 *eiusdem*, los cuales fijan el registro y publicación del extracto del documento de sociedad, así como las formalidades a cumplir en dicho proceso, además en el artículo 227 y siguientes del mismo Código, que enuncian los demás aspectos de formación y constitución, para que la sociedad adquiera su **personalidad jurídica**, así como, las pautas que se deben cumplir para el desenvolvimiento de las funciones administrativas o corporativas de la compañía.

De lo cual, en cuanto a su p**roceso de constitución**, estas sociedades se podrán constituir, mediante la reunión privada de sus socios fundadores, quienes establecerán sin intermediarios, el modo en cómo se llevarán todas las gestiones de la sociedad, todo lo cual, debe quedar plasmado en el c**ontrato de sociedad**, el cual se puede otorgar por documento público o privado, requiriéndose que dentro de los quince (15) días siguientes a su celebración, un extracto del mismo sea publicado e inscrito ante el Registro Mercantil correspondiente, firmado por todos los socios, presentándose ante el Registrador por los otorgantes personalmente o por medio de apoderado; en cuyo orden, el extracto como mínimo deberá contener los nombres y domicilio de los socios, la firma o razón social adoptada por la compañía y el objeto de ésta, el nombre de los socios autorizados para obrar y firmar por la

[273] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.126.

compañía, la suma de valores entregados o por entregar en comandita y el tiempo en que la sociedad ha de principiar y el en que ha de terminar su giro[274].

En lo relativo al **Aporte Social** de los socios en estas compañías, señala Avilez N. (S/F):

> … pueden hacerse en dinero o en especie. Los aportes a las compañías en nombre colectivo deben desembolsarse o entregarse en la forma y oportunidad que al efecto establezcan los socios en el contrato de sociedad. El capital de este tipo societario se divide en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no pueden incorporarse en títulos negociables.[275]

Se destaca igualmente que las Sociedades en Nombre Colectivo deben existir bajo una **razón social**, la cual solo puede estar integrada por los nombres de los socios, a menos que sea una compañía sucesora de otra y se presente con ese carácter[276]; por lo que todo socio cuyo nombre esté incluido en la razón social, está autorizado para tratar por la compañía y obligarla, es decir, tiene la facultad de obrar y firmar por ésta, salvo disposición en contrario fijada en el Contrato de Sociedad, a partir de lo cual, si se establecen limitaciones en los poderes del socio administrador respecto a estas potestades, estas no tienen efecto respecto a terceros[277], salvo que se trate de la administración de alguna agencia o sucursal[278].

De igual forma, en acuerdo con la normativa referida en las Sociedades en Nombre Colectivo, hay **responsabilidad ilimitada y solidaria** de los socios

---

[274] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 211, 212 y 215.
[275] AVILEZ, Noelia. (S/F). Las Sociedades Mercantiles en Venezuela. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2.019. Disponible en: https://www.monografias.com/trabajos94/sociedades-mercantiles-venezuela/sociedades-mercantiles-venezuela2.shtml
[276] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 201.1 y 227.
[277] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 230.
[278] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 95.

frente a terceros, y la misma no puede ser limitada por ninguna declaración convencional de las partes[279].

Existe también en estas compañías, la **prohibición legal de competencia para los socios** de la empresa, pues éstos no pueden desempeñar actividades comerciales de la misma índole que las que desarrolle la sociedad en Nombre Colectivo a la que estén asociados, tal como lo pautan los siguientes artículos del Código de Comercio:

> **Artículo 232:** Los socios en nombre colectivo no pueden tornar interés en otra compañía en nombre colectivo que tenga el mismo objeto, sin el consentimiento de los otros socios.
> Se presume el consentimiento si preexistiendo ese interés, al celebrarse el contrato, era conocido de los otros socios y no se convino expresamente en que cesase.
>
> **Artículo 233:** Los socios no pueden hacer operaciones por su propia cuenta, ni por la de un tercero, en la misma especie de comercio que hace la sociedad.

De donde, si hay incumplimiento de dichas normas, la compañía tendrá el derecho de retener las operaciones realizadas por el socio incumplidor, como hechas por cuenta propia, si de las mismas se obtienen beneficios, o exigir en el lapso perentorio de tres (3) meses, el resarcimiento de daños y perjuicios a dicho socio, si de éstas acciones se desprenden agravios para la sociedad[280], salvo de que previamente hubiera habido consentimiento tácito de los otros socios de la compañía[281].

---

[279] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 228.
[280] Así lo establece el Código de Comercio de Venezuela, en su Artículo 234, el cual dispone que en caso de contravención a las prohibiciones fijadas para los socios de las compañías en Nombre Colectivo, ‘‘la compañía tiene derecho a retener las operaciones como hechas por cuenta propia, o a reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos. Este derecho se extingue por el transcurso de tres meses, contados desde el día en que la sociedad tenga noticia de la operación, salvo lo dispuesto en el artículo 337. ’’
[281] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 232.

En lo demás, las **Funciones Administrativas** de la Sociedad en Nombre Colectivo, deberán ser siempre desempeñadas solo por socios de la compañía, siguiendo las pautas del Contrato Social, pues en estas sociedades, todo aquel que se involucre en la gerencia la compañía es solidariamente responsable en forma ilimitada; siendo en todo caso, causal de exclusión de la sociedad mercantil, el hecho que el socio asuma funciones administrativas sin estar facultado para ello, mientras que el trabajo desempeñado por los que si se autoricen, deberá ser acorde a los requerimiento de la empresa y en apego a las disposiciones de las Estatutos Sociales y la normativa aplicable, puesto que se podrá excluir también al socio que se sirva de la firma o de los capitales sociales en provecho propio o que cometa fraude en la administración o en la contabilidad[282].

Además, en estas sociedades también es **Causa de Exclusión de los Socios**, que éstos se ausenten y siendo requeridos no vuelvan ni justifiquen la causa de su ausencia, o que contravengan las disposiciones de los artículos 232 y 233, *supra* citados, o que el socio sea declarado en quiebra, entredicho o inhabilitado; pues como se expresó, en las sociedades de personas, la identidad del socio importa así como su estatus jurídico; sumándose además, que el socio excluido no queda libre de los daños y perjuicios que hubiere causado, pues aún fuera de la empresa deberá resarcir e indemnizar los agravios producidos por su mala gestión[283].

De lo cual, por la exclusión del socio no se extingue la sociedad, sino que el socio excluido queda sujeto a las pérdidas y tiene derecho a las utilidades hasta el día de la exclusión, pero solo podrá exigir la liquidación de esas utilidades o pérdidas, en el momento fijado por el Contrato Social, siendo que, si en el momento de la exclusión hubiesen operaciones en curso en la

[282] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 230 y 337.
[283] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 337.

empresa, el socio excluido deberá soportar los riesgos y no podrá retirar su cuota social sino dejando la parte necesaria a cubrir los riesgos; además el socio excluido no tendrá derecho a una cuota proporcional de las cosas especiales, sino a una suma de dinero que represente el valor de aquéllas. De igual forma, el socio excluido queda obligado para con los terceros por todas las operaciones hechas por la sociedad hasta el día en que la exclusión sea publicada y registrada.

En otro orden, en lo referente a las **Juntas de Socios y mayorías necesarias**, se seguirán las pautas que establezcan los socios en su escritura social y en la normativa supletoria que les sea aplicable[284].

Mientras que en lo relacionado con su disolución, las Sociedades en Nombre Colectivo se **Disuelven** por la muerte, interdicción, inhabilitación o quiebra de uno de los socios, si no hay convención en contrario[285], en cuyo caso, si los socios previamente no habían acordado el modo de realizar la liquidación de los haberes sociales, entonces esta la hará los que hubieren tenido la administración de la sociedad; pero si lo exigiere cualquier socio, se nombrará a pluralidad de votos uno o más liquidadores, de dentro o fuera de la compañía, para lo cual, se formará Junta de todos los Socios, convocando a ella los ausentes, con tiempo suficiente para que puedan concurrir por sí o por medio de apoderado[286].

Debiéndose acordar en la misma junta liquidadora, las facultades que se dan a los liquidadores, en donde si en la votación no se obtuviere mayoría relativa, dirimirá el Juez de Comercio, quien, en caso de elección, deberá hacerla entre los que hubieren tenido más votos en la junta de socios[287].

---

[284] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 200: ‘‘… Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil’’
[285] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 341.
[286] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 348.
[287] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 348.

1.2.2. Sociedad en Comandita:

La Sociedad en Comandita, al igual que el anterior tipo societario, es una **Sociedad de Personas**, que se encuentra establecida en el artículo 201.2 del Código de Comercio venezolano, la cual, en acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012) al igual que la Sociedad en Nombre Colectivo, se encuentran en desuso, debido a la **responsabilidad solidaria de sus asociados** frente a las obligaciones sociales[288].

Aun así, estas sociedades se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico venezolano, y como lo expone Avilez N. (S/F):

> … en Venezuela la compañía en comandita se caracteriza por la coexistencia de dos (2) clases de socios, los solidarios, colectivos o comanditantes que responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales, y los comanditarios que sólo responden hasta el monto de sus aportes.[289]

De lo cual, para comprender un poco el funcionamiento de estas sociedades mercantiles, se expondrán brevemente cada una de ellas:

1.2.2.1. Sociedad en Comandita Simple:

La Sociedad Mercantil en Comandita Simple, está tipificada en el artículo 201.2 del código de Comercio venezolano y se asimila a la Sociedad en Nombre Colectivo, puesto que así lo establece el mismo Código de Comercio venezolano, el cual fija que para aquéllas rigen las mismas disposiciones de éstas, en lo referente a la **responsabilidad solidaria e ilimitada de sus asociados**, así como en lo relativo a las facultades de los socios administradores de la compañía, en cuanto a las prohibiciones para los

[288] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.126.
[289] AVILEZ, Noelia. *Op. Cit*.

socios, y en igual manera rigen para estas sociedades las disposiciones referentes al registro y publicación del extracto del Contrato de Sociedad, así como las formalidades a cumplir en dicho proceso[290].

Con lo cual el registro y publicación del extracto del documento de Sociedad, así como sus presentantes, se debe seguir en la misma manera que en las Sociedades en Nombre Colectivo, aspectos estos ya explicados.

La Sociedad en Comandita Simple también existe bajo una **razón social**, que debe ser necesariamente el nombre de uno o varios de los socios solidariamente responsables, llamados **comanditantes**, a menos que se use la razón social de una compañía sucesora de otra y se presente con tal carácter[291].

Mientras que dentro de las causas de su **disolución** también se encuentran la muerte, interdicción, inhabilitación o quiebra de uno de los socios comanditantes, si no hay convención en contrario[292].

1.2.2.2. Sociedad en Comandita por Acciones:

La Sociedad Mercantil en Comandita por Acciones, es una **sociedad mixta**, puesto que aunque en ellas hay presencia de características propias de las sociedades mercantiles de personas, también poseen rasgos ajustados de las sociedades de capital, las cuales se trataran en líneas posteriores, siendo entonces que este tipo societario se encuentra en medio, puesto que en estas sociedades aunque interesa la identidad de los sujetos asociados también importa su aporte económico en la compañía, en razón de que su

[290] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 212, 215, 235 y 236.
[291] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 201 ultimo aparte y 235.
[292] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 341.

responsabilidad solidaria con las obligaciones societarias no es ilimitada sino «**limitada al aporte dispuesto en ellas**».

Este tipo mercantil, se encuentra en la práctica societaria de Venezuela también en desuso, pero al igual que las anteriores, sigue vigente en este país y se encuentra tipificado en el Código de Comercio venezolano en el artículo 201.2 y regulado en los artículos 213 y 215 *eiusdem*, los cuales fijan el deber de registro y publicación del extracto del documento de sociedad, así como las formalidades a cumplir en dicho proceso, estableciendo los artículos 235 y siguientes del mismo Código, los demás aspectos de formación y constitución, así como las reglas a seguir en el desenvolvimiento de las funciones administrativas o corporativas de la compañía, sumándosele además a estas normas, las establecidas para las Compañías Anónimas, las cuales están fijadas para ambos tipos societarios como disposiciones comunes, dispuestas en los artículos 245 y siguientes del mencionado cuerpo normativo.

Entre las particularidades que equiparan estas sociedades con las sociedades de capital, se encuentran que el importe social está determinado por los **aportes de sus asociados**, el cual estará representado en **acciones** que funcionan como títulos negociables; de lo cual, aunque el texto normativo exige para la constitución definitiva de estas compañías, que se suscriba de la totalidad del capital social acordado, estas podrá principiar su funcionamiento con la entrega en caja por cada socio comanditario de la quinta parte, por lo menos, del monto de las acciones por éstos suscritas, siempre que en el Contrato Social no se exija mayor entrega[293]. Sin embargo, los **socios comanditarios** responden por los actos de la sociedad

[293] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 249.

con el capital que pusieron o debieron poner en ella, aunque éste no se haya aun pagado en su totalidad[294].

Este aporte, puede ser en dinero o en especie, y deberá ser reconocido y aprobado en la Asamblea General de Constitución, salvo que el mismo sea en especie, o en su suscripción se estipulan ventajas en provecho particular de alguno o algunos de los socios, y algún asociado solicite para su aprobación la valoración de parte de peritos, en cuyo caso previamente deberá contarse con este informe, para su aprobación definitiva[295].

Otro aspecto relevante en estas sociedades, es que si a los socios comanditarios se les hubieren pagado por sus capitales, determinados intereses o dividendos de utilidades prometidos en el Contrato Social, no estarán obligados a restituirlos, si de los balances sociales que acordaron el pago (hechos de buena fe), resultan beneficios suficientes para acordarlos. Pero si ocurre disminución del capital social, éste debe reintegrarse con las utilidades sucesivas antes de que se hagan ulteriores pagos o se distribuyan dividendos[296].

Asimismo, se resalta que el socio comanditario, cuyo nombre quede incluido en la **razón social,** es responsable de todas las obligaciones de la compañía como socio solidario, puesto que en las compañías en comandita, solo los socios solidariamente responsables (comanditantes) pueden formar parte de la razón social[297]. Además, los socios comanditarios no pueden ejecutar acto alguno de administración, ni pueden ser apoderados generales

[294] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 237.
[295] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 249, 253 y 256.
[296] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 237.
[297] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 235.

de la sociedad, solamente podrán ser apoderados especiales de la misma, en cuya contravención se convertirán en socios solidarios[298].

Lo que sí es posible de acuerdo con el Código de Comercio venezolano, es la celebración de **contratos entre la compañía en comandita y sus socios comanditarios** como si éstos fuesen extraños[299], lo que en interés de este trabajo, se denota como un tipo de contrato parasocial, aunque como se expresó en líneas anteriores, estas sociedades mercantiles se encuentran actualmente en desuso.

En todo caso, los socios comanditarios, no adquieren responsabilidad solidaria si actúan solo en los casos autorizados por la Ley y en los términos por ésta fijados, en virtud de lo cual, podrán suscribir los contratos referidos en el párrafo anterior, realizar observaciones y consejos, actos de inspección y vigilancia, nombramiento y revocación de administradores, e incluso autorizar a los administradores, dentro de los límites del contrato social, para que éstos puedan realizar actos que excedan de sus facultades[300].

De lo cual, las Sociedades en Comandita por Acciones, a diferencia de las Sociedades en Comandita Simple, no se disuelven si el socio fallecido, quebrado, inhabilitado o entredicho, ha sido subrogado o reemplazado por otro, puesto que en Asamblea con mayoría calificada (*infra* explicada) y bajo las reservas requeridas, pueden nombrar a otra persona en lugar del administrador revocado, muerto, entredicho o inhabilitado; pero si los administradores son varios, el nombramiento debe ser aprobado por los otros administradores, en todo caso, el nuevo administrador queda constituido en socio solidario[301].

[298] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 238.
[299] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 238 ultimo aparte.
[300] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 239.
[301] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 341.

De igual forma, el Código de Comercio venezolano establece disposiciones comunes para la regulación de las Sociedades en Comandita por Acciones y para las Compañías Anónimas, por lo cual, a las comanditarias por acciones, se les aplicará también las pautas presentadas para las compañías anónimas.

1.2.3. Sociedad Anónima:

La Sociedad Anónima, es una **Sociedad Mercantil de Capital**, la cual ha tenido en el mundo jurídico, desde su nacimiento hasta el presente un mayor auge en comparación con los demás tipos societarios. Sus orígenes, de acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012), se remonta al siglo XVI, en cuya época fue una idea revolucionaria, puesto que en dicho momento histórico, el ‘‘concepto del derecho romano y del germánico era que quien contrajera deudas respondía con todo lo que tuviera y si no tenía con qué pagar podía perder la libertad, tanto en Roma clásica (vendido como esclavo) como en siglos posteriores’’[302].

De lo cual, como lo exponen Garay J. y Garay M. (2.012):

> La sociedad tradicional [de aquella época] *no tenía personalidad independiente de los socios*, y estaba formada por gente conocida entre sí, pero la anónima podía -y puede- reunir dinero de gente desconocida (*de ahí el nombre de anónima*) *y eso, unido a la responsabilidad limitada a lo puesto* [como capital social, le daba -y le da- su mejor posicionamiento dentro de los tipos societarios].[303]

La Sociedad Anónima, a diferencia de las sociedades mercantiles de personas, no posee un fondo económico ilimitado, sino que éste está representado por un «**capital social**», el cual se forma por los aportes de cada socio, quienes como lo resumen Garay J. y Garay M. (2.012) pueden

[302] GARAY, J. y GARAY M. *Op. Cit*. p.21.
[303] *Ibidem.* p.21.

estar representados en dinero o en bienes, cuyo monto o valor debe aparecer en el Acta Constitutiva de la empresa[304].

Dicho capital social, es el único fondo financiero que responderá de las obligaciones mercantiles de la Sociedad Anónima frente a sus acreedores, por ello, su monto deberá ajustarse de manera racional al objeto social que la empresa pretenda desarrollar, pudiendo ser éste, establecido de forma referencial por el ordenamiento jurídico venezolano, a través del Órgano Rector en Materia Registral[305], de conformidad con su normativa vigente y las políticas de Estado.

En razón de lo cual, en estas sociedades es fundamental el aporte económico que realicen sus asociados, siendo un elemento esencial en la constitución y funcionamiento de la empresa, por ello, del mismo modo que en las Sociedades en Comandita por Acciones, para la constitución de las Compañías Anónimas, deben los socios fundadores suscribir el total del capital social fijado en los Estatutos Sociales y pagar *ab initio*, por lo menos, el veinte por ciento (20%) de dicho monto[306]. Este aporte económico, lo pueden materializar los futuros socios de acuerdo con las formas en que se establezca la Sociedad Anónima, es decir, de manera privada o de manera pública.

De donde, el **proceso de constitución** de la Sociedad Anónima puede ser privada, si es a través del consenso de voluntad de dos o más sujetos conocidos entre sí, que se quieren asociar comercialmente, por lo que,

[304] *Ibidem*. p.153.
[305] En Venezuela este órgano es el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores Justicia y Paz, el cual a través de Circulares establece los montos mínimos referenciales para la constitución de Sociedades Mercantiles, discriminados según el objeto social a desarrollar por las entidades comerciales, debiéndose emplear criterios de razonabilidad.
[306] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 249.

convienen privadamente los aspectos legales bajo los cuales funcionará dicha sociedad, realizando el aporte del capital social acordado y plasmándolo así en el Acta o Documento Constitutivo; mientras que puede ser constitución publica, si se da por medio de la suscripción pública de acciones, proceso dispuesto en el Código de Comercio venezolano y ratificado por la legislación especial en la materia[307], el cual consiste en la Oferta Pública de Acciones (OPA), a partir de la cual, se obtendrán los aportes económicos necesarios para la formación del capital social de la nueva empresa, provenientes de un público general, que obtendrán a cambio una participación accionaria en la nueva compañía, debiendo esta participación ser proporcional a su aporte económico.

Si el proceso constitutivo de la empresa, se da por medio de oferta pública, éste estará a cargo de unos sujetos llamados **Promotores**[308], quienes deberán hacer un prospecto o programa que indique el objeto de la futura sociedad, el capital social necesario, el número de acciones puestas en oferta, señalando su monto y respectivos derechos, los aportes, y condiciones bajo las cuales se hace la oferta, así como las cláusulas principales de los Estatutos Sociales que regularán el funcionamiento de la empresa[309].

[307] DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2.176, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE MERCADO DE VALORES. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.211 Extraordinario, de fecha 30 de Diciembre de 2015.

[308] Son aquellas personas que realizan las gestiones de promoción y formación de la Sociedad Anónima, serán los que convenzan a los futuros socios, éstos hacen los gastos necesarios para la constitución de la compañía, pero si ésta no se constituye, no tienen acción alguna contra los suscriptores de acciones, por lo que ellos asumen a su propio riesgo las consecuencias de sus actos. Sin embargo, los Promotores pueden reservarse una parte de las utilidades líquidas de la empresa que se constituya, cuyo pago no tendrá lugar sino después de la formación y aprobación de los balances respectivos, siempre que esta parte no exceda de un décimo de parte de dichas utilidades y que solo se pauten por un tiempo determinado, que no podrá ser mayor de la tercera parte de la duración de la compañía o en su defecto no mayor de cinco años. Dispuesto así en el Código de Comercio de Venezuela, Artículos 245 y 246.

[309] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 248.

Una vez suscrito la totalidad del capital social, y una vez que los promotores han avisado a los suscriptores, y que éstos han procedido a depositar en caja la cuota parte que les corresponde[310]; enterando en caja la parte del capital social necesario para la constitución de la compañía, (20% mínimo), los promotores convocarán a los accionistas fundadores a la **Asamblea General Constitutiva**, la cual reconocerá y aprobará la suscripción de dicho capital, ratificando la entrega en efectivo de las cuotas sociales o los valores aportados como capital, así como la aprobación de las posibles ventajas que se hayan estipulado en provecho particular de algún socio[311], así mismo, esta Asamblea discutirá y aprobará los Estatutos Sociales propuestos, nombrará los Administradores y los Comisarios[312].

Así, sea que el proceso constitutivo ocurra de manera privada, entre diversos sujetos conocidos, o de manera pública, mediante oferta pública de acciones, en el proceso de constitución deberá expedirse **Documento Constitutivo** que verifique todas las pautas expuestas, el cual en acuerdo con el Código de Comercio venezolano, podrá ser público o privado, debiendo ser otorgado por todos los asociados y en estricto cumplimiento de todas las exigencias legales[313], entre estas que se nombren a los sujetos responsables de las

[310] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 251.

[311] Salvo que se acuerde, a solicitud de algún socio, el nombramiento de peritos independientes colegiados, que verifiquen los valores declarados, de conformidad con lo Código de Comercio de Venezuela, establecido en el artículo 256.

[312] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 253.

[313] Entre otras, que se cumplan los extremos contenidos en el Artículo 213 del Código de Comercio de Venezuela, el cual fija el contenido que debe presentar del Acta Constitutiva de la Sociedad Anónima, a saber: la denominación y domicilio de la sociedad, de sus establecimientos y de sus representantes, la especie de los negocios a que se dedica, el importe del capital suscrito y el del capital enterado en caja, el número o valor nominal de las acciones, el valor de los créditos y demás bienes aportados, las reglas con sujeción a las cuales deberán formarse los balances sociales y calcularse y repartirse los beneficios, las ventajas o derechos particulares otorgados a los promotores, en caso que éstos hayan llevado el proceso constitutivo, el número de individuos que compondrán la Junta Directiva, sus derechos y obligaciones, expresando cuál de aquéllos podrá firmar por la compañía, el número de los Comisarios, las facultades de la Asamblea de Accionistas y las condiciones para la validez de sus deliberaciones y para el ejercicio del derecho del voto, el tiempo en

gestiones de la sociedad y las personas encargadas de desempeñar las funciones de control interno hasta la primera Asamblea General, cuyo contenido íntegro, junto con un ejemplar de los Estatutos Sociales, deberán presentarse ante el Registrador Mercantil de la Jurisdicción donde la Sociedad Anónima pretenda tener su asiento o domicilio[314], de lo contrario, la sociedad mercantil no se tendrá como legalmente constituida[315] y no adquirirá personalidad jurídica ni producirá efectos frente a terceros[316].

Esta inscripción y **registro** lo deberán realizar los administradores nombrados o en su defecto, los socios suscriptores, quienes tendrán el derecho de cumplir con dicha exigencia legal a expensas de la compañía si los administradores no lo hicieren oportunamente[317], de donde, independientemente de la persona que efectúe el registro, con los documentos presentados[318] y sus futuras reformas, se dará apertura en los mencionados Registros Mercantiles al expediente de la empresa[319], que dará validez y eficacia jurídica ante terceros de los actos realizados por ésta.

La presentación del Documento Constitutivo de la Sociedad Anónima (así como de los demás tipos societarios) ante el Registro Mercantil está

---

que debe comenzar el giro de la compañía y su duración; y, los anexos que en virtud de los anteriores mencionados, deban acompañar la escritura social.

[314] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 215, segundo párrafo.

[315] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 219.

[316] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 221.

[317] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 218.

[318] Debe tenerse en cuenta que además de los recaudos exigidos por el Código de Comercio de Venezuela para la constitución de las Compañías Anónimas, también se deberán presentar ante el Registrador Mercantil, los requisitos establecidos en el Artículo 12 de la RESOLUCIÓN Nº 019. REQUISITOS ÚNICOS Y OBLIGATORIOS PARA LA TRAMITACIÓN DE ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS EN LOS REGISTROS PRINCIPALES, MERCANTILES, PÚBLICOS Y LAS NOTARÍAS. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 40.332, de fecha 13 de enero de 2014. Teniéndose en cuenta además, los requisitos especiales de acuerdo con el objeto social y la rama jurídica que se involucre.

[319] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 226.

sometida a las Potestades de Control[320] del Registrador Titular, en virtud de la cual, podrá rechazar la inscripción de las sociedades mercantiles que se presenten con la suscripción de un capital social insuficiente, en aplicación de criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, igualmente podrá asegurar que los aportes en especie fijados en el Documento Constitutivo, tengan efectivamente el valor declarado, exigiendo el avalúo realizado por un perito independiente colegiado, si fuere necesario, podrá exigir la indicación del domicilio de la sociedad a efectos legales y podrá homologar o rechazar el termino de duración de la sociedad, respetando la manifestación de voluntad de los socios, a menos que la duración sea estimada excesiva.

Con todo ello, y una vez constituida la Sociedad Anónima, con el registro y publicación de su Documento Constitutivo y los Estatutos Sociales ante el Registro Mercantil correspondiente, y la consecuente adquisición de su «**personalidad jurídica**» independiente a sus asociados, le son aplicables las normas mercantiles propias para su funcionamiento, a partir de las cuales, esta Sociedad Mercantil se ha convertido en la más seleccionada en el mundo comercial, gracias a las diversas ventajas que proporciona.

Así, en estas Sociedades, la **responsabilidad social** recae únicamente en cabeza de la Sociedad Anónima como sujeto de derecho y de obligaciones (independiente), al no privar la identidad de sus asociados sino el capital que los respalda, a partir del cual, será el ente societario el que deberá solventar las deudas u obligaciones sociales. Asimismo, esta compañía ofrece ventajas para sus asociados, pues al estar su capital social representado por

[320] Pautadas en el Artículo 57, del DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.422, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.156 Extraordinario, de fecha 19 de Noviembre de 2014.

acciones nominativas[321] de igual valor, estas se presentan como títulos negociables que pueden ser transferidos por sus accionistas titulares, salvo las excepciones establecidas en los Estatutos Sociales, siempre que consten dichas negociaciones en el Libro de Accionistas[322] y en el expediente respectivo llevado por el Registro Mercantil[323].

Así, las acciones en la Sociedad Anónima, en acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012):

> … representan una parte alícuota del capital social. [Donde] Los estatutos pueden establecer la pluralidad de las clases de acciones, por ejemplo, las acciones **comunes** por un lado y las **preferentes** por otro [que como su nombre lo indica, pueden tener ciertas preferencias frente a los asuntos sociales]
>
> También pueden emitirse acciones con más de un voto o con otras particularidades si así consta en los estatutos.[324]

En todo caso, las acciones otorgan a sus titulares **derechos y obligaciones** a ser ejercidos y cumplidas en el entorno social, con base a lo cual, el suscriptor de ellas, es responsable del pago total del monto de la acción que haya sido fijado en los Estatutos Sociales, debiendo pagar su totalidad en el lapso fijado por la sociedad mercantil en los mismos estatutos, de no haberlo hecho en el momento de su suscripción[325]; en caso de impago de las cuotas

---

[321] Aunque el Código de Comercio de Venezuela aun fija que las acciones en las compañías anónimas pueden ser nominativas o al portador, debe tenerse en cuenta que solo se pueden expedir por las compañías anónimas y por las sociedades en comandita por acciones, las «acciones nominativas», en virtud del Decreto Nº 527 del 15 de enero de 1.995, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 35.632 por del cual se ratifica la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de la Comunidad Andina de Naciones (antes Pacto Andino) vigente en el país.

[322] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 260.1 y 296.

[323] En aplicación del Artículo 52.1 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Registros y del Notariado y el Artículo 19 de la Resolución Nº 019 mediante la cual se establecieron los Requisitos Únicos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocios Jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías.

[324] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.176.

[325] Dicho pago lo debe efectuar el accionista o socio fundador o el nuevo accionista que la adquiera de éste, en virtud de que como lo exponen Garay J. y Garay M. (2.012) ‘‘la deuda viaja con la acción’’. GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit.* p.177.

debidas, la sociedad puede hacerlas vender por cuenta del accionista o su cesionario, sin perjuicio del derecho que tiene la sociedad de obrar contra éstos para el pago total de la suscripción, puesto que el adjudicatario de la acción se subroga en todos los derechos y obligaciones del accionista, sin embargo, si puesta en venta las acciones no obtuvieran oferta, la compañía puede anularlas, aprovechándose de los pagos hechos a cuenta de ella[326].

Así, la acción en las Compañías Anónimas, en acuerdo con Pérez A. (2.016):

> … se define como un valor mueble o mobiliario… [cuya posesión] permite al accionista participar en las Juntas Generales [o Asamblea de Accionistas], recibir dividendos de dichas acciones, y además poder ser suscriptor preferente de acciones nuevas,… [así como el] derecho a la cuota de liquidación, derecho de información, derecho de asistencia y voto en las juntas de accionistas, derecho de transmisión, derecho de impugnación de acuerdos sociales, derecho de separación, derecho de representación proporcional en el consejo [así como los demás derechos fijados en los Estatutos Sociales]… a su vez [el accionista], tendrá la obligación de soportar las pérdidas en iguales proporciones....[327]

Además, como lo explica Pérez A. (2.016), la ‘‘sociedad anónima puede brindar a sus accionistas distintos tipos de acciones, que le[s] otorguen distintos derechos y/u obligaciones’’[328], por lo que la compañía no está limitada a emitir solo un tipo accionario entre los distintas existentes, sino que la empresa, podrá establecer en sus Estatutos Sociales la emisión de los distintos tipos de acciones que se vayan ajustando a sus objetivos societarios, así pueden ofrecer por nombrar algunas[329], acciones con valor nominal, acciones de valor contable, acciones ordinarias, acciones privilegiadas, acciones de valor de mercado, acciones preferentes, acciones

[326] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 294 y 295.
[327] PÉREZ, Ana (2016). ¿Qué tipos de acciones hay?, *Finanzas y Economía*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 06 de Junio de 2020. Disponible en: www.finanzzas.com/tipos-de-acciones p.2.
[328] *Ibidem*. p.3.
[329] *Vid*. PÉREZ, Ana. *Op. Cit.*

sin derecho de voto, acciones de industria, acciones nuevas, acciones rescatables, acciones liberadas, acciones clase oro, entre otras más.

Mientras que, en lo relativo a su titularidad, en Venezuela no se permiten acciones al portador[330], con lo cual, en éste ordenamiento jurídico las acciones emitidas por las Compañías Anónimas, independientemente del tipo de acción que sea, es decir, independientemente del régimen empleado para determinar su valor o de los derechos, ventajas o limitaciones que emanen de ellas, deberán ser siempre nominativas, es decir, deberá constar la titularidad de quien las detente, en cuyo efecto la expedición y entrega por parte de la Sociedad Mercantil, deberá constar en el Libro de Accionistas de la empresa y los demás documentos y expedientes que requiera el Sistema Registral establecido para la transferencia de las acciones nominativas en Venezuela[331].

En virtud de ello, la empresa solo reconocerá como titular de sus acciones a quien figure en los respectivos asientos, a cuyo efecto se deberá tener presente las disposiciones contenidas en el Código de Comercio venezolano, para la transmisión de acciones, en relación a «la regla general del artículo 150 *eiusdem* sobre la cesión de los derechos contenidos en títulos nominativos y en lo relativo a la regla particular del artículo 296 del mismo Código, sobre la cesión de acciones nominativas de Sociedades Anónimas»[332], así como, las establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado[333].

---

[330] DECRETO Nº 527. Por del cual se ratifica la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de la Comunidad Andina de Naciones (antes Pacto Andino), de fecha 15 de enero de 1.995, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 35.632.

[331] *Vid*. MORLES, Alfredo. (2005). El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima. *Op. Cit.*

[332] *Vid*. MORLES, Alfredo. (2005). El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima. *Op. Cit*.

[333] DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.422, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.156 Extraordinario, de fecha 19 de Noviembre de 2014.

Sin embargo, como lo explica Morlés A. (2.005), la **cesión o traspaso de acciones** en una Sociedad Anónima venezolana y las solemnidades requeridas en este proceso, es un tema controvertido, por lo que en lo referente a su naturaleza jurídica, expresa:

> La cesión (como la llama el Código de Comercio), el traspaso (como lo califica la doctrina venezolana), o la transferencia (*transfert*, en sus orígenes) es un negocio de transmisión o cambio de titularidad de un derecho, pero no es un contrato de enajenación. Esa transferencia tiene un carácter similar al endoso en los títulos cambiarios, pues es una simple *declaración* (así la llama el mismo artículo 296) por medio de la cual se produce la investidura del nuevo titular, tal como ocurre en otros actos registrales o cambiarios. Esto no quiere decir que la transferencia no esté precedida de o acompañada por un pacto simultáneo de enajenación, es decir, de un pacto subyacente. La distinción entre el acto de transmisión y el pacto de enajenación radica en que el primero es un *acto abstracto* y el segundo es un *negocio causal*.
>
> [En razón de lo cual,] La doctrina ha discutido ampliamente acerca de la naturaleza jurídica de la operación de transmisión, para saber cómo el derecho ha podido pasar del cedente al cesionario sin que haya habido entre las partes una cesión de crédito o, en otras palabras, sin que el pacto subyacente se manifieste.[334]

Aun así, de conformidad con el mencionado Decreto Ley de Registro Público y del Notariado, las ventas de acciones en Compañías Anónimas deben inscribirse ante el Registro Mercantil, siendo en todo caso, como lo resume Morlés A. (2.005):

> El examen de las disposiciones legales que regulan la cesión de acciones nominativas de sociedades anónimas en Venezuela, especialmente el artículo 296 del Código de Comercio; el análisis de las opiniones de los autores nacionales; y la revisión de los pronunciamientos de la jurisprudencia, permiten llegar a la conclusión de que el sistema establecido en la citada disposición legal no es excluyente de otros que sirvan el mismo propósito y surtan los mismos efectos…

[334] MORLES, Alfredo. (2005). El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima. *Op. Cit*.

> [Por los que en todo caso,] Las operaciones de compraventa que cedente y cesionario pacten mediante documentos o acuerdos privados son perfectas desde el momento en que sean concertadas; y surten efectos frente a la sociedad y frente a los terceros desde el momento en que fueren hechas las notificaciones sustitutivas de las respectivas inscripciones en el Libro de Accionistas… [Y la ulterior presentación ante el] Registro Mercantil para su inscripción en éste y su posterior archivo en el expediente de la sociedad. De esa manera, cedentes y cesionarios crearán en favor de los contratos que constan en los documentos inscritos en el Registro Mercantil una presunción *iuris et de iure* de conocimiento universal que nadie podrá desvirtuar y ningún juez desconocer.[335]

Por otra parte, en lo referido a la **multipropiedad de acciones**, es decir, si una acción nominativa se hace propiedad de varias personas, sea en virtud de acuerdos privados entre los socios o accionistas (lo cual encuadraría en un tipo de contrato parasocial) o como consecuencia de una sucesión hereditaria, la compañía no está obligada a inscribir, ni a reconocer sino a una sola de ellas, por lo que en dicho caso, los copropietarios deberán designar a uno de ellos como **único dueño** ante la empresa[336], por lo que como lo refieren Garay J. y Garay M. (2.012) los comuneros ‘‘tendrían que nombrar a uno de ellos para que ejerza los derechos de voto en nombre de todos. Así pues, los copropietarios deberán ponerse de acuerdo entre ellos para ver a quién nombran’’[337].

Ahora bien, en aquellas Compañías Anónimas emisoras de títulos o instrumentos financieros, que estén autorizadas para ofertar en el Mercado de Valores, la suscripción accionaria puede no ser hecha a través de los medios tradicionales, es decir, por la entrega física del título, puesto que por el dinamismo propio de dicho entorno se hará difícil que la adjudicación de las acciones se lleve a cabo de ése modo, por ello, en estos casos se

[335] MORLES, Alfredo. (2005). El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima. *Op. Cit.*
[336] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 299.
[337] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.180.

manejan las llamadas **Anotaciones en Cuenta**; que son, de acuerdo con Pedrosa (2020):

> … una operación de carácter financiero que consiste en el registro de un movimiento contable por parte de una entidad financiera emisora.
>
> A grandes rasgos, la anotación en cuenta representa una forma de registrar contablemente por parte de una entidad emisora los títulos o valores, cotizados en Bolsa o no, generalmente en forma de registros informáticos. Esto, en una cuenta destinada a ello.
>
> … [Éstas] fueron puestas en marcha a finales de los la década de los 80, sustituyendo al papel como demostración de la compra y venta. En términos generales, la anotación en cuenta es un apunte de carácter contable…[338]

Así, entre las ventajas que presentan las Anotaciones en Cuenta para algunos, en acuerdo con Pedrosa. (2020), está la sustitución física del papel, aunque la Entidad Gestora, es decir, quien emite estas anotaciones, deberá llevar el registro de los valores emitidos de manera individual, lo cual viene a constituir los comprobantes formalizados a nombre del titular del derecho, pero éstos comprobantes no representan al título, sino que acreditan su propiedad nominal mediante la anotación, por lo que éstos no se pueden enajenar o negociar[339].

En razón de ello, como lo explican Garay J. y Garay M. (2.012) y en lo relativo a estas operaciones en Venezuela, se debe tener en cuenta lo dispuesto por la Ley de Cajas de Valores…

> … la cual no ha sido derogada por la Ley del Mercado de Valores del 2010 [ni por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores de 2015] salvo en los artículos de las sanciones. [Por lo que] Según el artículo 5 de la Ley de Cajas se

[338] PEDROSA, Steven J. (2020). Anotación en Cuenta. *Economipedia*: *Educación Financiera y de Economía.* [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 09 de junio de 2.010. Disponible en: https://economipedia.com/definiciones/anotacion-en-cuenta.html p.1.
[339] *Ibidem*.

> prevé que la venta de títulos valores pueda asentarse en la forma de **anotaciones en cuenta** que llevará la empresa que tenga autorización para actuar en Caja de Valores… A su vez el art 22 dispone que ‘‘la transmisión de valores será **oponible a terceros** desde el momento en que se haya participado el asiento contable correspondiente en la Caja de Valores’’.[340]

Deduciéndose que en cada caso concreto, deberán proceder las reglas de transmisión de títulos que aseguren su correcta validez y oponibilidad, teniendo en cuenta la figura de la cesión de crédito y anotaciones en cuenta para empresas con movimientos accionarios importantes o de capital abierto, así como la figura de compraventa de acciones y su respectivo respaldo en el Libro de Accionistas más común de empresas con capital cerrado, como se explicó.

En todo caso, en el desarrollo de estas transacciones el órgano administrativo de la Sociedad Anónima, deberá tener la precaución de no disponer de aquellas Reservas Sociales[341] que por imperativo legal se deben establecer, y que por prohibición normativa no se pueden colocar en acciones u obligaciones de la compañía, ni en propiedades para el uso de ella.[342]

Por otra parte, se suma como rasgo característico atractivo de las Compañías Anónimas, que las **Funciones Administrativas** pueden ser desempeñadas por socios o no socios, sin que ello implique responsabilidad solidaria de éstos con las obligaciones sociales de la compañía; exceptuándose solamente la responsabilidad solidaria de éstos entre sí y

[340] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.296.
[341] La Sociedad Anónima anualmente deberá separar una cuota del cinco por ciento (5%), por lo menos, de los beneficios líquidos de la compañía, para formar un Fondo de Reserva, hasta que este fondo alcance a lo prescrito en los Estatutos Sociales, que en todo caso, no podrá ser menor al diez por ciento (10%) del Capital Social suscrito, el cual mientras no exista la necesidad de usarlo, podrá ser colocado solo en valores de cómoda realización. *Vid*. Código de Comercio de Venezuela, Artículo 262.
[342] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 262.

frente a los accionistas, si hay un mal desempeño de las funciones administrativas[343], en cuya prevención, al momento de principiar en sus cargos, los administradores deben realizar un depósito de acciones en garantía, cuya cantidad estará determinada en los Estatutos Sociales[344].

Tal como lo resumen Garay J. y Garay M. (2.012):

> Los administradores, o sea quienes llevan la alta dirección del negocio responden, solidariamente si son varios, de los extremos que menciona el **art 266** [del Código de Comercio]. En las pequeñas y medianas empresas normalmente no suele haber varios administradores sino uno solo nombrado por la asamblea de accionistas, pero en empresas muy grandes suele haber varios.
>
> La responsabilidad solidaria implica que cada uno responde por el total. Tanto en la anónima como en la limitada [de la que se hablará *infra*] hay separación patrimonial absoluta entre la sociedad y los socios, pero esto no se extiende a los administradores pues ellos responden solidariamente con sus propios bienes por las infracciones que cometan…
>
> En los bancos y grandes empresas, el responsable de la administración es el **Consejo de Administración** de la empresa y la responsabilidad del art 266 también recae sobre dicho consejo. Si los actos impropios hubieran sido autorizados u ordenados por el Consejo de Administración, los consejeros que votaron a favor de la medida también serían responsables y creemos que solidariamente quedando exentos quienes hubieran salvado su voto e informado al comisario de la sociedad (**art 268** [del Código de Comercio]).[345]

Así, en las Compañías Anónimas, en acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012) ‘‘el administrador no contrae por razón de su trabajo ninguna

[343] Así lo establece el Código de Comercio de Venezuela, en su Artículo 266, el cual dispone que ‘‘Los administradores son solidariamente responsables para con los accionistas y para con los terceros:
1º De la verdad de las entregas hechas en caja por los accionistas.
2º De la existencia real de los dividendos pagados.
3º De la ejecución de las decisiones de la asamblea.
4º Y en general, del exacto cumplimiento de los deberes que les imponen la ley y los estatutos sociales. ’’

[344] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 244.

[345] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.159.

obligación personal por los negocios de la sociedad que administra. Solo responde en caso de trasgresión de sus facultades [y en la medida de sus faltas]. ‘’[346] De manera que, los Administradores, no pueden realizar otras operaciones que las expresamente establecidas en el contrato social; por lo que en caso de infracción a lo dispuesto, son responsables personalmente, tanto para los terceros como para la sociedad[347].

Siendo que, los Administradores constituyen el «órgano administrativo»[348] de las Compañías Anónimas y son designados en sus cargos, por nombramiento hecho en Asamblea de Accionistas, debiéndose en sus funciones, a lo que los Estatutos Sociales les determinen, en cuyo orden, si los mismos no disponen otra cosa, durarán en sus funciones dos (2) años, siendo siempre reelegibles[349]; los administradores o la Junta Directiva, como también se les suele llamar, se convierten en los representantes[350] de la Sociedad Anónima, pues como lo expone Medina F. (2.013) “este órgano social asume una función externa a partir de la toma de decisiones dentro de la estructura social, mediante la cual hacia afuera, personifican jurídicamente a la sociedad mercantil encargándose de desarrollar materialmente el objeto social’’[351].

---

[346] *Ibidem*. p.146.
[347] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 243.
[348] Ello es así aunque el Código de Comercio venezolano se refiere a los administradores como mandatarios de la compañía, puesto que en la realidad jurídica éstos constituyen un órgano de la sociedad mercantil, con lo cual, como lo expresan Garay J. y Garay M. (2.012) ‘‘la palabra ‘‘mandato’’… [del artículo 243 *eiusdem*] no es jurídicamente correcta’’. GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.146.
[349] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 267.
[350] En virtud de lo cual, le son aplicables las disposiciones del Código Civil de Venezuela, referentes a la Representación, en especial atención a lo pautado en el Artículo 1.171 el cual dispone que ‘‘ninguna persona puede, salvo disposición contraria de la Ley, contratar consigo mismo en nombre de su representado, ni por cuenta propia, ni por cuenta de otro, sin la autorización del representado. En todo caso, éste puede ratificar el contrato. ’’
[351] MEDINA, Flor M. (2013). Medios de Impugnación de las Decisiones de las Juntas Directivas de las Sociedades Anónimas en Venezuela. Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2019. Disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS7665.pdf pp.11-13.

En base a lo cual, los Administradores además de llevar los **libros** prescritos para todo comerciante, tienen el deber de llevar el mencionado Libro de Accionistas, así como el Libro de Actas de la Asamblea y el Libro de Actas de la Junta de Administradores; debiendo constar en el primero, el nombre y domicilio de cada uno de los accionistas de la empresa, con expresión del número de acciones que posea en la compañía y de las sumas que haya entregado por cuenta de las acciones, tanto por el capital suscrito inicialmente, como por cualquier aumento posterior, así como las cesiones que de dichas acciones se hagan. Teniendo en cuenta además, que cuando los administradores son varios, se requerirá para la validez de sus deliberaciones, la presencia de la mitad de ellos, por lo menos, salvo que estatuariamente, se disponga otra cosa, donde siempre los presentes decidirán por mayoría de número.[352]

Por tanto, los administradores para el buen desempeño de sus labores dentro de la gestión administrativa de la empresa, podrán tener bajo su orden, a Directores, Gerentes y Representantes, quienes de acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012):

> … son también responsables de negligencia y por los actos ilícitos que cometan aunque hubieran actuado según órdenes superiores.
>
> Entre las obligaciones fiscales [que recaen sobre éstos sujetos] ésta la de comunicar a la Administración del Impuesto sobre la Renta los cambios de administradores y directores de la empresa (Cód Tributario, art 35.1) y también al Instituto del Seguro Social pues la omisión tiene sanción.[353]

Ahora bien, las actuaciones de los Administradores, se supeditan siempre a las decisiones de la **Asamblea de Accionistas** que funge como máximo órgano de deliberación social, por lo que como lo postula Medina F. (2.013):

[352] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 260.
[353] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.160.

> … la Junta Directiva es el órgano ordinario de ejecución y representación de la Asamblea General de Socios, a la que suplirá en los periodos que medien entre sus sesiones; lo que pone de manifiesto, la subordinación que ésta tiene frente a la Asamblea de Socios o Asamblea General de Accionistas… [354]

Por tanto, la Asamblea de Accionistas en acuerdo con Medina F. (2.013):

> … implica la necesidad de la sociedad anónima de que sus socios se reúnan en forma periódica [en los tiempos fijados en los Estatutos Sociales o de manera ocasional cuando así lo requieran determinados asuntos,] para la deliberación y toma de decisiones dirigidas a lograr los fines u objetivos previstos en el contrato social, ergo, la asamblea es el acto mediante el cual los socios en su totalidad o en representación se reúnen y discuten los fines de la sociedad anónima, los objetivos logrados y los objetivos por lograr.[355]

Por ello, es necesario que la Asamblea de Accionistas se constituya válidamente, de acuerdo con lo cual, ésta deberá celebrarse solo por convocatoria hecha por los administradores de la empresa por medios de difusión masiva establecidos en la Ley o por aquellos medios previamente acordados, siguiendo siempre, los preceptos normativos dispuestos a tal fin[356]; así, de estas reuniones emanarán los «**Acuerdos Sociales**» que serán aquellas máximas de la Sociedad Mercantil, que de acuerdo con Medina F. (2.013) tendrán efecto de ‘‘Ley para todos los socios y hasta para terceros que contraten de cualquier forma u obtengan compromisos extracontractuales [con la Compañía]’’[357].

Por lo anterior, y como mecanismo de seguridad jurídica, el Código de Comercio fija que tanto para la constitución de la Asamblea de Accionistas,

[354] MEDINA, Flor M. *Op. Cit*. p.13.
[355] *Ibidem*. p.24.
[356] Establecidos en el Código de Comercio de Venezuela, en su Artículo 277, el cual dispone que la asamblea, sea ordinaria o extraordinaria, debe ser convocada con cinco (5) días de anticipación por lo menos al fijado para su reunión, además de que en la convocatoria se debe enunciar el objeto de la reunión, por lo que toda deliberación sobre un objeto no expresado en ésta será nula.
[357] MEDINA, Flor M. *Op. Cit*. p.18.

como para la toma de decisiones generadas en el proceso deliberativo de estas reuniones, se debe verificar la presencia de los **quórums** o mayorías necesarias, siendo entonces que en dependencia del asunto a tratar, para la Asamblea y para los Acuerdos Sociales se requerirá quórum simple[358] o calificado[359].

Debe tenerse presente entonces, lo que refieren Garay J. y Garay M. (2.012):

> Una cosa es el **quórum** necesario para que sea **válida la asamblea**… y otra **diferente** es la **cantidad de votos favorables** que hacen falta para que sean **válidas las decisiones** tomadas en dicha asamblea. En otras palabras, **una asamblea puede ser válida** por estar constituida con el número de socios necesarios **pero sus acuerdos pueden ser no válidos** si no se tomaron por la mayoría necesaria.[360]

[358] Aquel que represente más de la mitad del Capital Social (más del 50%), el cual es de dos tipos: Quórum de Presencia y Quórum de Decisión, ambos independientes entre sí, el primero está determinado por la «presencia de accionistas», será la mayoría requerida para la discusión de asuntos que no modifiquen la estructura corporativa de la sociedad, ni su duración, ni su capital social, y sobre el cual se podrán celebrar válidamente las Asambleas de Accionistas que no requieran presencia calificada (*Vid*. Código de Comercio de Venezuela, Artículo 273); mientras que el segundo, alude a la cantidad de «votos de accionistas» requerido para la toma de decisiones que no requieran aprobación calificada, por lo que los asuntos sometidos a discusión cuyo debate no exigiera la presencia calificada, o que el mismo proceda por segunda convocatoria se aprobaran por quórum simple, es decir, por la aprobación de la mitad más uno de los presentes, salvo ciertas exigencias posteriores (respecto a éste tipo, el Código de Comercio de Venezuela guarda silencio, solo lo regula en lo referente a las segundas asambleas en el Artículo 281, único aparte).

[359] Al igual que el Simple, éste también puede ser de dos tipos: el Quórum Calificado de Presencia, es el exigido para la discusión de decisiones de gran importancia para la compañía, que hacen necesaria que estén presentes en la deliberación un numero de accionistas que en conjunto detenten por lo menos las «tres cuartas (3/4) partes» del Capital Social (un mínimo el 75%), entre los asuntos sometidos a esta regla están la disolución anticipada de la sociedad, la
prórroga de su duración, la fusión la sociedad con otra, la venta del activo social, el reintegro, aumento o reducción del capital social, el cambio del objeto social de la empresa, la reforma de los Estatutos Sociales en lo referente a dichas materias y aquellos otros casos especialmente designados por la Ley o por los mismos Estatutos; mientras que el Quórum Calificado de Decisión, será el necesario para la aprobación de estos mismo asuntos, los cuales solo podrán ser aprobados si así lo consienten un numero de accionistas que al menos representen la mitad del capital social (50%) (*Vid*. Código de Comercio de Venezuela en el Artículo 280).

[360] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.162.

En razón de lo cual, a los accionistas de la Sociedad Anónima (igual que en las demás sociedades) les corresponde verificar el cumplimento de estos preceptos, pues en aplicación de los mismos, ante Asambleas constituidas en desapego al quórum requerido o en las que previamente no se haya verificado las convocatorias reglamentarias, podrá cualquier socio o accionista ejercer demanda de nulidad, cuya acción se extinguirá o caducará al vencimiento del lapso de un (1) año, contado a partir de la publicación del acto inscrito.[361]

Mientras que, a los Acuerdos Sociales manifiestamente contrarios a los Estatutos o la Ley, le puede hacer oposición todo socio ante el órgano jurisdiccional competente en el lapso perentorio de quince (15) días, contado a partir de la fecha en que se dé la decisión, en cuyo efecto el Juez de Comercio oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, podrá suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva Asamblea de Accionistas para decidir sobre el asunto.

Por el contrario, si los Acuerdos Sociales son válidos, por suscribirse en apego con los Estatutos Sociales y la normativa vigente, entonces son obligatorios para todos los socios, aún para los que hayan votado en contra del acuerdo y aún para los que no hayan asistido a la Asamblea Accionistas[362], salvo ciertas excepciones[363].

[361] Artículo 56 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Registros y del Notariado.
[362] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 289.
[363] En virtud de que en aplicación del Artículo 282 del Código de Comercio de Venezuela, en los supuestos de que la Asamblea de Accionistas acuerde el reintegro o en el aumento del capital, o en el cambio del objeto de la compañía, el socio o accionista disconforme, tiene el derecho a separarse de la Sociedad, obteniendo el reembolso de sus acciones, en proporción del activo social según el último balance social aprobado; en todo caso, no se aplicará esta excepción si la oposición del socio se configura por la negativa al aumento de capital social que se efectuara por la venta de nuevas acciones.

En todo caso, de las reuniones de Asambleas se deben levantar Acta que contenga el nombre de los concurrentes, con los haberes que representan y las decisiones y medidas acordadas, la cual deberá ser firmada por todos en la misma Asamblea[364]; no obstante, según Sentencia de Casación (2.005), se dictaminó que aunque no se expida la mencionada acta, igualmente la asamblea sigue siendo válida (*Apud*. Garay J. y Garay M. (2.012).)[365], empero, ésta deberá disponer de los medios de prueba necesarios que hagan constar la celebración de la asamblea respectiva, así lo ratifica la Sala de Casación Civil (2.017) en los siguientes términos:

> De conformidad con la doctrina y jurisprudencia de la Sala, en interpretación del artículo 283 del Código de Comercio, la falta de acta, de haberes o de firma de los presentes en las reuniones de asambleas ordinarias o extraordinarias no invalida o acarrea su nulidad, pues ellas sirven para demostrar el hecho de que la asamblea se celebró, y en caso que está no esté no invalida las deliberaciones adoptadas en la misma, pues se podrá probar con otra gama de pruebas que demuestren que se celebró la asamblea y sus acuerdos.[366]

Ahora bien, en búsqueda de su validez, antes de la celebración de las Asambleas de Accionistas, deben los Administradores de la compañía a partir de la convocatoria a la asamblea, suministrar la información necesaria a todos los socios para la correcta deliberación de los asuntos a tratar en la misma, como lo resumen Garay J. y Garay M. (2.012):

> No sería justo que los accionistas asistieran a la asamblea sin saber detalles de los problemas que se van a debatir [por ello,] los administradores están obligados a poner a su disposición los datos

[364] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 283.
[365] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.170.
[366] VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia Nº RC.000158, 05-04-2017, (Alberto Armeni vs. Construcciones Habitacionales de Oriente Construhabita C.A., demanda de Nulidad de Asamblea). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. [Base de datos en línea] Fecha de consulta: 27 de mayo de 2.020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/197512-RC.000158-5417-2017-16-885.HTML

> que el artículo [284 del Código de Comercio venezolano] señala como el balance, informe del comisario, etc.[367]

En cuyo orden, cualquier socio que no se crea suficientemente informado sobre las materias sometidas a la deliberación, pueden solicitar que la reunión se difiera por tres (3) días, sin que pueda mediar la oposición de los demás accionistas[368], aun cuando quien solicite dicho diferimiento sean accionista minoritario, pues así lo dispone sentencia venezolana dictada por del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en interpretación de las disposiciones contenidas en los artículos 261, 284, 287, 290, 291, 305, 306, 310, 311 del Código de Comercio venezolano[369].

Dicha Sala Constitucional (2.006) sostiene el sagrado **Derecho de Información** que deben tener todos los socios, independientemente del porcentaje accionario que representen, está íntimamente vinculado a su Derecho a la Propiedad sobre las acciones que posee en la compañía y por ello, no caben duda, en cuanto a que el acceso a tal información tiene sustrato constitucional[370].

---

[367] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.170.

[368] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 288.

[369] VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº 1420, 20-07-2006. (Milagros Coromoto de Armas Silva de Fantes ante Sala Constitucional por Amparo Constitucional con fundamento en el Artículo 28 de la Constitución Nacional). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. [Base de datos en línea] Fecha de consulta: 27 de mayo de 2.020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1420-200706-05-2397.HTM

[370] Por tanto, establece la Sala Constitucional (2.006), que los socios, independientemente del número de acciones que posean, podrán examinar los libros, soportes y antecedentes del balance en unión de expertos contables, que les garanticen poder entender cabalmente el balance, por lo que el Derecho de Propiedad del socio sobre los haberes de la compañía, no se limita al examen o análisis de los documentos que acompañen los Comisarios al balance, sino el acceso informativo de la propia contabilidad, ya que es ésta la verdadera justificación del balance; de acuerdo con lo cual resultaría perjudicial para los Accionistas Minoritarios, que solo pudieran acceder a lo informado por los Comisarios, quienes son nombrados por los Accionistas Mayoritarios que gobiernan la sociedad. Empero, a pesar de que la Sala Constitucional del TSJ reconoce el Derecho a la Información que tienen los socios y que les garantiza el cabal Derecho al Voto en las Asambleas de Accionistas, en lo referente a la aprobación o rechazo de las cuentas u otros acuerdos que en ellas se sometan a consideración, entiende que el mismo sólo puede ser ejercido dentro de los

De acuerdo con lo cual, los Administradores deberán presentar a los Comisarios, con un (1) mes de antelación por lo menos, al día fijado para la celebración de la Asamblea de Accionistas que ha de discutirlo, el **Balance Social General** respectivo con los documentos justificativos, debiendo indicar en ellos claramente el capital social realmente existente, es decir, deberá expresar, el monto del capital social, ya enterado en caja y el monto que aun falte por cancelar, reflejando con certeza y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas, debiendo fijar las partidas del fondo social por el valor que realmente tengan o se les presuma, sin darle valor a los créditos incobrables[371].

Así, el Código de Comercio venezolano, además de las anteriores menciones, también impone otras disposiciones como las señalan Garay J. y Garay M. (2.012):

> … para que el balance se ajuste a la realidad patrimonial de la sociedad. [Sin embargo] El Código parece englobar en una sola frase lo que es el *balance* de la empresa y el *estado de ganancias y pérdidas*. Pero en la práctica son dos documentos:
>
> El **primero**, o sea el ***balance***, refleja la situación financiera de la empresa en un momento determinado p.e. el último día del ejercicio fiscal, e indica todo lo que tiene (el activo), lo que debe en ese momento (el pasivo), así como la cifra de capital y de ganancias o pérdidas, tanto acumuladas de años anteriores como las del ejercicio.
>
> El **segundo** es el ***estado de ganancias y pérdidas*** del año fenecido, donde constan detalladamente todos los ingresos y los egresos o gastos habidos. La diferencia será la ganancia o pérdida habida en el ejercicio, cifra está que, como dijimos, está reflejada en el balance.

---

quince (15) días anteriores a la celebración de la Asamblea, puesto que de efectuarse durante todo el Ejercicio Económico, o cada vez que el accionista lo deseare, resultaría riesgoso para la Sociedad, ya que secretos mercantiles o individuales podrían quedar vulnerados, además de que se podría entrabar el funcionamiento contable de la sociedad. *Vid*. VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº 1420, 20-07-2006. *Op. Cit*.

[371] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 304.

> Como se ve, el balance indica el estado patrimonial de la empresa en ese momento; y el estado de ganancias y pérdidas indica cómo le ha ido en el último ejercicio anual.[372]

A partir del cual, se obtendrá la cuantía de los **dividendos** que se podrán repartir entre los socios o accionistas de la compañía[373], los cuales, no podrán ser, sino por las utilidades líquidas y recaudadas[374], como lo explican Garay J. y Garay M. (2.012), aquellas que estén:

> … en dinero efectivo y ya ingresadas en caja, nada de promesas de un dinero o ganancias que están por verse como sería **por ejemplo** querer convencer a los accionistas de que tal negocio va a resultar un éxito y dejará tanta ganancia que puede repartirse desde ya.[375]

Es necesario entonces, de acuerdo a lo anterior y para el correcto ejercicio del Derecho de Información referido, que una copia de dichos documentos se depositen en las oficinas de la compañía con quince días (15) de antelación a la reunión de la Asamblea de Accionistas correspondiente, debiendo permanecer allí hasta que esté debidamente aprobado, para que todo aquel que acredite cualidad de socio de la empresa, pueda acceder a los mismos y pueda ejercer su derecho, y examinar ambos documentos[376].

Sumado a todo lo anterior, las funciones administrativas de la Sociedad Anónima, deben estar bajo la inspección y vigilancia de profesionales nombrados al efecto por los mismos accionistas, estos sujetos son los llamados **Comisarios**, quienes para el correcto desempeño de su cargo, deberán ser Licenciado en Administración, Economista o Contador Público[377].

---

[372] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. pp.184-185.
[373] Siempre que, en acuerdo con Casación Civil (1990), el balance haya sido aprobado válidamente por la Asamblea de Accionista (*Apud*. GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.186).
[374] Código de Comercio venezolano, Artículo 307.
[375] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.186.
[376] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 305 y 306.
[377] NORMAS INTERPROFESIONALES PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE COMISARIO. Resolución emanada de la Federación de Colegios de Licenciados en

Los Comisarios tienen el derecho ilimitado de control sobre todas las operaciones de la sociedad, por lo que, pueden hacer revisión de los libros administrativos y contables de la empresa, de la correspondencia, y de los demás documentos de la sociedad[378]; por lo que, en correlación, deberán revisar los balances sociales y emitir sus informes explicativos, (los cuales también se deberán depositar en las oficinas de la compañía antes de la celebración de la Asamblea), así como asistir a las Asambleas de Accionistas y desempeñar las demás funciones que la Ley y los Estatutos Sociales le atribuyan, custodiando en dichas tareas, el cumplimiento de los deberes en cabeza de los administradores y demás gestores de la compañía, con apego a lo dispuesto en el Documento Constitutivo, Estatutos Sociales y en las normativas vigentes[379].

Sumándosele a esta labor de vigilancia de los Comisarios, el derecho que poseen los accionistas de la empresa, de denunciar ante aquellos los hechos realizados por los administradores que puedan ser censurables, en cuyo orden será deber para los Comisarios hacer constar en el informe a la Asamblea de Accionistas la recepción de las denuncias, así como los hechos denunciados; en virtud de esto, establece la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2.006) que ante la acusación de cualquier accionista[380] deben los Comisarios investigar los hechos acusados y contestar al denunciante, por lo que en caso de reputarse fundados y urgentes los reclamos hechos, los Comisarios deberán convocar a la Asamblea de

---

Administración de Venezuela – FECLAVE (Resolución DN-43/20110923-EP), la Federación de Colegios de Economistas de Venezuela – FEDECON (SERPE 04) y la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela – FCCPV (SECP 6). De fecha 17 de agosto de 2011. Caracas, Venezuela.

[378] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 309.

[379] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 311.

[380] Aunque represente menos del décimo del capital social de la compañía, que era el porcentaje exigido en aplicación de la normativa mercantil, antes de la interpretación constitucional hecha a las disposiciones del Código de Comercio venezolano. *Vid*. VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº 1420, 20-07-2006. *Op. Cit*.

Accionistas para que ésta decida sobre tal punto; siendo en todo caso, que las acciones contra los Administradores por los hechos que éstos sean responsables compete solo a la Asamblea[381] debiéndose limitar los Comisarios nada más a vigilar, informar y convocar.

Empero, como lo resumen Garay J. y Garay M. (2.012):

> El comisario es **elegido** por la **mayoría de los socios** (art 287 [del Código de Comercio]) para que vigile a los administradores, los cuales a su vez han sido elegidos por esas mismas personas, pero como muchas veces los administradores son importantes accionistas tenemos como resultado que los administradores-accionistas terminan eligiendo al comisario que los ha de supervisar. Consecuencia: son pocos eficaces. [Por ello,] Algunas legislaciones modernas europeas han eliminado el cargo de comisario.[382]

Aun así, esta figura jurídica sigue siendo obligatoria en las Compañías Anónimas venezolanas como «órgano de control interno», sin olvidar igualmente que sus funciones, no están desprovistas de supervisión, en virtud de ello, las malas gestiones de los Comisario, al igual que las de los Administradores, pueden ser denunciadas ante instancias judiciales, así lo prevé el Código de Comercio venezolano en su artículo 291, cuya interpretación en el año 2.015, por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, faculta a cualquier socio para denunciar las faltas de los Administradores o Comisarios ante el Tribunal de Comercio, siempre que acrediten debidamente el carácter con el que actúan[383].

---

[381] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 310.
[382] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.187.
[383] VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº 585, 15-05-2015. (Pedro Luis Pérez Burelli, vs. Artículo 291 del Código de Comercio, Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. [Sentencia en línea] Fecha de consulta: 27 de mayo de 2.020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML

En cuyo orden, cuando los accionistas de las Compañías Anónimas tengan sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los Administradores o falta de vigilancia de los Comisarios, podrán solicitar pronunciamiento judicial en proceso de jurisdicción voluntaria, del cual, de verificarse las faltas en el buen desempeño de las funciones administrativas o de control de dichos órganos, podrá el Tribunal ordenar la celebración de una nueva Asamblea de Accionistas.

Se precisa entonces, que en el desempeño de sus funciones ni los Administradores, ni los Comisarios, ni los Gerentes, podrán ser mandatarios de otros socios en la Asamblea de Accionistas, puesto que en éstas como lo exponen Garay J. y Garay M. (2.012) ‘‘a veces hay que votar sobre asuntos en que los administradores [comisarios y gerentes] están involucrados y lógicamente, sería como votarse a sí mismos’’[384].

Tampoco, podrán los Administradores de la Sociedad Anónima adquirir las acciones de la empresa por cuenta de ella, salvo en los casos que, la adquisición sea autorizada por la Asamblea de Accionistas, siempre que se hiciere con sumas provenientes de utilidades regularmente obtenidas según los balances sociales, por lo que, en ningún caso es permitido a la sociedad hacer préstamos o anticipaciones con garantía de sus propias acciones[385].

En este sentido, bien lo explican Garay J. y Garay M. (2.012):

> Que la sociedad adquiera sus propias acciones, p.e. comprándolas en la bolsa o a algún accionista, es una anomalía pues ella no puede ser accionista de sí misma. Ahora bien: Supongamos que hay un accionista muy importante y que conviene a la sociedad. La asamblea de accionistas puede autorizar al administrador que, habiendo dinero suficiente proveniente de utilidades, compre las acciones que ofrece dicho accionista. Una vez compradas, las

[384] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.171.
[385] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 263.

> acciones no pueden quedarse en la empresa, sino que tienen que devolverse al mercado en busca de nuevos accionistas u ofrecerlas a los existentes… [En este caso,] En las asambleas los administradores no tienen derecho de voto por dichas acciones y esto es lógico porque si las acciones en cartera tuvieran voto, podría suceder que los administradores votaran a favor de sí mismos…[386]

Este tipo de acciones, están reguladas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores[387], de acuerdo con el cual, reciben el nombre de **Acciones en Tesorería** y a cuyo efecto para poder ser válidamente adquiridas, deberán cumplir con las condiciones necesarias, entre las cuales figuran, que la adquisición sea previamente autorizada por la Asamblea de Accionistas.

Además, estas acciones deben estar totalmente pagadas y que el monto de la adquisición no exceda del monto de los apartados de utilidades no afectados por la Ley o por los Estatutos Sociales, según los estados financieros consolidados, aunado a que el valor nominal de las acciones adquiridas sumado al valor de las que ya posea la empresa, no exceda del quince por ciento (15%) del capital pagado, representado en acciones comunes emitidas por la sociedad y que la adquisición se efectúe a través de una bolsa de valores; salvo, que la adquisición sea efectuadas por los trabajadores de la empresa en función de programas ofrecidos por la misma sociedad[388].

Por último, en lo referente al Capital Social de la Sociedad Anónima, este puede aumentar o disminuir a lo largo de la vida operativa de la empresa, en

---

[386] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. pp.157-158.

[387] DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2.176, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE MERCADO DE VALORES. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.211 Extraordinario, de fecha 30 de Diciembre de 2015.

[388] *Vid*. Artículos 71 al 75, del Título VI: La Oferta Pública de Valores, en Decreto Presidencial Nº 2.176, con rango, valor y fuerza de Ley de Mercado de Valores.

dependencia de las ganancias, pérdidas o cambios de rumbo de la Sociedad Mercantil, con lo cual, siguiendo a Garay J. y Garay M. (2.012), se podrá hablar de **Aumento de Capital Social** por buenas ganancias, es decir, cuando al cierre del Ejercicio Fiscal de acuerdo al balance social presentado y aprobado, se observe un incremento en los activos de la compañía que los socios deciden incorporar al capital social, pudiéndose hacer: a) mediante la emisión gratuita de nuevas acciones, o b) mediante la capitalización de utilidades o reservas sociales; si por el contrario, la Sociedad Anónima ha presentado grandes pérdidas al cierre, puede decidir: c) vender nuevas acciones, lo que generará un aumento del capital social, a través de la captación de dinero fresco para la compañía, por lo que, esta última modalidad viene a ser una reposición del capital social perdido[389].

Por otra parte, y nuevamente de acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012), la **Disminución de Capital Social** podrá ocurrir de dos maneras: a) por reducción contable, la cual será el movimiento de dinero en la contabilidad de la empresa, en razón que, se eliminarán o anularán cierto número de acciones en igual proporción para cada accionista, por lo que las pérdidas sociales se amortiguarán con la participación accionaria de cada socio; o b) por reducción real, que será una reducción con reintegro de aporte social, entonces los socios recibirán de parte de la empresa una parte de su inversión, pues recibirán el valor monetario de las acciones que la administración de la empresa eliminará[390].

En última instancia, siguiendo a los mismos autores, también los socios podrán optar por la **Reposición del Capital Social**, lo cual harán amortizando o pagando de su bolsillo las pérdidas sufridas por la empresa, y así evitar la reducción nominal del capital social, ya que éste seguirá

[389] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. pp.165-166.
[390] *Ibidem*. pp.167-168.

siendo el mismo, pero implicará que el aporte de cada socio sea realmente mayor al aporte reflejado en los Estatutos Sociales, llamándose también a esta operación Reintegro del Capital Social[391].

1.2.4. Sociedad de Responsabilidad Limitada:

La Sociedad de Responsabilidad Limitada también es una **Sociedad Mercantil de Capital**, que posee diversas similitudes con la Sociedad Anónima, puesto que, en éstas la responsabilidad social también está respaldada por el capital aportado a la sociedad.

Así, en acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012), la Sociedad de Responsabilidad Limitada, se instauro en la legislación mercantilista como una opción más viable para los comerciantes de la segunda mitad del siglo XIX, pues se presentaban más exigentes las disposiciones de las sociedades anónimas en dicha época, por ciertos requerimientos especiales, ‘‘permisos y restricciones’’ que no estaban al alcance de todos, convirtiéndose las sociedades de Responsabilidad Limitada en una suerte de Sociedad Anónima más sencilla y accesible[392].

Así, siguiendo a Garay J. y Garay M. (2.012):

> … surgió en Alemania la idea de crear en la ley un tipo de sociedad que exigiera menos capital y gastos de instalación pero que gozara de la importante ventaja de la anónima que es, como sabemos, limitar la responsabilidad de lo socios a lo puesto en la sociedad. Así nació en Alemania la sociedad llamada de *responsabilidad limitada* para diferenciarla de otras sociedades modestas, como las de nombre colectivo (art 227 de nuestro Código de Comercio) o la comanditaria (art 235) en las que los socios responden con sus propios bienes o sea, que responde sin limitaciones.

[391] *Ibidem*. p.168.
[392] *Ibidem*. pp.192-193.

> … Con los años este tipo de sociedad se extendió por Europa y América Latina. En Venezuela fue incorporada en nuestro Código y tuvo cierta difusión en los años cincuentas y sesentas del siglo XX porque pagaban por impuesto sobre la renta menos que las anónimas, siendo la rebaja importante.[393]

Sin embargo, hoy día este tipo de sociedades ha perdido su sentido y razón de ser, es decir, aquellos hechos que motivaron su creación legislativa, hoy ya no se observan en la práctica, por lo que su fundamentación jurídica ha desaparecido, lo que ha hecho que en el presente no sea común la constitución de este tipo de sociedades mercantiles, siendo este hecho una consecuencia del avance de la economía y las reformas normativas en materia mercantil, que hacen menos ventajoso su elección dentro de los tipos societarios, toda vez que la Anónima, se ajusta en mejor medida a los requerimientos modernos.

Aun así, la Sociedad de Responsabilidad Limitada se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico venezolano, por lo que en contexto, Garay J. y Garay M. (2.012) en base a las disposiciones del Código de Comercio, exponen los rasgos característicos que diferencian a la Sociedad de Responsabilidad Limitada de la Anónima, de la siguiente manera:

> **1)** La **porción pagada** del capital [para constituir la empresa] no puede ser inferior al 50% si se trata de dinero (en las anónimas, basta el 20%). Si los aportes son en especie, deben pagarse en su totalidad (**art 313**).
> **2)** Las **cuotas** serán de **igual monto** y de mil bolívares o múltiples de mil (**art 316**). Cabe señalar que el Código se refiere a bolívares viejos.
> **3)** El **monto del capital** social tiene **limitaciones** (**art 315**). [Aunque] Esto no debería ser una traba para el aumento posterior del capital, pues el artículo señala que es un requisito para la *constitución* de la sociedad, no para su funcionamiento.
> **4)** Los **traspasos** de cuotas (aquí no se llaman acciones) tiene restricciones cuando se va a traspasar a terceros. Hay que **ofrecerlos antes** a los socios si el **acta constitutiva no dispone otra cosa** (**art 317**)…[394]

[393] *Ibidem*. pp.193-194.
[394] *Ibidem*. pp.189-191.

Entre otros aspectos resaltantes, está la **multipropiedad de cuotas** de participación, que de acuerdo con el Código de Comercio venezolano puede establecerse de forma privada entre los socios (como contrato parasocial o extraestatutario), como ocurre con la multipropiedad de acciones de la Anónima, pero con la diferencia que en la de Responsabilidad Limitada los comuneros son solidariamente responsables de cuantas obligaciones deriven de la cualidad de socio, lo que indica, que en este caso, la Sociedad Mercantil si los está reconociendo a todos como copropietarios (habría oponibilidad del contrato parasocial frente a la sociedad), aunque deban establecer a solo uno de ellos para ejercer los derechos propios de esa cuota parte proindivisa, pero distribuyéndose por igual las obligaciones[395].

En cuanto a la **Administración** de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, se sigue de manera muy similar a la Anónima, esta puede ser ejercida por socios o no socios, determinándose sus atribuciones en los Estatutos Sociales, habiendo en sus funciones igualmente responsabilidad solidaria por las malas gestiones en la sociedad, tanto frente a la compañía como frente a terceros; en todo caso, los administradores representan a la compañía, conjunta o separadamente, pudiendo obligarla de este modo; advirtiendo la normativa mercantil que para la revocación de los administradores que sean socios solo se podrá realizar si se aprueba por quórum calificado[396].

En cuanto a la figura de los **Comisarios**, en inicios era solo obligatoria en aquellas compañías cuyo capital social ascendiera del monto limite, hoy día seria obligatoria a todas estas sociedades, pues dichos montos en la actualidad son irrisorios[397].

[395] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 320.
[396] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 322 y siguientes.
[397] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 327.

En cuanto a los **Libros Administrativos**, la Sociedad de Responsabilidad Limitada, además de los libros prescritos para todo comerciante, deberá llevar el Libro de Socios, en el cual consten el nombre, domicilio y nacionalidad de los socios; el valor de las cuotas suscritas y las cantidades pagadas, así como, las cesiones efectuadas, incluso por vía de remate; el Libro de Actas de las Asambleas de Socios, o en su caso, de las decisiones tomadas por medio de votación no efectuada en la asamblea y el Libro de Actas de la Administración para cuando ésta esté a cargo de más de una persona; debiendo quedar todos estos bajo la responsabilidad de los administradores[398].

Entre sus funciones, los administradores están obligados a formar, en el plazo máximo de tres (3) meses, contados a partir del término del ejercicio social, el **Balance**, con la cuenta de ganancias y pérdidas y la propuesta de distribución de beneficios, en cuyo efecto, en el período y durante el plazo que señale el Documento Constitutivo, los socios tendrán derecho a examinarlo y en su caso, también derecho a examinar el informe de los Comisarios, puesto que así ejercerán su **Derecho de Información**; el cual, una vez sea examinado por todos los socios y debidamente aprobado, deberá depositarse en el respectivo Registro Mercantil para su correspondiente archivo en el expediente de la compañía[399].

Mientras que, en las **Reuniones o Juntas de Socios**, cada socio tendrá derecho a un voto por cada cuota que le pertenezca, aplicándosele a estas la norma prevista en el Código de Comercio para las Asambleas de Accionistas de las Sociedades Anónimas, puesto que, en las materias no reguladas expresamente se les aplicará supletoriamente dichas normas[400].

[398] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 328.
[399] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 329.
[400] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 333 y 336.

Cabe destacar, que salvo convención en contrario, la Sociedad de Responsabilidad Limitada, tampoco se disuelve por la muerte, interdicción o quiebra de uno de los socios, ni por la remoción de los administradores. Además, la de Responsabilidad Limitada al igual que la Anónima, no se disuelve por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la sociedad.[401]

1.3. Disposiciones Comunes a Todos los Tipos Societarios

El Código de Comercio venezolano además de las reglas particulares que instaura a cada tipo societario, también establece normas de común aplicación a todos los tipos sociales y otras de aplicación específica a las sociedades de personas y a las sociedades de capital, respecto de las cuales, se hablará brevemente:

1.3.1. Normas que rigen a las Sociedades Mercantiles:

El texto mercantil venezolano establece que las sociedades mercantiles, todas independientemente de su tipo, se regirán, en primer lugar, por las estipulaciones de las partes, establecidas en el Contrato de Sociedad o Documento Constitutivo y sus Estatutos Sociales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de los socios; en segundo lugar, por las disposiciones establecidas en el Código de Comercio, en aquellas normas aplicables a cada tipo, y en tercer lugar, por las normas generales fijadas en el Código Civil en lo que sean aplicables.[402]

1.3.2. Deber de Vigilancia del Estado:

El Código de Comercio establece la facultad de los organismos públicos competentes, para vigilar el cumplimiento de los requisitos legales

[401] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 341.
[402] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 200.

establecidos en él para la constitución y funcionamiento de las compañías establecidas en el país, en cuyo orden, el Estado como garante del orden público y de la legalidad de los actos realizados por los ciudadanos, actualmente faculta al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores Justicia y Paz, a través del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), como organismo encargado de guiar las Potestades de Control de los Registradores Mercantiles, ante quienes deberán inscribirse los actos y negocios propios de la vida jurídica de las distintas Sociedades Mercantiles constituidas en el país.[403]

1.3.3. **Domicilio de las Compañías**:

Se dispone, de acuerdo con la normativa mercantil, que deberá estar en el lugar que determine el Contrato Constitutivo de la sociedad, y a falta de su designación, en el lugar de su establecimiento principal.[404]

1.3.4. **Nuevos Socios**:

Con fundamento a la normativa del Código de Comercio, si un nuevo socio es admitido en una compañía ya constituida, éste deberá responder a la par de los otros socios y de la manera establecida para cada compañía, de todas las obligaciones contraídas por la Sociedad Mercantil antes de su admisión, en cuyo orden, la convención en contrario entre los socios no produce efecto respecto a terceros.[405]

1.3.5. **Acreedores y sus Derechos**:

Prevé la normativa mercantil que, los acreedores personales de un socio no pueden, mientras esté operativa la sociedad, hacer valer sus derechos sino

[403] *Vid*. Código de Comercio de Venezuela, Artículo 200 y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, Artículo 57.
[404] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 203.
[405] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 204.

sobre la cuota de utilidades correspondientes al mismo, como resultado del Balance Social, y después de disuelta la sociedad, sobre la cuota que le corresponda al socio en la liquidación.

Sin embargo, en las Sociedades de Capital, pueden los acreedores personales, embargar el derecho o participación de su deudor, y aún hacer rematar las acciones o cuotas que le correspondan.

No obstante, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la sociedad puede dentro de los diez (10) días siguientes al acto de remate, presentar una persona que adquiera del rematador la cuota rematada, pagando a este último el precio pagado por él y los gastos que haya hecho para la adquisición, lo que se traduciría en cuotas en tesorería; también, podría la sociedad acordar por los socios que representen la mayoría del capital, la exclusión del socio contra quien se dirija la ejecución, y liquidar la cuota de éste por su justo valor, a cuyo efecto se deberán observar las disposiciones concernientes a la reducción del capital social, si por razón de esta liquidación, el monto nominal del capital social deba ser reducido.[406]

1.3.6. Terceros Asociados:

El Código de Comercio venezolano establece dos tipos de contratos entre socios y terceras personas, a saber: aquel suscrito entre socio y tercero para que éste participe en las utilidades y pérdidas que le correspondan a aquél dentro de la sociedad mercantil y, el que se firme por cesión de derechos entre socio y tercero, sobre los derechos sociales del socio cedente. En cuyo efecto, y para ambos casos, dispone la normativa mercantil, que ese tercero no tendrá ninguna relación jurídica con la sociedad[407], por lo que, estas estipulaciones solo tendrían efecto entre las partes.

[406] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 205.
[407] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 206.

Sin embargo, se observa que la celebración de contratos entre socios y terceros es plenamente reconocida y valida en el ordenamiento jurídico venezolano, por lo menos, en estas dos modalidades, lo que sin duda y de acuerdo al tema en estudio, son tipos de «Contratos Extraestatutarios», que se enmarca en la clasificación presentada (Capítulo I), como «**Contratos Parasociales entre Socios y Terceros**».

Lo cual, demuestra la viabilidad de la aplicación de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Venezuela, y evidencia que, en ocasiones, algunas modalidades de estos contratos ya se celebran en este ordenamiento jurídico, sin que haya una percepción jurídica de ello.

1.3.7. Aportes Sociales: valoración y retrasos en la entrega[408]:

Cuando no se ha fijado por los contratantes el valor de las cosas aportadas por alguno de los socios, se presume convenido al precio corriente en el mercado en que la compañía establezca su domicilio y que esté vigente para el día de la entrega; en todo caso, los bienes aportados por los socios se hacen propiedad de la compañía, salvo pacto en contrario.

Por otra parte, el socio que demore la entrega de su aporte queda obligado a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se causen por el retraso; y si el aporte debido consistiere en dinero efectivo, no sólo debe satisfacer los intereses moratorios sino también, resarcir los mayores perjuicios que hubiere originado la demora, salvo que, la sociedad proceda a vender los certificados por cuenta del accionista, por medio de un corredor o en oferta pública, sin perjuicio del derecho que tiene para obrar contra el suscriptor y el cesionario para el pago de la suscripción.

[408] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 207, 208, 209, 295 y 337.

Con lo cual, el adjudicatario de la acción se subroga en todos los derechos y obligaciones del accionista, quedando éste subsidiariamente responsable del cumplimiento de dichas obligaciones, sin embargo, si puesta en venta la acción, no hubiere oferta por ella, entonces la compañía podrá anular dicha acción, aprovechándose de los pagos hechos a cuenta de ella.

Sumándose a lo anterior que, en las Sociedades de Personas, el Socio moroso puede ser excluido de la Sociedad.

1.3.8. Contrato de Sociedad[409]:

El Código de Comercio venezolano fija la forma de otorgamiento que el Contrato de Sociedad puede tener, a saber de manera pública o privada; siempre que posterior a su suscripción los facultados para ello, realicen su inscripción y publicación ante el Registro Mercantil correspondiente; recordándose que los sujetos que presentan dichos escritos son personal y solidariamente responsables de la verdad en ellos contenida.

En virtud de lo cual, si se trata de Sociedades de Personas, se deberá presentar un extracto del Documento Constitutivo, mientras que si se trata de Sociedades de Capital, se deberá presentar ante el Registro el Documento Constitutivo completo y los Estatutos Sociales de la compañía, sea que los Estatutos estén en el mismo documento de constitución o separados a éste, sabiendo que será válido en ambas formas.

El Contrato de Sociedad, como *supra* se refirió, siempre será bilateral o plurilateral, dado que en Venezuela las sociedades unipersonales solo serán válidas en los supuestos que, una Sociedad de Capital ya constituida, un

[409] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, y 221.

solo socio adquiera la totalidad de las acciones o cuotas de la empresa[410], en lo demás, a nivel constitutivo solo se podrá otorgar el Contrato de Sociedad por la suscripción de dos o más sujetos, siempre que se dé en dicho proceso el cumplimiento de los requisitos de validez necesarios ya explicados.

En cuanto a las futuras reformas del Contrato de Sociedad, estas necesariamente deben verificar el cumplimiento de las mismas formalidades de inscripción y publicidad ante el Registro Mercantil correspondiente, en cuyo orden, de no cumplirse las formalidades requeridas en el proceso constitutivo, ni el Contrato de Sociedad ni sus modificaciones surtirán efectos frente a terceros, pero la omisión de estas formalidades, no podrá alegarse contra terceros de buena fe. Así, las consecuencias de dichas omisiones, serán que no se le otorgue personalidad jurídica a la Sociedad Mercantil o que no sean oponibles a terceras personas las modificaciones efectuadas.

1.3.9. Reducciones del Capital Social:

La reducción del Capital Social de la empresa, de acuerdo con la normativa mercantil, surtirá efecto solo cuando hayan transcurrido tres (3) meses desde el día en que se hubiere publicado la declaración o el Acuerdo Social respectivo, con la advertencia expresa que podrá oponerse a dicho acuerdo, todo el que tenga interés en ello, en cuyo caso, de verificarse oposición, ésta hará suspender la ejecución del acuerdo de reducción del capital, mientras la oposición estuviera pendiente y hasta que se desista de ella o se la declare sin lugar por sentencia firme[411].

[410] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 341.
[411] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 222.

Se recuerda además que, en las Sociedades de Capital, la reducción del capital social (o en su defecto el reintegro) será una obligación, si del balance social se determina que ha habido una pérdida cuantiosa de dos tercios (2/3) del capital[412], en cuyo orden, el acuerdo de reducción o de reintegro de capital social, solo deberá proceder si así lo determina el voto favorable de los que representen la mitad, por lo menos, del capital social en Asamblea de Accionistas que haya procedido por quórum de presencia calificada[413].

1.3.10. Expediente de la Sociedad en el Registro Mercantil:

En los Registros Mercantiles se deberá llevar un expediente para cada sociedad mercantil constituida, cuyo propósito será otorgar eficacia jurídica ante terceros de los actos realizados por estas; el cual se formará con toda la documentación presentada ante el Registro Mercantil, dicho expediente se debe llevar por el Sistema de Folio Personal[414], con un índice de la documentación inscrita e indicación de su fecha de registro.[415]

1.3.11. Disolución de la Empresa[416]:

De acuerdo con el Código de Comercio venezolano, las sociedades mercantiles se disuelven:

. Por la decisión de los socios, en cuyo orden deberá seguirse las pautas referidas a la presencia requerida para la deliberación de dicho asunto y de las mayorías necesarias para su aprobación,

. Por la expiración del término establecido para su duración, la cual, operará *ipso iure* si el tiempo transcurrido es significativo, caso contrario si ha

[412] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 264.
[413] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 280.
[414] Decreto Presidencial Nº 1.422, con rango, valor y fuerza de Ley de Registros y del Notariado, Artículo 58
[415] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 226.
[416] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 340, 341 y 342.

transcurrido un lapso de tiempo breve podrá operar la reactivación de la sociedad mercantil, si así lo autoriza el Registrador Mercantil[417],

. Por la falta o cesación del objeto de la sociedad, así como por la imposibilidad de conseguirlo o por el cumplimiento de éste,

. Por la quiebra de la sociedad aunque se celebre convenio,

. Por la pérdida entera del capital social o por la pérdida de los dos tercios (2/3) de éste, si así se determina en los balances sociales, y siempre que los socios no resuelvan reintegrarlo o limitarlo al capital existente, o

. Por la incorporación a otra sociedad, es decir por la fusión de empresa.

Además, en las Sociedades de Personas, como se explicó, es causa de disolución: la muerte, interdicción, inhabilitación o quiebra de uno de los socios[418].

Cabe agregar, que terminada o disuelta la sociedad mercantil por cualquiera de las causas anteriormente expuestas, los Administradores no podrán emprender nuevas operaciones, y si contravinieren a esta disposición serán responsables personal y solidariamente por los negocios emprendidos, en todo caso, esta prohibición tiene efecto desde el día en que ha expirado el término de la sociedad, sin que se hayan reactivado sus funciones, o desde el día en que se ha cumplido el objeto social, o ha muerto alguno de los socios cuyo fallecimiento disuelva la sociedad (en sociedades de personas), o desde que ésta es declarada en liquidación por los socios o por el Tribunal de Comercio[419].

[417] *Vid*. Disolución de la compañía en GARAY J. y GARAY M. *Op. Cit*. pp.199-200 y Artículo 57.5 del Decreto Presidencial Nº 1.422, con rango, valor y fuerza de Ley de Registros y del Notariado.
[418] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 341.
[419] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 342.

1.3.12. Fusión de Sociedades[420]:

Establece el Código de Comercio que la fusión de varias sociedades mercantiles entre sí debe ser acordada por cada una de ellas, en virtud de lo cual, los Administradores de cada una de las compañías debe presentar ante el Registro Mercantil correspondiente, para su publicación y registro, el Acuerdo Social en que se haya decidido la Fusión, en compañía de los respectivos balances sociales aprobados. En todo caso, si la nueva compañía resultante de la fusión, estableciere su domicilio en una jurisdicción distinta a las de las sociedades que se unen, aquélla deberá cumplir todas las formalidades dispuestas en el Código de Comercio referidas a la constitución de nueva empresa.

En este orden, se precisa que, la fusión no tiene efecto, sino hasta que hayan transcurrido tres (3) meses desde la publicación ante el Registro Mercantil del Acuerdo Social de Fusión, salvo que conste el pago de todas las deudas sociales o el consentimiento de todos los acreedores de las sociedades fusionadas, caso contrario, durante éste término podrá cualquier acreedor social formular su oposición a la fusión, lo que acarrearía la suspensión de ésta hasta que sea desechada con sentencia firme; mientras que en caso de no haber oposición en el término indicado, procederá la fusión, y la compañía que quede subsistente o que resulte de la fusión, asumirá los derechos y obligaciones de las que se hayan extinguido.

De lo cual, como lo exponen Garay J. y Garay M. (2.012) la jurisprudencia venezolana afirma que…

> … la causa de disolución de una sociedad por ‘‘incorporación a otra’’ es lo que se conoce como fusión y según la Sala, puede ocurrir de dos formas:

[420] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 343, 344, 345 y 346.

> **a)** Por reunión de los patrimonios íntegros de dos o más sociedades en una sola de ellas con extinción de las demás (es lo que se llama fusión por absorción o incorporación), o bien
> **b)** mediante la extinción de ambas, surgiendo una nueva sociedad que las recoge y pasando los socios de la sociedad extinguida a ser socios de la nueva (conocida como fusión por creación de nueva sociedad).
> La Corte advierte que no hay fusión cuando una sociedad adquiere todas las acciones o cuotas de otra sociedad, ya que en este caso no se da la extinción de ninguna de ellas ni opera la transmisión de patrimonios: ambas sociedades siguen teniendo su personalidad jurídica intacta y sus patrimonios autónomos. Lo único que cambia en este caso, podríamos añadir, es que el accionariado de la primera no comprende ahora una variedad de accionistas como antes sino un accionista solo, el cual es la sociedad que ha adquirido las acciones[421].

Por lo que siguiendo a estos autores, ‘‘tanto la absorción de una sociedad por otra como la fusión de dos sociedades son fenómenos que ocurren [comúnmente] en el mundo de los negocios’’, ya que por esta vía se hace más factible la cooperación comercial entre empresas, por ejemplo, ‘‘una empresa de producción de cemento es absorbida por una empresa constructora de edificios’’ o dos empresas dedicadas al mismo ramo comercial se fusionan, en su sentido estricto, y hacen nacer una nueva sociedad aún más sólida en el mercado que se desenvuelven[422].

1.3.13. Liquidación de la Compañía[423]:

Como bien lo definen Garay J. y Garay M. (2.012) ‘‘Se llama liquidación a la conversión de los activos (acreencias, mercancías, etc) en dinero efectivo o sea, en líquido, a fin de pagar las deudas y poder repartir el resto entre los socios’’[424]. En virtud de lo cual, para llevarse a cabo el proceso de liquidación de la sociedad, deberá atender lo dispuesto en el Contrato Social y los

[421] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit.* pp.201-202.
[422] *Ibidem.* p.203.
[423] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 347, 348, 349, 350, 351 y 352.
[424] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.206.

Estatutos Sociales, al igual que lo que se haya establecido en dichos documentos para la división de los haberes sociales.

En cuyo orden, de no haberse estipulado nada previamente, en las Sociedades de Personas no habiendo contradicción por parte de ningún socio, continuarán encargados de la liquidación los que hubieren tenido la administración de la sociedad; pero si lo exigiere cualquier socio, se nombrará a pluralidad de votos uno o más liquidadores, de dentro o fuera de la compañía, para lo cual, se formará Junta de socios, convocando a ella los ausentes, con tiempo suficiente para que puedan concurrir por sí o por apoderado, siendo necesario establecer en la misma Junta, las facultades que se les dan a los liquidadores.

Mientras que en las Sociedades de Capital, la Asamblea de Accionistas, deberá nombrar a un Liquidador o a una Comisión Liquidadora para que lleven a cabo las gestiones necesarias, debiéndose indicar igualmente las facultades a éstos otorgadas.

En todo caso, los liquidadores están obligados a:

. Formar inventario, al tomar posesión de su encargo, de todas las existencias, créditos y deudas de cualquier naturaleza que sean y a recibir los libros, correspondencia y papeles de la sociedad,
. Continuar y concluir las operaciones que estuvieren pendientes al tiempo de la disolución,
. Exigir la cuenta de su administración a los administradores y a cualquier otro que haya manejado intereses de la sociedad,
. Liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con los terceros y con cada uno de los socios; pero no podrán pagar a éstos ninguna suma sobre las

cuotas que pueden corresponderles mientras no estén pagados los acreedores de la sociedad,

. Cobrar los créditos, activos, percibir su importe y otorgar los correspondientes finiquitos,

. Vender las mercancías y demás bienes muebles e inmuebles de la sociedad aun cuando haya menores entredichos o inhabilitados entre los interesados, sin sujetarse a las formalidades prescritas en el Código Civil respecto a éstos,

. Presentar estados de liquidación, cuando los socios lo exijan,

. Rendir, al fin de la liquidación, cuenta general de su administración, por lo que si el liquidador fuere el mismo administrador de la sociedad extinguida, deberá presentar en la misma época cuenta de su gestión,

. Representar en juicio a la sociedad mercantil, ya sea como demandante o como demandada,

. Las demás establecidas en al Acto de su Nombramiento por la Junta o Asamblea correspondiente.

Siendo necesario que estas y las demás facultades encargadas a los liquidadores sean publicadas e inscritas ante el Registro Mercantil correspondiente, debiéndose los liquidadores a lo dispuesto por los socios o accionistas de la sociedad y a las normas pautadas por el Código Civil venezolano sobre mandato.

Por otra parte y siguiendo a Garay J. y Garay M. (2.012), el nombramiento de los liquidadores, implica que los Administradores, no pueden gestionar nuevas operaciones, quedando limitadas sus facultades a concluir las operaciones que se encuentren ya en curso, por lo que, mientras se provee a la liquidación, los administradores deberán cobrar los créditos pendientes de la sociedad, extinguir las obligaciones anteriormente contraídas y realizar las operaciones que se hallen incompletas.

En todo caso, mientras aun subsista la sociedad mercantil tanto administradores como liquidadores operaran en complemento uno del otro, puesto que así se llevarán las gestiones diarias de la empresa hasta el cierre definitivo, entre lo cual puede figurar, pago de sueldos, alquileres, reuniones con antiguos clientes, entre otros.

__oOo__

Pudiéndose afirmar de lo expuesto, que las Sociedades Mercantiles en Venezuela pueden ser de dos categorías, de Personas, siendo estas las sociedades en nombre colectivo y las sociedades en comandita simple, cuya responsabilidad social, está garantizada por el patrimonio social así como por los haberes de cada uno de sus asociados, pues estos responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales; y de Capital, entre las que figuran la sociedad en comandita por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima, cuya virtud es la separación entre el patrimonio del ente social y el patrimonio individual de cada accionista o socio; en cuyo orden, vistas sus ventajas jurídicas, hoy día la sociedad imperante en este ordenamiento jurídico, como ocurre actualmente en los demás ordenes legislativos, es la sociedad anónima, cuya estructura reglamentaria debe cubrir aspectos corporativos o políticos, económicos, administrativos, societarios y disciplinarios, que acerquen al ente comercial a los objetivos propuestos.

En razón de lo cual, en primer término, establece el ordenamiento jurídico venezolano, que se debe tener presente los convenios o pautas fijadas por las mismas partes en el Documento Constitutivo y en los Estatutos Sociales, en virtud de que como se explicó, el Código de Comercio propugna la voluntad societaria desde el inicio, durante y al término de la vida jurídica de las sociedades mercantiles, aplicándose en segunda instancia, solo ante la falta de estipulación expresa de las partes, lo establecido por la normativa

mercantil general, como lo es el Código de Comercio, así como en lo que les sea aplicable en materia contractual impuesto en el Código Civil, en aplicación además de los preceptos y directrices de los organismos estatales con competencia en la materia, quienes actuarán como garantes de las normas mercantiles en el proceso constitutivo de la sociedad mercantil y durante su vida jurídica, en ejercicio del deber de vigilancia del Estado, que garantizará el cumplimiento de normas imperativas.

Se precisa también, que a la fecha, no se cuenta en Venezuela con un cuerpo normativo especial para los tipos societarios, sino las establecidas a rasgos generales en el Código de Comercio, en complemento por supuesto con las disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a los derechos de asociación, derechos económicos, derecho de propiedad, derecho de información y afines.

Debiéndose tener presentes, en todo caso, las disposiciones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, y Disposiciones o Resoluciones emanadas del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), en virtud del deber de inscripción y publicidad registral que se impone en los procesos constitutivos de las sociedades mercantiles venezolanas, para la adquisición de la personalidad jurídica, así como el deber de inscripción de los demás actos y negocios jurídicos otorgados y suscritos por las mismas, para poder ostentar su valida oposición frente a terceros.

Quedando a salvo de la generalidad, sin embrago, las disposiciones contenidas en determinadas normas, que rigen en áreas específicas y que brindan ciertas regulaciones en materia societaria, tal es el caso del Decreto

con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores[425], para aquellas sociedades mercantiles que participen de forma directa o indirecta en dicho mercado o en actividades conexas o relacionadas a éste; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora[426], para aquellas sociedades mercantiles que se autoricen a funcionar en el ramo asegurador; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario[427], para las sociedades mercantiles autorizadas para operar en el sector financiero; entre otras más.

Siendo entonces que en dependencia del sector, del mercado o de las actividades a desarrollar por la sociedad mercantil, se aplicarán ciertas normativas extras, que podrán establecer requisitos adicionales a los mencionados en este aparte, así como las exigencias de inscripciones ante registros especiales, que pueden ser llevados por las diferentes superintendencias del país u otros organismos o instituciones nacionales.

En todo caso, independientemente del tipo de sociedad mercantil y del sector económico en el que el ente comercial se desenvuelva, es claro que deberán aprovecharse al máximo las cláusulas estatutarias al momento de constituirse la sociedad mercantil en Venezuela, puesto que será a través de éstas que los socios o accionistas tendrán la oportunidad de ejercer su Voluntad Societaria, en ejercicio además, de sus derechos económicos y de asociación.

---

[425] DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2.176, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE MERCADO DE VALORES. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.211 Extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 2015.

[426] DECRETO Nº 2.178 CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.211 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015. Reimpreso por fallas en los originales, en: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.220 Extraordinario, de fecha 15 de marzo de 2016.

[427] DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.402. DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO. Publicado en _. Reimpreso por fallas en los originales, en: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 40.557, de fecha 08 de diciembre de 2014.

Así, será a través de los Estatutos Sociales que se podrán establecer las formas de autogestión de la compañía, pues en ellos, como se observó del análisis de la normativa venezolana, se podrán fijar los derechos, potestades y obligaciones a ejercer por los socios o accionistas de la sociedad mercantil, así como por sus órganos sociales y los modos en cómo se desarrollará el giro comercial, pues serán estos Estatutos la norma suprema al interior de la sociedad que manejará su funcionamiento y el manejo de las relaciones internas en la misma, siendo entonces conveniente, fijar en estos Estatutos, normas o estipulaciones abiertas, aptas a regular situaciones futuras.

De acuerdo con todo lo cual, una vez que se ha analizado brevemente la regulación legal que se aplica a las sociedades mercantiles constituidas en Venezuela, se podrá determinar en qué medida y de qué manera la normativa societaria patria podrá regular los contratos parasociales a falta de una regulación expresa en la materia.

2. Régimen Legal aplicable a los Contratos Parasociales que se suscriban en las Sociedades Mercantiles de Venezuela

En Venezuela, indudablemente, será base o fundamento legal para la celebración de los contratos parasociales, las disposiciones contenidas en el artículo 200 del Código de Comercio, cuyo texto establece que:

> **Artículo 200:** … (*Omissis*)…
> Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil.

De cuya norma se deduce, que los socios o accionistas de las sociedades mercantiles venezolanas, están facultados por la Ley para autorregular las relaciones corporativas, económicas, societarias y disciplinarias que tienen lugar en la vida jurídica de las distintas entidades comerciales de este

ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas por el Derecho para todo tipo de contratos, pues en la instancia societaria, como se ha dicho, la Autonomía de las partes, juega un papel fundamental.

En cuyo orden, al tener los contratos parasociales en Venezuela, el carácter de contratos atípicos, la base normativa que regulará el proceso de formación y la suscripción de los mismos en este sistema jurídico, será la contenida en las normas contractuales generales, establecidas por el Derecho Mercantil y Civil, así como en los principios generales del Derecho; ello, en aplicación de la remisión legal establecida en el artículo 8 del Código de Comercio venezolano:

> **Artículo 8**: En los casos en que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

En razón de lo cual, y en base a la Libertad Contractual que tiene vigencia en todo el ordenamiento jurídico venezolano, siempre que no se atente con disposiciones normativas de orden público, la moral o las buenas costumbres, se podrán convenir entre las partes diversidad de estipulaciones contractuales, incluidas las extraestatutarias, pues como se ha mencionado, el contrato de sociedad y estatutos sociales no deben limitar ni extinguir la Voluntad Social, en razón de lo cual, es necesario analizar las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil en las que se pueda basar legalmente la celebración de los contratos parasociales suscritos en las sociedades mercantiles venezolanas.

Acotándose además, que en la celebración de cada contrato parasocial, se deberá hacer una revisión normativa para determinar la posible regulación legal presente para cada caso específico, analizando las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil, que regulen el asunto tratado y establecido como objeto del contrato parasocial, sean estas disposiciones relativas a la representación, a la suscripción y transmisión de acciones, a

los aumentos de capital social, a los créditos financieros, entre muchos más; sin perjuicio de la aplicación de las demás normas especiales aplicables a cada caso en particular.

2.1. Código de Comercio

Las disposiciones del Código de Comercio, son indudablemente aplicables a la regulación de los contratos parasociales suscritos en las sociedades mercantiles de Venezuela, puesto que este cuerpo normativo engloba los preceptos que tutelan en general la actividad mercantil del país, así se desprende de la interpretación y análisis de su artículo primero, el cual prevé y establece, que todas las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes, estarán sometidas a las disposiciones de dicho cuerpo normativo, de lo cual, en sentido *lato sensu* el Código de Comercio regula todos los contratos mercantiles que se celebren en el país.

En este sentido, al ser el contrato parasocial un contrato mercantil, éste se deberá ajustar a las particularidades establecidas por el Código de Comercio para las obligaciones y los contratos mercantiles en general, previstas en su Artículo 107 y siguientes, en cuyo orden deberán atender las pautas fijadas para la realización de oferta o propuesta y su debida aceptación[428], en este sentido, el contrato parasocial podrá iniciarse por oferta *inuito personae* o directa, por oferta indirecta, general o pública, por oferta entre presentes o por oferta entre no presentes.

[428] Sin olvidar, las disposiciones que en el igual medida impone el Código Civil de Venezuela, por lo que emplean en complemento de las establecidas en el Código de Comercio de Venezuela. *Vid*. Código Civil de Venezuela, en cuanto a la oferta, aceptación y perfeccionamiento: Artículos 1.137, 1.138 y 1.139.

De igual modo, se deberá verificar en estos contratos la respectiva aceptación, por la que el destinatario de la oferta deberá manifestar su conformidad con la propuesta hecha por el oferente, produciéndose la perfección del contrato parasocial, la cual se guiará por un sistema mixto[429] formado por el Sistema de la Información o Conocimiento, mejor conocido como la Teoría del Conocimiento, y el Sistema de la Recepción referidos *supra* (Capítulo I), en cuyo orden el contrato extraestatutario se formará en el momento en que el o los oferentes tengan conocimiento de la aceptación de la otra parte.

En todo caso, igualmente siguiendo los lineamientos del Código de Comercio, el perfeccionamiento del contrato parasocial podrá ser entre presentes y no presentes, en cuyo orden, en el segundo caso habrá de tenerse en cuenta, los acuerdos de las partes relativos a la realización de la oferta y la aceptación por medio de mensajes de datos[430]; sin olvidar que, mientras el contrato no se haya perfeccionado, la propuesta y la aceptación son revocables.

Sumándose a lo anterior, aquellas disposiciones referentes a las condiciones para la prueba y liberación de las obligaciones mercantiles, pues el Código de Comercio venezolano fija que los contratos mercantiles, se acreditan mediante documentos públicos, documentos privados, con los libros mercantiles de las partes contratantes, con los libros de los corredores o con sus extractos firmados por las partes, con facturas aceptadas, con telegramas u otros medios electrónicos.

---

[429] *Vid*. DOMÍNGUEZ, María C. (2017). *Op. Cit.*

[430] Artículo 15, del DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.204 CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.076, de fecha 10 de febrero de 2001.

Siendo también posible, de acuerdo a la legislación comercial venezolana, que se pruebe la existencia de las obligaciones mercantiles con la declaración de testigos, o con cualquier otro medio de prueba admitido por la Ley Civil, con lo cual, las obligaciones mercantiles también se podrán probar mediante la confesión, el juramento decisorio, la experticia, la inspección judicial, así como por las reproducciones, copias y experimentos, que sean previamente admitidos por el Tribunal competente. Siendo que, los contratos mercantiles disponen de una variedad y diversidad de medios probatorios para establecer la celebración de los mismos y conocer así, si sus cláusulas gozan de validez jurídica o no.

De lo cual, los contratos parasociales que se celebren en las sociedades mercantiles venezolanas, en principio deberían ser por medio escrito a través de documento público o privado, salvo que se pretenda probar su celebración por los medios de prueba estipulados en el Derecho Civil.

Siendo entonces, que el contrato parasocial en Venezuela, puede ser celebrado válidamente en el entorno societario, si se apega a la normativa otorgada por el Derecho Mercantil para la contratación comercial general, pues este contrato, estará regulado en cuanto a sus elementos especiales de fondo y en todas aquellas disposiciones que les sean jurídicamente aplicables, por el Código de Comercio, a la par de los demás contratos mercantiles típicos de este ordenamiento jurídico, tales como el contrato de compra venta mercantil, el contrato de permuta, el contrato de transporte, el contrato de comisión, el de las cartas de crédito, el contrato de cuenta corriente, el contrato de préstamo, el contrato de depósito, el contrato de prenda, el contrato de fianza, el contrato de seguro, entre otros más.

Pues al ser el contrato parasocial, un contrato atípico en el Derecho Societario venezolano, e innominado además, su regulación especial se

abocará a las disposiciones establecidas por las mismas partes, siempre que se respeten los límites legales impuestos a la Autonomía Privada, a cuyo efecto, con carácter supletorio y por remisión legal del citado artículo 8 del Código de Comercio, se deberá acudir a lo establecido por el Código Civil.

2.2. Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican en la contratación en general, para cualquier asunto, pues es ésta la normativa que regula los principios en base a los cuales se desenvuelve la vida jurídica de los contratos, desde su proceso de formación hasta su conclusión o terminación, resguardando los derechos de las partes y asegurando el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las mismas, para evitar el abuso de derecho en el desarrollo de los diversos negocios jurídicos.

En razón de cual, la regulación general de los contratos, sin importar su nominación legal, está dada por el Código Civil venezolano, así lo estipula la siguiente norma:

> **Artículo 1.140:** Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales.

En este sentido, en la celebración de los contratos parasociales, se debe acudir a las disposiciones del Código Civil, por dos razones legales: la primera, porque el Código de Comercio hace expresa remisión a su normativa para resolver los casos que no se encuentres especialmente regulados en él; y la segunda, porque es la normativa sustantiva que rige a todo convenio contractual, pues es la rama del Derecho que da forma jurídica a la Teoría General de los Contratos, estableciendo en su Artículo 1.133 y

siguientes, todo lo que enmarca el contenido contractual de las convenciones entre particulares, así como, las condiciones requeridas para la existencia y validez de los contratos, como la capacidad de las partes contratantes, las potestades y límites de su Autonomía Privada, los requisitos con los que debe cumplir el objeto de la contratación, el deber de la causa lícita y la prohibición a los vicios del consentimiento; así mismo fija los efectos de las convenciones contractuales y las normas de la representación.

__oOo__

Así las cosas, en Venezuela la normativa plasmada en el Código de Comercio y en el Código Civil, establecida para los contratos en general, será la que regulará la celebración de los contratación parasocial en las sociedades mercantiles de este país, puesto que, la regulación contractual general, será la que permitirá la celebración de un contrato que no está expresamente tipificado en ningún cuerpo legal de Venezuela, ello en base a la Libertad de Contratación y la Libertad Contractual, que enmarca el principio de la Autonomía de la Voluntad, bajo la concepción de la contratación atípica, como se explicará más adelante.

Siendo también importante, la aplicación de los principios generales del Derecho, en aplicación de los medios de integración fijados por la normativa civil:

> **Artículo 4**: …
> Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

En base a lo cual, haciendo un bosquejo general de la normativa en la que se podrá fundamentar la celebración de contratos parasociales en las sociedades mercantiles venezolanas, teniendo en cuenta el carácter atípico que poseen estas negociación en el sistema normativo patrio, y

recordándose en todo caso, que la valides jurídica de dichos negocios dependerá del apego que se tenga a las disposiciones de dichas normas, se establece el siguiente cuadro - resumen:

Cuadro Nº 4: *Régimen legal aplicable en materia de contratos parasociales en Venezuela.*

CONTRATO PARASOCIAL	Sujetos contratantes	Carácter	Mecanismo de aplicación	Régimen legal aplicable	Contenido contractual
SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO **SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE** **SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES** **SOCIEDAD DE RESPONSA-BILIDAD LIMITADA (SRL)** **SOCIEDAD ANÓNIMA (SA)** **SOCIEDAD UNIPERSONAL «SOBREVENIDA»**	Entre socios o accionistas Entre socios o accionistas y sociedad mercantil Entre socios o accionistas y terceros	Contratos atípicos «Celebrado en base al principio de la autonomía de la voluntad, en ejercicio de la libertad de contratación y libertad contractual»	**Aplicación expresa** Artículo 1 del Código de Comercio **Remisión legal** del artículo 8 del Código de Comercio	Disposiciones referidas a los Contratos y Obligaciones Mercantiles en general: establecidas en el **Código de Comercio** y **Código Civil**. Aplicación de los Principios Generales del Derecho.	Cualquier asunto licito, afín con el tipo de sociedad mercantil constituida

Creación propia. / Fuente: Ordenamiento Jurídico de Venezuela.

Debiéndose tener en cuenta además de los artículos referidos en el cuadro anterior, las disposiciones contenidas en el artículo 206 del Código de Comercio, para todos los tipos societarios tipificados en Venezuela, y adicional para sociedades en comandita por acciones, el último aparte del artículo 238 *eiusdem*.

3. Validez de los Contratos Parasociales en Venezuela

Para determinar la validez jurídica que tendrán los contratos parasociales celebrados en Venezuela, se debe verificar el apego que éstos posean al

régimen contractual vigente en el país, *supra* referido; en base a lo cual, se abordará la validez que pueden tener las estipulaciones extraestatutarias en el entorno societario venezolano, a partir de la aplicación del principio contractual de la Autonomía de la Voluntad, en atención a su permisología y limitaciones, y la validez de los contratos parasociales en atención al cumplimiento de los requisitos esenciales dispuestos por la normativa obligacional civil para todo contrato.

3.1. Validez, Dogma de la Autonomía de la Voluntad:

Se ha mencionó (Capítulo I), que la Autonomía de la Voluntad ha superado diversa etapas históricas, hasta concebirse hoy día, en diversos ordenes jurídicos como un Principio fundamental del Derecho de Obligaciones, razón por la cual, Venezuela lo dispone en las siguientes normas:

> **Constitución Nacional**
> **Artículo 112:** Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente, u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.
>
> **Código de Comercio**
> **Artículo 200:**…
> Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes…
>
> **Código Civil**
> **Artículo 6:** No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.

Observándose así, que la permisología de parte del ordenamiento jurídico venezolano, para el ejercicio de la Autonomía Privada, se obtiene de la interpretación *lato sensu* de las normas anterior transcritas, las cuales en todo caso, fijan en sí mismas los límites legales que se deberán respetar; siendo entonces, como bien lo resume Sánchez R. (2017) que:

> Los artículos 6 del Código Civil, artículo 200 del Código de Comercio, y 112 de la Constitución Nacional, reconocen la Autonomía de la voluntad de las partes en materia patrimonial, la Autonomía Societaria, y la libertad económica en Venezuela; no obstante en esos mismos artículos expresamente también se limita el ejercicio de la Autonomía de la voluntad, pues la voluntad de las partes no puede contravenir leyes, el orden público y las buenas costumbres.[431]

Deduciéndose entonces, que las estipulaciones contractuales fijadas en ejercicio de la Autonomía Privada se reconocen por el Derecho venezolano, aunque se estipulen en convenciones atípicas, siendo válidas si se adecuan a los límites que la misma normativa impone a la autonomía de las partes; puesto que son extremos establecidos en pro de los intereses colectivos o generales, e incluso particulares de las partes, en cuya protección se aboca la normativa en general.

De donde, podrán emanar entre los sujetos de derecho, nuevas transacciones jurídicas o regularse entre ellos las ya existentes, en virtud que como se señaló (Capítulo I) y siguiendo a Sánchez R. (2.017), la Autonomía de la Voluntad encuentra su manifestación más prominente en el negocio jurídico, por lo que en el ordenamiento jurídico venezolano, el contrato es la herramienta otorgada a todas las personas para que estas puedan manifestar su voluntad privada y con ello, autorregular sus intereses privados como mejor lo deseen[432].

[431] SÁNCHEZ, Rosana. *Op. Cit*. p.332.
[432] *Ibidem*. pp.66-67.

En este orden, el Código Civil de Venezuela fija en su cuerpo normativo:

> **Artículo 1.133**: El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.

De lo que se obtiene, que a través de la libre manifestación de la voluntad, convencionalmente los sujetos de derecho podrán constituir y gestionar entre ellos diversidad de vínculos jurídicos, manifestándose aquí el doble contenido de la Autonomía Privada: Libertad de Contratación y Libertad Contractual; por lo que en atención de la primera, en Venezuela, si no hay prohibición expresa de transar en determinados asuntos, los sujetos podrán autogestionar sus derechos e intereses, y en base a la segunda, visto la libertad de estipulación que estos sujetos detentan en este orden legislativo, podrán establecer los términos de sus contrataciones y transar incluso sobre aquellos asuntos que no estén nominados ni tipificados en el ordenamiento jurídico venezolano.

En este sentido, los contratos parasociales en Venezuela, son una valida opción para los sujetos de derecho que aspiren a través de estas figuras jurídica, obtener la protección de sus derechos e intereses dentro de la sociedad mercantil, puesto que estos negocios, no están prohibidos ni expresa ni tácitamente en las disposiciones societarias del Código de Comercio, ni en ninguna legislación especial dictada al efecto, ni en la normativa obligacional supletoria. Además, constituirán los contratos parasociales, un nuevo esquema de contratación en el seno societario de Venezuela, con gran utilidad práctica, puesto que poseen un extenso campo tipológico y un variado contenido contractual.

En atención de lo cual, dichos contratos en Venezuela, enarbolarán su validez jurídica en atención a la figura jurídica de los contratos atípicos,

puesto que en aplicación de los preceptos de Soro O. (S/F), esto obedecerá a la expresión de la autonomía de la voluntad en su grado máximo[433], pues este estudioso del Derecho refiere que:

> … el principio de la autonomía privada ofrece la posibilidad a las partes de celebrar contratos sin obligación de ajustarse a los tipos preestablecidos por la Ley… Por tanto… los particulares son totalmente libres para crear un negocio jurídico «ex novo», que no ha sido previsto ni regulado por el ordenamiento jurídico, con las características que ellas estimen convenientes y sin más limitaciones que las establecidas [en la Ley]. Por ello, puede decirse que en este tipo de situaciones la autonomía privada alcanza su cima, su máximo nivel de autodeterminación, llegando con ello el sujeto concernido a convertirse en una especie de «legislador delegado».
>
> Este poder que tienen las partes de crear figuras atípicas encuentra su explicación en la necesidad que tienen éstas de encontrar una fórmula contractual que pueda adaptarse a los objetivos que pretenden conseguir en la práctica, y que en principio no ha sido prevista por el ordenamiento jurídico. [En base a lo cual, el ordenamiento jurídico] permite a los contratantes siempre que respeten el triple limite que en el mismo se establece, la creación de tipos distintos de los previstos en la ley para *cubrir las cambiantes necesidades económicas*. Además… el juez no podrá declarar nulo el contrato ni el contenido de alguna de sus estipulaciones por el solo hecho de que no sea un contrato típico…
>
> En cualquier caso, lo que queda claro es que la elaboración de un contrato - o de un derecho real (v. *supra*)- atípico supone la consagración del principio de la libertad contractual y de la fuerza creadora de la voluntad privada. Gracias a ello las partes pueden prever una gran cantidad de contratos, cuyo contenido podrá ser de lo más variado.[434]

En atención a ello, vista la consagración atípica de los contratos parasociales en Venezuela, será pertinente exponer brevemente la determinación y alcance de los contratos atípicos.

3.1.1. Contratos Atípicos:

Bien explica Engisch K. (2.004) que:

[433] SORO, Olivier (S/F). *Op. Cit*. p.146.
[434] *Ibidem*. pp.146-148.

> Existen diversas formas de plantear el pensamiento jurídico, entre ellas, hay algunas que tienden a la abstracción, mientras que otras por el contrario procuran la concreción, estas dos formas se contraponen, así por ejemplo, del contenido de las formas abstractas se dice que no es perceptible, mientras que el contenido de las concretas sí es perceptible, en ocasiones las primeras aparecen como lo indeterminado, mientras que las segundas, como lo determinado, también se dice que las formas abstractas constituyen lo general, mientras que las concretas son lo singular. Dentro de las formas abstractas de plantear el pensamiento jurídico se identifican los conceptos y dentro de las formas concretas se identifican los tipos. (*Apud*. Camacho M. (2.005).).[435]

Por lo que los ordenamientos jurídicos en general, regulan ciertas figuras jurídicas a partir de las cuales se desglosan subtipos, existiendo una regulación legal abstracta (general) y una regulación legal concreta (particular), más esto, no implica que los tipos regulados son los únicos que puedan existir en el contexto jurídico, puesto que para ello, el Derecho brinda las normas que constituyen los pilares fundamentales a partir de los cuales se generarán las formas legales requeridas, siendo esto así, incluso se podrán crear nuevos subtipos a partir de ciertos fragmentos jurídicos de los ya existentes, pues la precisión de ciertas clases de relaciones jurídicas (derechos y obligaciones) puede implicar una nueva tipología legal, que al igual que las formas ya tipificadas, requerirán tutela reglamentaria.

Así entonces, y siguiendo a Camacho M. (2.005), la tipicidad se genera a partir de la atención que otorga el Derecho a ciertos actos de la realidad social que van adquiriendo una forma determinada, y que interesan al ordenamiento jurídico al brindar una función económico-social relevante, lo que implica, que se empiece a generar cierta regulación legal y por ende se cree un tipo jurídico, ya sea porque tal acto se reconozca por la Ley (tipicidad

[435] CAMACHO, María E. *Op. Cit*. p.2.

legal) o porque se empiece a usar de forma reiterada en el tiempo y se de en torno a la mismo, determinados criterios jurisprudenciales (tipicidad social)[436].

Dicha tipicidad (legal o social) que surge para dicho acto o negocio jurídico, genera una función individualizadora y una función jurídica, la primera determinará en que área del Derecho encuadrará el nuevo tipo jurídico, y la segunda, dará la configuración y la regulación del acto, es decir, configurará los elementos que conformaran el supuesto de hecho de la norma o costumbre que reconocerá el acto y además, su regulación guiará los efectos jurídicos del mismo[437].

En atención a esto y continuando con Camacho M. (2.005), si se dice que el acto o negocio jurídico en cuestión es atípico, pues habrá que determinar en qué medida lo es, puesto que en acuerdo con esta estudiosa del Derecho, la atipicidad podrá ser parcial o general, es decir, en el primer caso, el negocio jurídico puede que no esté regulado por el ordenamiento jurídico, pero su uso es reiterado en base a la Autonomía Privada, lo que hace que el acto goce de cierta tipicidad social en dicho sistema normativo, regulándose entonces en base a la costumbre y en base a criterios jurisprudenciales, mientras que en el segundo supuesto, el acto es totalmente atípico, no hay precedentes jurisprudenciales ni es su uso reiterado en el tiempo, más aun, se empieza a crear el precedente social[438].

De igual forma, en acuerdo con Camacho M. (2.005), la tipicidad legal puede ser: a) directa, la cual se observa cuando la normativa de manera expresa regula el negocio jurídico, b) por remisión legal, cuando determinada norma envía o remite a otra para que ésta de manera general regule el acto jurídico, c) completa, cuando no hay la necesidad de acudir a normas supletorias para

[436] *Ibidem*.
[437] *Ibidem*.
[438] *Ibidem*.

la regulación jurídica del acto, sino que la noma que lo tipifica lo regula plenamente, o d) incompleta, cuando el acto es regulado someramente y se hace necesario acudir a otra norma complementaria.[439]

De lo cual, puede que el negocio jurídico no se regule en base a un solo cuerpo normativo, sino que se remita a preceptos generales para su completa regulación, o puede que dicho negocio solo sea referido por la normativa, pero existe vacío legal en cuanto a sus preceptos de formación y efectos jurídicos, lo que implicará, que solo goza de nominación pero no de regulación, como ocurre muchas veces con el reconocimiento legal de ciertas figuras contractuales o negociales extrajeras en determinadas normas del ordenamiento jurídico, pero se dejan sin su regulación normativa específica, por lo que, solo tendrán en dicho ordenamiento un *nomen iuris* (nominalismo) pero no una tipicidad completa.

Así, la atipicidad podrá ser por inexistencia de regulación normativa propiamente dicha, por una configuración incompleta del contrato o negocio jurídico o por inexistencia tota de regulación y nominación[440].

A partir de ello y de acuerdo con Camacho M. (2.005), los contratos atípicos se podrán clasificar en: a) atípicos con tipicidad social o b) absolutamente atípicos, en ambos casos pueden haber contratos atípicos mixtos o contrato atípicos autónomos, en los primeros podrán ser combinados o gemelos, mixtos en sentido estricto o de doble tipo.[441]

Así, en vista del bosquejo general de la atipicidad contractual, se infiere que los contratos parasociales en Venezuela, se encuadran dentro de los contratos absolutamente atípicos, en virtud que no existe hoy día en este

[439] *Ibidem*.
[440] *Ibidem*.
[441] *Ibidem*.

ordenamiento jurídico, un uso reiterado de los mismos, o por lo menos no con la conciencia de que se está ante dicha figura jurídica, de donde actualmente, se deberá acudir a la tipicidad de preceptos abstractos relativos a la contratación en general que brinda el Derecho Civil, en base a la cual se podrán celebrar los contratos parasociales si se tiene como fundamento la Libertad de Contratación y Libertad Contractual, dada por este ordenamiento jurídico, en virtud del Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada.

3.2. Validez, Fundamento Normativo:

Entendiendo el fundamento sobre el cual se constituirán los contratos parasociales en Venezuela, y entendiendo el carácter atípico que presentan en este ordenamiento jurídico, es importante ahora identificar los requisitos normativos mínimos con los que deberán cumplir estos contratos, para así obtener validez jurídica en aplicación de los preceptos contractuales generales.

En cuyo orden, el contrato extraestatutario suscrito con apego a la Autonomía Privada, será un contrato valido si en éste se da cumplimiento a las condiciones generales de contratación, establecidas tanto por la normativa mercantil como por la normativa civil, respecto de las cuales, se podrá hablar de validez material y validez formal de los contratos parasociales:

3.2.1. Validez Material del Contrato Parasocial:

Los contratos parasociales gozarán de validez material en Venezuela:

. Si son suscritos por personas con capacidad negocial, que no estén declaradas incapaces por la Ley, es decir, que no hayan sido declarados

entredichos, que no hayan sido inhabilitados, ni que se le haya negado por Ley, la facultad de celebrar determinados contratos[442].

. Si la declaración de voluntad de los sujetos contratantes es expresada de manera inequívoca, pues el consentimiento que haya sido otorgado con base a un error de Derecho o que haya recaído sobre la causa única o principal del contrato, no podrá ser válido y será nulo; igualmente si el consentimiento versa sobre un error excusable, sobre las circunstancias que las partes han considerado como esenciales en el contrato, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales se esté contratando, o sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se está contratando, cuando esa identidad sea causa principal del contrato, será invalido y anulable.[443]

De igual manera, el consentimiento será invalido y anulable cuando haya sido ofrecido por quien haya sido sorprendido por dolo, cuando las maquinaciones sean tales, que sin ellas no se hubiera contratado, o cuando dicho consentimiento se haya otorgado bajo el empleo de violencia sobre la persona contratante o sus bienes, o sobre la persona o los bienes del cónyuge del contratante, o sobre la persona o bienes de los descendiente o ascendientes de éste, que le haya causado al suscriptor un justo temor por un mal notable.[444]

. Si las partes contratantes no se extralimitan en sus potestades negóciales y no vulneran los límites a la autonomía de la voluntad, en cuyo efecto, se deberá tener presente lo dispuesto en el **Artículo 6** del Código Civil, *supra* citado.

[442] Código Civil de Venezuela, Artículos 1.143, 1.144 y 1.145.
[443] Código Civil de Venezuela, Artículos 1.146, 1.147, 1.148 y 1.149.
[444] Código Civil de Venezuela, Artículos del 1.150 al 1.154.

En virtud de lo cual, los sujetos que son parte del contrato parasocial, no podrán relajar a través de sus convenios particulares, las leyes en cuyo interés se avoca el orden jurídico general y las buenas costumbres, pues con ello, se garantizará la protección de los interés colectivos, además no podrán inaplicar las normas fundamentales o de *ius imperativum* en materia societaria venezolana, que protejan los intereses de las sociedades mercantiles, de sus asociados y de la actividad comercial en general; siendo esto así, serán igualmente nulas las cláusulas abusivas y leoninas que se pretendan fijar a través de los contratos parasociales, pues aunque a los sujetos parte, los ampare el libre ejercicio de su voluntad, no pueden atentar en sus negociaciones contra el interés general, ni ocasionar el detrimento de los derechos de una o varias de las partes contratantes, en cuyo efecto, también se deberán tener presente las siguientes normas:

> **Código Civil**
> **Artículo 1.185:** El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.
>
> **Artículo 1.664:** Es nula la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima de toda parte en las perdidas…

De lo cual, las cláusulas abusivas, en aplicación del artículo 1.185, que impliquen extralimitación en los derechos conferidos a las partes, desconociendo la buena fe con la que deben actuar, acarreara reparación del daño causado; mientras que las cláusulas leoninas, por mandato del artículo 1.664 serán nulas.

. Si el objeto del contrato extraestatutario reside sobre hechos posibles, lícitos, determinados o determinables, es decir, de ejecución factible en el

entorno comercial en el que se contrata, legítimo ante el Derecho, y fijado sobre aspectos que permitan su individualización contractual.[445]

. Si recae sobre una causa lícita, es decir, que no sea contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público, en virtud que la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto, ni entre las partes firmantes. Sin embargo, el contrato parasocial será válido aunque su causa no se enuncie de manera expresa en el documento, pues la causa en todo contrato se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.[446]

3.2.2. Validez Formal del Contrato Parasocial:

Entendiendo que el contrato parasocial viene a ampliar el margen regulatorio de las relaciones corporativas o políticas, administrativas, económicas y societarias a desarrollarse desde el interior de las sociedad mercantiles venezolanas, se evidencia que los mismos deben apegarse a las disposiciones establecidas para los contratos sociales, pues solo así se podrán equiparar a los mismos, en su validez y efectos.

En este sentido, los contratos parasociales deberán, para su validez formal, apegarse a los mismos procedimientos establecidas por el Código de Comercio para la celebración del contrato de sociedad y de los estatutos sociales, los cuales en atención a este cuerpo normativo, son el otorgamiento por documento escrito, público o privado, y su publicidad registral en asiento mercantil. En razón de ellos, se deben tener presentes las siguientes disposiciones:

> **Código de Comercio:**
> **Artículo 217**: Todos los convenios o resoluciones que tengan por objeto la continuación de la compañía después de expirado su

[445] Código Civil de Venezuela, Artículos 1.155 y 1.156.
[446] Código Civil de Venezuela, Artículos 1.157 y 1.158.

término; la reforma del contrato en las cláusulas que deban registrarse y publicarse, que reduzcan o amplíen el término de su duración, que excluyan algunos de sus miembros, que admitan otros o cambien la razón social, la fusión de una compañía con otra, y la disolución de la compañía aunque sea con arreglo al contrato, estarán sujetos al registro y publicación establecidos en los artículos precedentes.

Ley de Registros y del Notariado
Artículo 52: El Registro Mercantil tiene por objeto:
1.- La inscripción de los comerciantes individuales y sociales y demás sujetos señalados por la ley, así como la inscripción de los actos y contratos relativos a los mismos, de conformidad con la ley…

Artículo 53: La inscripción de un acto en el Registro Mercantil y su posterior publicación, cuando ésta es requerida, crea una presunción, que no puede ser desvirtuada, sobre el conocimiento universal del acto inscrito.

En cuyo orden, aplicando los preceptos estudiados, además los contratos extraestatutarios deberán comunicarse y depositarse ante el órgano administrativo de la sociedad mercantil, a los fines de su validez formal dentro la sociedad y consecuente oponibilidad ante los socios no suscriptores, ante la sociedad misma y ante demás terceros.

__oOo__

De lo cual, los contratos parasociales gozarán de validez jurídica en el sistema normativo venezolano, si los mismos cumplen con los requisitos de contratación y no se extralimitan en las potestades que este ordenamiento otorga a los sujetos para contratar, recordando además que en materia mercantil, en razón del dinamismo de las relaciones comerciales actuales, la atipicidad contractual, más que la excepción, es la regla.

Siendo imperativo, en todo caso, que se respeten las disposiciones normativas propias de cada tipo social que fueron *supra* referidas, y que se tengan en consideración además, los deberes formales que el ordenamiento jurídico impone a los socios o accionistas de estas entidades comerciales,

así como las disposiciones especiales que en dependencia del objeto del contrato parasocial se deban tener en consideración.

4. Cuentas en Participación: Contratos tipificados por el Derecho Societario de Venezuela, equiparables a los Contratos Parasociales

La figura contractual de las Cuentas en Participación, como contrato mercantil tipificado por el Derecho Societario de Venezuela, es un contrato que en cierto contexto se puede equiparar a los contratos parasociales, en razón de lo cual, es conveniente realizar un breve análisis sobre los mismos.

4.1. Generalidades de los Contratos de Cuentas en Participación

Como lo expone Ruan G. (2.015):

> El tema de las asociaciones de cuentas en participación siempre ha sido controversial en nuestro país, debido al uso impropio que algunos han pretendido darles para perseguir fines distintos a los que son propios de la figura contractual, especialmente en lo que concierne a las relaciones laborales y al ámbito de los tributos, bien sea por desconocimiento de su naturaleza jurídica o por el propósito no confesable de evitar la recta aplicación de las legislaciones de esas materias.[447]

En todo caso, se precisa que las Cuentas en Participación, encuentran su base legal en el Código de Comercio venezolano, en su Libro Primero dedicado al Comercio en General, específicamente en la Sección XII del Título VII, referido a las Compañías de Comercio y a las Cuentas en

[447] RUAN, Gabriel. (2015). Aspectos Tributarios de las Cuentas en Participación. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nº 154, Páginas: 391-436 Issn: 0798-1457*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 07 de febrero de 2.020. Disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2015/BolACPS_2015_154_391-436.pdf p.393.

Participación, de acuerdo con el cual, éstas son una asociación en participación en las que un comerciante o una compañía mercantil, da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su comercio[448].

En atención a lo señalado, y de acuerdo con Ruan G. (2.015):

> Se observa que el Código de Comercio regula las cuentas en participación dentro de un título común con las sociedades mercantiles, pero las distingue de ellas en el mismo encabezamiento del título, y además las califica como asociaciones y no como sociedades, a más de identificarlas sólo como cuentas en participación.[449]

Aun así, esta figura jurídica es concebida de diversas maneras y es ajustada a diversos tópicos legales, siguiendo al mismo autor (2.015):

> Esta diversidad de nombres es reflejo de la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de ellas, de la cual hacen comentarios todos los autores, ya que para algunos son sociedades, para otros asociaciones, para otros un contrato autónomo, y hasta una figura atípica producida por el hibridismo de varias figuras, lo cual ha hecho pensar que no son sociedades sino contratos asociativos o de colaboración afines a las sociedades por perseguir un fin común, pero carentes de los atributos y formalidades de éstas, configuradas por la autonomía contractual de los comerciantes…[450]

En todo caso, el contrato de Cuentas en Participación en su naturaleza jurídica, ampliando lo establecido por el Código de Comercio, y como bien lo expone Ruan G. (2.015):

> … se origina en un contrato bilateral, oneroso, consensual, aleatorio, de colaboración entre las partes, con forma escrita necesaria de carácter probatorio, en el cual un sujeto llamado asociante o gestor concede participación a otro –u otros– sujeto denominado asociado o participante, en los resultados de un

[448] Código de Comercio de Venezuela, Articulo 359.
[449] RUAN, Gabriel. *Op. Cit.* p.394.
[450] *Ibidem.* p.394.

> negocio o varios negocios de su propiedad, o en todos los de su giro comercial, con lo cual ambos hacen *fin común* la actividad desempeñada por el asociante y consiguientemente, comparten las utilidades o pérdidas que arrojare la misma, sin que los terceros tengan información sobre la existencia de la asociación, pues ésta es invisible para ellos, ni tengan derechos ni obligaciones frente al asociado, sino únicamente frente al asociante o dueño del negocio. Se impone aquí el carácter relativo del contrato que no daña ni aprovecha a los terceros, con excepción del supuesto de quiebra del asociante (art. 362 del C.Com).[451]

Sumándose lo establecido por Morlés A. (S/F) quien fija que ‘‘las cuentas en participación pertenecen a los contratos de intercambio’’ (*Apud*. Ruan G. (2.015).)[452], con lo que se afirma por éstos doctrinarios, la naturaleza contractual de estos negocios jurídicos, que nacen de la Autonomía de la Voluntad de los comerciantes, y que se manifiestan como un contrato entre empresarios o entre empresarios y no comerciantes, el cual se regirá por las convenciones de las partes[453].

En el contrato de Cuentas en Participación, el Asociante Gestor será quien llevará a su cargo el negocio comercial, como comerciante individual o como sociedad mercantil, los demás terceros contratarán solo con él, éste será quien lleve la contabilidad de la cuenta y en general, será quien responderá frente a los demás sujetos de las obligaciones sociales; tal como lo afirma Ruan G. (2.015) ‘‘Las relaciones con los terceros conciernen sólo al asociante’’[454]. Mientras que el Asociado o Participante, será el afiliado pasivo y oculto frente a terceros, quien aportará efectivo, bienes, servicios o intangibles a la contabilidad del comerciante o de la sociedad mercantil, pero

[451] RUAN, Gabriel. *Op. Cit.* p.395.
[452] *Ibidem.* p.399.
[453] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 361 y 363.
[454] RUAN, Gabriel. *Op. Cit*. p.397.

no recibirá acciones o propiedad en el negocio por su aporte económico, solo participará en los resultados de la cuenta.[455]

Sin embargo, en el caso de quiebra, los Asociados o Participantes tienen derecho a ser colocados en el pasivo de los fondos con que han contribuido, en cuanto éstos excedan de la cuota de pérdida que les corresponda.[456] Pues como lo exponen Garay J. y Garay M. (2.012):

> Si el comerciante [es decir, el asociante] hizo quiebra, el participante [o asociado] se coloca como un acreedor más. Si **por ejemplo**, los acreedores solamente encuentran bienes con que cobrarse por la mitad de sus acreencias, también el participante tendrá derecho a recibir la mitad de lo que puso en el negocio[457].

Por su parte, de acuerdo con la normativa mercantil el contrato de Cuentas en Participación debe constar por escrito para su prueba[458], aunque en sentencia de la Sala de Casación Civil (1.964) ‘‘el escrito requerido como prueba de su existencia, no debe ser necesariamente el documento de su constitución, sino cualquiera de los medios escritos de que se dispone en el campo del Derecho Mercantil’’ (*Apud*. Ruan G. (2.015).).[459] Por lo que los contratos de Cuentas en Participación también se podrán probar por medio de los libros de los comerciantes.

Así mismo, como lo expone Márquez (2.016), el contrato de Cuentas en Participación deberá tener por objeto segmentos del negocio del Asociante Gestor, mientras que el Asociado, debe participar solo sobre los resultados netos obtenidos en la gestión del negocio del Asociante, nunca sobre cantidades garantizadas o fijas, además que, el riesgo de asumir pérdidas debe estar compartido entre ambas partes, pero la participación en las

[455] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 360.
[456] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 362.
[457] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.214.
[458] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 364.
[459] RUAN, Gabriel. *Op. Cit.* p.402.

pérdidas puede estar limitada al monto de aportes cuantificables en dinero, por lo demás, el contrato es temporal y el Asociante debe seguir siendo el dueño del negocio, aunque los aportes se hagan en beneficio común.[460]

Así, ampliando la explicación de Garay J. y Garay M. (2.012), el contrato de Cuentas en Participación, se puede suscribir por ejemplo, por un accionista que ha adquirido la totalidad de las acciones en una Sociedad Anónima, y que decide en ejercicio de su Autonomía de la Voluntad, celebrar un contrato de Cuentas en Participación con un buen amigo que aunque no tiene participación accionaria en la sociedad mercantil, desea participar en las utilidades generadas en la misma, a cambio de un aporte económico a favor de la empresa, que le servirá a ésta de empuje económico para la materialización de los nuevos proyectos comerciales, en este caso, este sujeto será un tercero frente a la compañía, pues no es socio ni accionista de la misma, pero que participará, en el reparto de sus beneficios o correlativas perdidas[461].

En este sentido, el tercer sujeto no tendrá implicación frente a los acreedores sociales y tampoco tendrá a su favor derechos en la empresa, ni obligaciones frente a ésta, solo los expresamente fijados en el contrato de Cuentas en Participación frente al asociante o gestor, ya que como lo establece Ruan G. (2.015) en este contrato ‘‘a la comunión de los resultados no corresponde una comunión de los poderes. [Porque del mismo]… no surge ninguna organización jurídica, todo se reduce a una relación contractual [relativa] ’’[462]

[460] MÁRQUEZ. (2016). Cuentas en Participación. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 07 de febrero de 2020. Disponible en: http://iuriscont.blogspot.com/2016/10/cuentas-en-participacion.html?m=1
[461] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.213.
[462] RUAN, Gabriel. *Op. Cit*. p.397.

4.2. Contrato de Cuentas en Participación entre Socio y Tercero

Las Cuentas en Participación, aunque en principio se establecen por el Código de Comercio venezolano como un contrato a celebrar entre la empresa o comerciante individual y terceros (lo cual lo haría sencillamente un contrato mercantil suscrito por la sociedad mercantil o comerciante como sujetos de derecho que son, en ambos casos), también podrá ser suscrito, en interpretación *lato sensu* del artículo 206 de este mismo cuerpo normativo, por «un socio» de la compañía con una tercera persona, el cual estaría asociado a aquel únicamente y no asociado a la compañía, con el objeto de repartir entre ellos las utilidades y pérdidas que correspondan al socio en la entidad mercantil.

En este caso, el contrato en Cuentas en Participación, funcionaria con el socio de la compañía en cuestión, como el Asociante o Gestor, quien concederá a un sujeto no asociado la empresa, quien será el Asociado o Participante, toda participación en las utilidades o pérdidas que le correspondan a él por su condición de socio o accionista de la empresa; donde en todo caso, el único que podrá ejercer los derechos de socio o accionista en la compañía y que tendrá obligaciones frente a ésta, será el gestor, no teniendo entonces tampoco la sociedad mercantil, obligación o responsabilidad con el participante, ni acciones contra éste.

Puesto que la relatividad del contrato, es una de las particularidades de las Cuentas en Participación, en este sentido, este contrato no será oponible a los demás socios de la empresa ni a la misma sociedad mercantil.

Sin embargo, de lo dicho se deduce el innegable equiparamiento entre los contratos en cuentas en participación y los contratos parasociales, pues aquéllos pueden concebirse acertadamente como un contrato

extraestatutario, que puede encuadrar como un contrato parasocial entre socio y terceros, con la salvedad que su relatividad e inoponibilidad externa, viene dada así por la misma legislación que lo estipula.

5. Propuesta de Regulación aplicable a la cuestión de los Contratos Parasociales en Venezuela

Haciendo una abstracción general de lo estudiado en este Capítulo, y teniendo en cuenta la total falta de regulación normativa de los contratos parasociales en el ordenamiento jurídico venezolano, se hace imperativo ofrecer una propuesta de regulación aplicable a esta cuestión, mas aun teniendo en consideración la importancia de los contratos extraestatutarios como herramienta jurídica, que amplía el buen desarrollando de la actividad empresarial.

Así, se debe tener presente que la normativa comercial venezolana, establece que las sociedades mercantiles se rigen en primer lugar, por los convenios de las partes[463], lo que deja en vigor que el Estado a través de sus órganos de control, específicamente en las potestades de los Registradores Mercantiles, debe priorizar las estipulaciones fijadas de manera válida por los socios o accionistas en el buen ejercicio de la Voluntad Societaria, pues solo así los comerciantes que decidan unirse en sociedad, podrán emplear adecuadamente las herramientas legales que tipifica el Derecho de Sociedades.

De manera que, la formas válida de empezar a incorporar la figura jurídica del contrato parasocial en la vida societaria de las entidades comerciales de Venezuela, será a través de su aditamento en la normativa interna o reglamentaria de las compañías venezolanas.

[463] Código de Comercio de Venezuela, artículo 200.

Siendo entonces necesario, modificar la actual práctica societaria y registral, en vista que la estructuración del documento constitutivo de las sociedades mercantiles y de sus estatutos sociales, se ha convertido en una actividad mecanizada a la que se le resta su gran importancia, convirtiéndose la redacción de estos documentos en una copia de modelos ya registrados, en igual redacción una y otra vez, salvo pequeños cambios particulares en cada ente social, como sus denominaciones sociales, domicilios, montos de capital social, nombramientos, o afines, pero sin que en dicha fase, los fundadores del ente comercial se preocupen por establecer, el cómo desarrollar la vida corporativa de la empresa, el modo en cómo manejar sus conflictos internos, sus prerrogativas económicas, entre otros tantos asuntos, que aunque en dicha etapa, es cierto, no se pueden vivenciar, si se pueden proyectar.

Así, lamentablemente de los procesos constitutivos de las sociedades mercantiles venezolanas, se observan dos malas prácticas, de un lado, las potestades de control del Registrador Mercantil coartan en gran medida que se estipulen a nivel estatutario todos los aspectos hasta ahora mencionados, y por otra parte, se suma la desinformación de los sujetos que intervienen en el proceso constitutivo de la sociedad mercantil; por ello, es primordial que ambas partes, futuros socios en compañía de sus asesores legales y Registradores Mercantiles, gestionen ampliamente sus derechos y asuman comprometidamente su trabajo, en la adecuada aplicación de la normativa mercantil.

En cuyo orden, rebasándose estos límites se podría hacer un buen uso de las herramientas jurídicas societarias, razón por la cual, la manera idónea de hacerlo es a través de las cláusulas estatutarias, con base a la Libertad Contractual que emana de la Autonomía de la Voluntad privada, pudiendo ésta, ser una práctica que guie la tipicidad social de los contratos parasociales en Venezuela.

Ahora bien, el Código de Comercio venezolano, como se explicó, hace referencia al documento constitutivo y a los estatutos sociales, de una manera indistinta, asumiéndose entonces que pueden estar ambos integrados en el mismo documento, siendo común en la práctica encontrarse con la forma del documento constitutivo-estatutario de la empresa, aun así, será potestad de los socios manejar ambos instrumentos en un solo cuerpo o de manera separada.

Donde destaca, que el mismo texto mercantil, fija los parámetros mínimos que se deben verificar en la suscripción de los documentos constitutivos para cada tipo societario, entendiéndose que estos son a título enunciativo y no taxativo, en cuyo orden, la normativa societaria solicita mínimamente que el Acta Constitutiva de las sociedades mercantiles contenga:

. La firma, razón o denominación social que adoptará la compañía,
. El objeto de ésta, es decir, la especie de los negocios a que se dedicará,
. El monto del capital social, expresándose el monto de la suscripción de cada socio, la indicación de si se ha aportado en dinero o en especie, señalándose el importe suscrito y enterado en caja, o la suma de los valores entregados o por entregar,
. La designación de las personas que ejercerán la representación legal de la empresa, en cabeza de un Administrador o de una Junta o Consejo Administrativo,
. La designación del o los Comisarios,
. Las reglas con sujeción a las cuales deberán formarse los balances y calcularse y repartirse los beneficios,
. El tiempo en que la sociedad habrá de principiar y de terminar su giro,
. El domicilio de la compañía,
. Las facultades de la Asamblea de Accionistas o Junta de Socios,

. Las condiciones para la validez de las deliberaciones sociales, como quórums y ejercicio del derecho del voto de los asociados.

Aspectos estos, que vienen a formar el caparazón de la sociedad mercantil, pero que en la práctica y en el orden interno, dejan todo en manos de las normas supletorias establecidas por el Código de Comercio y por el Código Civil, lo que se traduce en cláusulas estatutarias que solo enuncian mas no regulan, olvidándose así de la vocación reglamentaria que deben tener los estatutos sociales.

Ello como consecuencia de plasmar el acta constitutiva y estatutos sociales, en un solo documento, siendo entonces pertinente verificar lo establecido en el Código de Comercio venezolano en lo referido a la presentación ante el Registro Mercantil de dichos escritos, siendo que el Código en comento, establece que en las Sociedades de Personas será imperativo presentar solo un extracto del documento constitutivo y en las Sociedades de Capital:

> Dentro de los quince días siguientes al otorgamiento del documento constitutivo de la Sociedad Anónima, de la compañía en comandita por acciones o de la compañía de responsabilidad limitada, el administrador o administradores nombrados presentarán dicho documento, al Juez de Comercio de la jurisdicción donde la compañía ha de tener su asiento o al Registrador Mercantil de la misma; y un ejemplar de los estatutos, según el caso…[464] (Subrayado propio).

Deduciéndose que ambos documentos, en cualquiera de los tipos sociales, pueden llevarse de forma separada; así, el acta constitutiva será el documento por el cual se crea la sociedad mercantil y los estatutos sociales, el documento por el cual se regulará el funcionamiento interno de dicha sociedad, pudiéndose reglamentar entonces en los estatutos sociales, el asunto concerniente a los contratos parasociales.

[464] Código de Comercio de Venezuela, Artículos 215.

5.1. Posible Regulación Estatutaria de los Contratos Parasociales en Venezuela

A través de los estatutos sociales, la sociedad mercantil podrá darle soporte corporativo a la empresa, siendo lo ideal, que proyecte su régimen interno a diversos escenarios que eventualmente se puedan desarrollar, pues aunque si bien es cierto, en su etapa semilla la empresa solo posee una visión de crecimiento comercial, donde los socios o accionistas solo aspiran ver crecer poco a poco su nuevo proyecto, siendo que aún no se conocen certeramente los escenarios que se lograrán cubrir, no es menos cierto, que aun en esta etapa – de formación – el ente comercial pueda prever diversas posibilidades, para que llegado el caso, la empresa pueda responder adecuadamente sin delegar todo a las normas supletorias, sino que en primer plano, pueda ser la misma gerencia empresarial, la que asuma la regulación necesaria en el caso particular.

Lo cual se puede lograr, con la incorporación de cláusulas que permitan la celebración de contratos parasociales, puesto que la finalidad de los estatutos sociales es regular las relaciones internas que se puedan ir generando, con lo cual, se le dará la facultad a los socios o accionistas de pactar o contratar entre ellos si así lo solicitan determinados asuntos, lográndose de esta manera que estos contratos encuentren un soporte regulatorio interno, frente a los demás asociados y frente a la misma sociedad mercantil, quien en todo caso es ante quien se querrá oponer la eficacia de los mismos.

Lo cual solventaría en gran medida, diversas aristas que surgen alrededor de la celebración – y ejecución de contratos parasociales – puesto que como se observará *infra* (Capítulo IV), los principales límites a la eficacia de estos contratos es la inoponibilidad de los mismos frente a la sociedad mercantil.

Sin embargo, la materialización de esta propuesta, deberá rebasar ciertas limitaciones generadas por parte de los órganos de control Estatal, que como se dijo, no siempre conciben la admisión para inscripción y registro, de hechos no regulados expresamente por la normativa societaria, desconociendo así el alcance de la Autonomía de la Voluntad o Voluntad Societaria.

5.1.1. Limitaciones Institucionales:

En el proceso constitutivo de las sociedades mercantiles venezolanas, los administradores o delegados legales, encargados de la presentación ante el Registro Mercantil para la respectiva publicación y registro del acta constitutiva y estatutos sociales, se encuentran con las limitaciones administrativas impuestas por las autoridades facultadas por la Ley para admitir o no el procesamiento solicitado; como se ha dicho, el Registrador Mercantil ostenta en su cargo potestades de control que le permiten verificar el cumplimiento de extremos legales, estas potestades se encuentran plasmadas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, y establecen que le corresponde al Registrador Mercantil en aplicación del parágrafo único del artículo 200 del Código de Comercio, cumplir entre otras, con las siguientes obligaciones:

. Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social de la compañía, que cuyo efecto instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas de Estado, en virtud de lo cual, el mencionado Servicio establecerá vía resoluciones administrativas los montos mínimos de capital social para la apertura de Sociedades Mercantiles.

- Asegurar que los aportes en especie tengan el valor declarado en el Documento de Constitución o en cualquier otro acto que implique cesión o aporte de bienes o derechos, a cuyo efecto se acompañará un avalúo realizado por un perito independiente colegiado.
- Exigir la indicación de la dirección donde tenga su asiento la sociedad, el cual se considerará su domicilio a todos los efectos legales.
- Homologar o rechazar el término de duración de la sociedad, respetando la manifestación de voluntad de los socios, a menos que la duración sea estimada excesiva, entre otros.

Facultades estas que como se observa, no ponen a cargo del funcionario al frente del Registro Mercantil, la potestad de restringir la Autonomía privada de los asociados, ni de estandarizarla en modelos pre registrados; por lo que no hay fundamento legal para que en la práctica los Registradores Mercantiles rechacen la inscripción de documentos constitutivos que no se ajusten a los modelos prefijados.

Siendo entonces que no se debe sacrificar los derechos por los formulismos aceptados, inaplicando la normativa constitucional, comercial y civil que amparan válidamente la Voluntad Privada; por ello, aunque no sea lo habitual en la praxis, los estatutos sociales deben redactarse en pro de la verdadera protección de los derechos e intereses de los socios o accionistas ante diversas eventualidades, estableciéndose en ellos, las potestades, limitaciones, alcances y eficacia de determinados actos, las formas de llevar los procesos sociales y las formas de dirimir conflictos internos, entre tantos aspectos más.

__oOo__

Con lo cual, superando las limitaciones institucionales, se podría incluir a nivel estatutario la regulación y validez de los contratos parasociales que se

pretendan celebrar al interior de las sociedades mercantiles venezolanas, regulándose a través de la reglamentación interna de la sociedad mercantil, los requisitos mínimos con los que deberían cumplir los contratos parasociales para su oponibilidad ante el ente comercial, fijándose así los efectos jurídicos que generaran dichos contratos al interior de la sociedad mercantil, y el establecimiento de los mecanismos de cumplimiento que podrán accionar las partes al interior de la sociedad comercial, garantizándose así la eficacia societaria de dichos contratos.

Lo cual, podría a su vez, sentar las bases en el ordenamiento jurídico venezolano, para la regulación de los contratos parasociales a través de su tipicidad social, siendo conveniente entonces, exponer los parámetros mínimos que se deberían verificar para que este hecho se acepte como costumbre mercantil en Venezuela.

5.2. Formación de un precedente, Costumbre Mercantil.

Dicho lo anterior, es necesario hablar del valor que tendrán las prácticas enunciadas, pues si éstas se presentan de forma reiterada en el tiempo podrán ser el primer paso para la regulación de los contratos parasociales en el ordenamiento jurídico venezolano, pues a través de la tipicidad social de estos contratos, se creará el precedente a la futura regulación legal de los mismos; siendo esto así, será necesario tener presente lo dispuesto por el Código de Comercio venezolano, el cual dispone que:

> **Artículo 9:** Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio.

En razón de lo cual, y en acuerdo con Garay J. y Garay M. (2.012), la costumbre aceptada, es fuente secundaria de Derecho Mercantil, pues ésta si cumple con los requisitos para ello, se debe aplicar cuando haya silencio de parte de la Ley comercial[465], como lo fijan estos mismos abogados ‘‘Es lo que se llama *Derecho Consuetudinario* (del latín, *consuetudo*, costumbre)… [Por lo que] A menudo la costumbre arraigada y beneficiosa ha sido recogida en una ley a fin de darle más fuerza y no haya que estar probándola’’[466].

En este sentido, como bien lo resumen Bermúdez J. y Martínez C. (2.012):

> El Derecho no puede, naturalmente, prever todas las situaciones que se plantean en la vida real. A falta de Ley escrita, los operadores jurídicos adoptan usos y costumbres que en ciertos casos son jurídicamente obligatorios como normas generales y abstractas, generalmente supletorias, pues deben cumplirse salvo que la Ley o las partes contratantes dispongan otra cosa. En ordenamientos jurídicos cada vez más complejos, los usos y costumbres cobran importancia incluso en áreas que le eran naturalmente vedadas.[467]

Sin embargo, se debe aclarar que al presentarse una situación no regulada por la normativa mercantil, el mismo Código de Comercio fija dos caminos: uno, establecido en el artículo 8 del mismo cuerpo normativo, y el cual dispone que en los casos en que no estén especialmente resueltos por el Código de Comercio, se aplicarán las disposiciones del Código Civil; y otro, como ya se mencionó, establecido en el artículo 9 *eiusdem*, de acuerdo con el cual las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley; lo cual ha presentado en la doctrina mercantilista, diversas posiciones.

Así, como bien lo exponen Bermúdez J. y Martínez C. (2012), la postura de los primeros comentaristas del Código de Comercio, al respecto establecieron que:

---

[465] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit.* p.29.
[466] *Ibidem*. p.44.
[467] BERMÚDEZ José R. y MARTÍNEZ Claudia M. *Op. Cit*. p.1.

> … difícilmente habrá problemas de jerarquía entre las disposiciones del Código Civil y la costumbre mercantil, pues la existencia de una solución en la legislación civil evitará el nacimiento de una regla consuetudinaria que aporte una solución distinta.[468]

Sin embargo, en razón de la especialidad de la rama mercantil en el Derecho Privado, posteriores opiniones[469] en análisis de la fuente prevaleciente a falta de disposición expresa en el Código de Comercio ante determinado hecho jurídico, establecieron el carácter secundario, en orden de prelación, de la costumbre mercantil; así, como lo explican Bermúdez J. y Martínez C. (2012):

> En opinión de Goldschmidt, recurrir al Código Civil antes que a la costumbre "*choca con la historia del derecho mercantil y está en contradicción con la idea de especialidad de este derecho (…) el derecho mercantil ha nacido como derecho consuetudinario y aún hoy, en materia de comercio internacional, las costumbres son la fuente principal para el desarrollo del derecho mercantil*". Para Goldschmidt es absurdo aplicar, en primer lugar, una fuente de Derecho mercantil –el Código de Comercio–, luego una fuente de Derecho civil –el Código Civil– y, finalmente, otra fuente de Derecho mercantil –la costumbre. El propio autor concluye que "*Cuando el artículo 9 dice que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, se refiere al silencio de la ley mercantil y cuando el artículo 8 habla de los casos especialmente resueltos por el Código de Comercio no incluye los casos resueltos por las costumbres mercantiles a las cuales el mismo Código hace referencia y que incorpora en el Código*".[470]

En este sentido, los autores citados, orientan y encuadran los usos y costumbres dentro del orden de prelación establecido en los artículos 8 y 9 del Código de Comercio y artículo 1.160 del Código Civil, en cuyo orden exponen que:

---

[468] BERMÚDEZ, José R. y MARTÍNEZ, Claudia M. *Op. Cit*. p.20.

[469] Entre estas, las ofrecidas por los estudiosos del Derecho: Leopoldo Borjas, Roberto Goldschmidt, Alfredo Morlés Hernández, María Auxiliadora Pisani Ricci y Mario Rotondi. *Vid*. BERMÚDEZ, José R. y MARTÍNEZ, Claudia M. *Op. Cit*. pp.20-21.

[470] BERMÚDEZ, José R. y MARTÍNEZ, Claudia M. *Op. Cit*. p.21.

> … el orden de prioridad de los medios de integración en asuntos de Derecho interno, y salvo que leyes especiales dispongan otra cosa [debe ser]:
>
> …
> b. *El vacío de la Ley mercantil* se completa aplicando por analogía la Ley mercantil; a falta de ella se aplica la costumbre normativa prevista en el artículo 9 del Código de Comercio; y sólo a falta de ella se acude a las reglas del Código Civil y a los medios de integración previstos en su artículo 4 del Código Civil (analogía y principios generales del Derecho).
>
> …
> d. *El vacío del contrato mercantil* se resuelve aplicando la Ley supletoria mercantil; a falta de ella la costumbre normativa prevista en el artículo 9 del Código de Comercio; y a falta de ella se acude a los medios de integración previstos en el artículo 1.160 del Código Civil: Ley supletoria no mercantil, usos (en este caso no mercantiles), y al principio de equidad.[471]

Sin embargo, para que lo anterior pueda ser aplicado, la costumbre mercantil deberá ajustare a ciertos requerimientos; siendo estos establecidos en la misma norma que la consagra; así, como lo exponen Bermúdez J. y Martínez C. (2012):

> … el artículo 9 da cabida a la costumbre normativa, también llamada usos normativos porque los reconoce como normas obligatorias –salvo pacto en contrario– y establece ciertos requisitos para que una práctica determinada tenga efecto normativo. En efecto, cuando Goldschmidt define la costumbre como fuente de Derecho parafrasea los elementos mencionados en el artículo 9: la costumbre es fuente de Derecho cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiteradas por un largo espacio de tiempo.[472]

Siendo que, para que la celebración, validez y eficacia de los contratos parasociales en Venezuela, posean tipicidad social, los hechos que los constituyen en sus procesos formativos y regulatorios, deberán ser reiterados en el tiempo, conocidos por la generalidad de personas de derecho

[471] BERMÚDEZ, José R. y MARTÍNEZ, Claudia M. *Op. Cit*. p.22.
[472] *Ibidem*. pp.19-20

involucradas en el entorno societario de este país y ejecutados regularmente en los espacios en que hagan vida jurídica las sociedades mercantiles venezolanas.

Pues, como bien lo exponen Bermúdez J. y Martínez C. (2012) la norma bajo análisis, no menciona el elemento subjetivo de la costumbre normativa[473], que si se requiere en otros espacios legales; en este sentido, dichos autores refieren que a su entender:

> … la *opinio iuris* se requiere con respecto a la costumbre en general, considerada como fuente autónoma y extra-estatal de normas jurídicas. No debe requerirse la *opinio iuris* en ordenamientos como el nuestro, donde la costumbre sólo es fuente subalterna, y es la Ley escrita la que le confiere su fuerza obligatoria, aunque el obligado a cumplirla no la conozca. Morles Hernández asume esta posición al referirse al artículo 9 del Código de Comercio: "*Conforme a la doctrina tradicional, para que exista costumbre se requiere constatar la existencia de ambos elementos –subjetivo y objetivo. Sin embargo, en el presente caso, el elemento subjetivo es irrelevante, pues la propia ley –de modo expreso– incorpora la costumbre mercantil al sistema jurídico*".[474]

En razón de lo cual, los prenombrados autores, se contraponen a la opinión de:

> … Leopoldo Borjas [quien] sostiene que ese elemento subjetivo estaría implícito en el artículo 9, "*cuando se establece que los hechos que constituyen la costumbre deben ser 'públicos'. En efecto, el adjetivo público significa que una cosa es notoria, patente, manifiesta, vista o válida por todos. Es decir, que ese comportamiento, frente a la costumbre, es conocido y querido*" … [pues en opinión de los profesores, la] *publicidad* no equivale a convicción de obligatoriedad. Creemos que el requisito de publicidad previsto en el artículo 9 del Código de Comercio no debe interpretarse como publicidad por la prensa o por internet, ni de otra manera al alcance de todos. Lo que importa es que la costumbre sea empíricamente observable y que sea conocida, no necesariamente por todos, sino por la generalidad de los operadores jurídicos que se desenvuelven en un determinado sector de negocios, o en una determinada localidad o ámbito

[473] *Ibidem*.
[474] *Ibidem*. p.13.

> geográfico, incluso nacional o internacional. En todo caso, no nos parece razonable exigir la *opinio iuris* en Venezuela, donde la fuerza normativa de la costumbre viene dada porque la Ley [que] la prescribe, independientemente de que haya o no convicción de obligatoriedad…[475]

En este sentido, bastará para la regulación consuetudinaria de la contratación parasocial, el conocimiento de parte de las empresas venezolanas de este tipo de negocios jurídicos, su empleo constante en la práctica societaria del país a través del correcto ejercicio de la Autonomía Privada y el reconocimiento de estos contratos por parte de las entidades registrales, para así si fuere el caso, poder hacer idónea la prueba de esta costumbre mercantil ante instancias judiciales, pues el Juez de Comercio ante los conflictos presentados en sede judicial, deberá apreciar prudencialmente la existencia de estos elementos.

De manera que, en momento ulterior se podrían zanjar en el Derecho Societario de Venezuela, los vacíos legales que se presenten en la celebración de contratos parasociales al interior de las sociedades mercantiles venezolanas, pues de llegar estos negocios a consolidarse en costumbre mercantil, habrá una tipicidad social que hará eficaces dichas negociaciones en el país.

En todo caso, es oportuno tener presente lo dicho por Portalis J. (1.844) ‘‘Las partes que contratan sobre una materia que la Ley positiva no ha definido, se someten a los usos recibidos o a la equidad universal, a falta de todo uso” (*Apud*. Bermúdez J. y Martínez C. (2012).).[476]

[475] *Ibidem*. p.19.
[476] *Ibidem*. p.1.

5.3. Propuesta de Modelo de Cláusulas Estatutarias permisivas de la celebración de Contratos Parasociales en las Sociedades Mercantiles de Venezuela

De lo dicho, resalta que son los estatutos sociales uno de los principales instrumentos de expresión de la Voluntad Social, por ello, teniendo en cuenta que el legislador mercantil patrio, establece que las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes – artículo 200 del Código de Comercio – y que además en la resolución de asuntos societarios, en diversas disposiciones, se fija que se aplicará la normativa supletoria «si los estatutos no disponen otra cosa», será plenamente valido que los socios o accionistas incorporen a nivel estatutario la regulación y validación de la celebración de los contratos parasociales al interior de las sociedades mercantiles venezolanas.

Por ello, habiendo tratado la importancia jurídica que poseen los estatutos sociales en las sociedades mercantiles, y en atención a la regulación que puede darse a la celebración, validez y eficacia de los contratos parasociales en Venezuela, a través de su incorporación a las disposiciones reglamentarias internas de las sociedades mercantiles, se formula un modelo de cláusulas estatutarias con base a la estructura corporativa de las sociedades anónimas, que amplíen los estándares habituales de Estatutos Sociales, incorporando en los mismos un capítulo dedicado a los contratos parasociales, que reglamente la posibilidad de suscribir estos contratos, regulando las formalidades con las que deberán cumplir al interior de la sociedad para su eficacia interna, así como el establecimiento de los mecanismos de cumplimiento que al interior de las sociedades mercantiles se podrían accionar ante su eventual incumplimiento.

Dicho modelo – o propuesta – se agrega como **ANEXO** del presente trabajo.

CAPITULO IV
EFECTOS DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES EN EL DERECHO SOCIETARIO DE: COLOMBIA, ESPAÑA Y VENEZUELA

En acuerdo con Paz-Ares C. (2.003):

> … si un pacto parasocial es válido, se convierte en «ley entre las partes»… y, en ese caso, no hay razón para privar a quien esté interesado en su cumplimiento de ninguno de los remedios previstos por el sistema jurídico para la defensa y protección de sus intereses contractuales. El hecho de que los pactos parasociales estén ligados funcionalmente a la sociedad a que se refieren y de que, por tanto, le afecten indirectamente no puede servir de pretexto para recortar su alcance, como a veces se sostiene…[477]

En este sentido, como en todos los contratos, en los parasociales su validez jurídica determina ciertos efectos, entre las partes contratantes y frente a terceros, efectos estos que determinarán la eficacia del contrato, pues lo que aspiran las partes suscriptoras en una relación de tipo contractual es que las cláusulas convenidas se materialicen en la esfera jurídica de cada una de ellas, lo que se traduce en la facultad que debe asistir a las partes, de accionar los mecanismos ofrecidos por el Derecho para la ejecución, incluso forzosa, de los convenios contractuales.

En razón de lo cual, para el desarrollo de esta sección, se debieron analizar diversos trabajos monográficos y tesis de grado, trabajos de ascenso, artículos y publicaciones doctrinarias precedentes a este estudio, que sirvieron de fundamento teórico a los postulados propuestos en la presente investigación.

[477] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.21.

Antecedentes Investigativos

. **«Los Acuerdos de Accionistas. Evolución y Aplicación en Colombia»**. Artículo escrito por Mejía Darío, para la Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes de Bogotá - Colombia, en Julio - Diciembre de 2.014, cuyo objetivo es ‘‘construir un marco general legal y conceptual de dichos acuerdos’’, que resulte ‘‘útil para establecer las acciones legales que pueden ser adoptadas por los accionistas y sociedades mercantiles, para hacer exigibles los prenombrados acuerdos en seno societario de Colombia’’[478].

. **«Eficacia de los Pactos Parasociales dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano para suplir a los Riesgos de la Actividad Societaria»**. Trabajo Monográfico escrito por Higuera Carlos y Montealegre Laura, como requisito para optar por los títulos de abogados en la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá – Colombia, durante el Programa de Derecho - 2.018, trabajo que recuerda que los contratos parasociales…

> … buscan minimizar los diferentes riesgos que puedan surgir en la realización de la actividad societaria, pero [al recordar que] su utilidad y uso están determinados por la eficacia que el pacto parasocial pueda ofrecer, [dicho artículo] pretende postular como solución a los problemas de eficacia, [de los contratos parasociales], el contrato de seguro, como una salida económica al conflicto societario, para lo cual…, [se realiza en el texto] un análisis de [la] factibilidad jurídica, enfocado al seguro de responsabilidad civil y el seguro de cumplimiento entre privados.[479]

. **«Los Pactos de Socios en el Derecho Colombiano»**. Artículo escrito por Camargo Magda, en el año 2.017, en razón de la preparación de la tesis de magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, de Bogotá – Colombia, cuyo objetivo fue determinar el alcance jurídico de los contratos

[478] MEJÍA, Darío A. (2.014). *Op. Cit.* p.2.
[479] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.3.

parasociales en el ordenamiento jurídico colombiano, buscando comprender su regulación en el Derecho Comercial colombiano y su relación con las reglas generales en materia de obligaciones, contratos y sociedades.

. **«El *Enforcement* de los Pactos Parasociales»**. Artículo escrito por Paz-Ares Cándido para ‘‘Actualidad Jurídica Uría & Menéndez’’, en el año 2.003, cuya finalidad es disipar las dudas en torno a la eficacia de los contratos parasociales en el orden jurídico de España, por lo que el trabajo estructura…

> … los medios de tutela de que pueden echar mano las partes para lograr su efectividad en caso de incumplimiento’’. [En vista que,] como fácilmente se comprende, de la eficacia que puedan tener esos medios *ex post*, dependerá su fuerza de disuasión *ex ante*, [y] su capacidad para motivar la conducta debida de quienes puedan mostrarse o sentirse más renuentes al cumplimiento.[480]

. **«Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces»**. Artículo escrito por Sáez María, para la Revista ‘‘Análisis del Derecho *InDret*, ’’ en el año 2.009; el cual, expone que:

> El dilema [en torno a los contratos parasociales] es claro: o se hace cumplir a rajatabla la letra de la ley –y, por consiguiente, dictaminar la inoponibilidad a la sociedad de los pactos parasociales, abriendo peligrosamente la puerta al oportunismo-, o se obliga al cumplimiento del pacto. Actualmente la cuestión es muy incierta, lo cual pone a prueba la audacia y el ingenio de los profesionales del derecho para articular mecanismos contractuales que posibiliten el *enforcement* societario del pacto parasocial (una de las fórmulas más usadas es la de introducir los pactos a través de prestaciones accesorias) Nótese que estas estrategias constituyen de por sí una seria disfunción. Cuando los riesgos de la litigación no pueden ser previstos con cierta confianza, es de suponer que las partes se abstendrán de involucrarse en actividades socialmente productivas, o tomarán excesivas y costosas precauciones para reducir su riesgo. Es más, el hecho de

[480] PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.19.

> que las reglas jurídicas comporten un alto coste administrativo es ya una buena razón para hacernos reflexionar seriamente sobre su racionalidad. Pero mientras llegue ese momento, sus excesos deben ser combatidos con los instrumentos que nos brinda el derecho vigente. La pelota, al menos eso parece por el número de casos que se suscitan, está en el tejado de los jueces.[481]

. **«La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales»**. Artículo doctrinario, escrito por Paz-Ares Cándido, en el año 2.011, el cual fija que:

> Para enjuiciar el problema de validez de los pactos parasociales debe distinguirse la imperatividad sustantiva y la imperatividad tipológica. El autor sostiene que solamente la imperatividad sustantiva constituye un límite a la autonomía privada en el ámbito de los pactos parasociales. En otras palabras, los pactos parasociales que se desvían de la imperatividad tipológica no merecen reproche o censura alguna desde el punto de vista jurídico.[482]

Estudios y publicaciones todos relevantes a esta sección, la cual está dedicada a los efectos de los contratos parasociales, pues se aborda en este capítulo la eficacia que pueden tener los contratos extraestatutarios válidamente celebrados, tanto en los ordenamientos jurídicos de Colombia y de España, a través del estudio de la normativa y jurisprudencia que regula la materia en dichos países, como en el ordenamiento jurídico de Venezuela, en aplicación de preceptos contractuales generales.

Siendo entonces, que en complemento con otros estudios, y con la revisión de la normativa comercial y obligacional, de estos tres sistemas legislativos, en estudio de los mecanismos de cumplimiento societarios e *inter partes* de los que disponen las partes contratantes en estos ordenamientos, se desarrolla teóricamente el presente capítulo.

[481] SÁEZ, María. I. *Op. Cit*. p.3.
[482] PAZ-ARES, Cándido. (2.011). La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.252.

1. Efectos de los Contratos en General

Se explico *supra* (Capítulo I), que los contratos en general, sin importar su tipo, deben ser estudiados en sus generalidades, a partir de la Teoría General de los Contratos establecida por el Derecho Obligacional, a través de la cual se podrán abordar los efectos jurídicos que surgen de toda negociación contractual válidamente celebrada; así, en términos generales «todo contrato posee efectos que se derivan de su validez jurídica», efectos estos, regidos por unos principios generales.

Dichos principios, orientan la eficacia jurídica y son base fundamental para precisar las consecuencia que origina la celebración de los contratos, entre éstos los parasociales, de estos principios deriva el respeto a las cláusulas contractuales, su valor probatorio y las obligaciones que recaen sobre las partes que las suscriben, siendo que de no existir dichos principios, sería imposible señalar los efectos que producen los contratos en especial los extraestatutarios.

1.1. Principios Reguladores de los Efectos Contractuales

Los principios que regulan los efectos de los contratos en general, a partir de su Teoría General, se dividen en tres, a saber: Principio de Relatividad, Principio de Oponibilidad y Principio de Obligatoriedad. Así las cosas, se explicará brevemente en que consiste cada uno de ellos y su encuadre jurídico en el mundo de los contratos parasociales.

1.1.1. Relatividad de los Contratos:

El Principio de Relatividad hace referencia al alcance *inter partes* que posee un contrato, como es sabido en principio, un contrato solo tiene efecto entre

sus partes firmantes; tal como lo establece el Derecho Obligacional de los diversos ordenamientos jurídicos; se contrata solo para las partes intervinientes y sus herederos o causahabientes, y por razones de seguridad jurídica se establece que «lo pactado por unos no puede afectar a otros» (*res inter alios acta tertiis non nocet*).

Por ello, un contrato no puede coaccionar el cumplimiento de las prestaciones acordadas en el mismo a personas que no han manifestado su libre voluntad de obligarse; afirmar lo contrario sería extralimitar el alcance obligacional de la voluntad de las partes; por lo que se debe recordar, que la única que puede tener la potestad de ser imperativa aún a expensas de su aprobación o desconocimiento es la Ley, cuyos fines van más allá del mero interés personal obedeciendo esto a razones de orden público y de interés colectivo o general.

Con lo cual, las personas que no han suscrito determinado contrato, sean estas naturales o jurídicas, son «terceros» en el vínculo contractual que se ha formado, por lo que este principio o regla contractual de relatividad, es también conocida como «la Regla de la Inoponibilidad», obedeciendo esta denominación al hecho de que no se puede oponer a un tercero la obligación de cumplir con lo pactado por otros en virtud de que hay ajenidad, siendo el contrato «Ley» solo «entre las partes firmantes».

Sin embargo, es propio decir, que aunque no se puede colocar a la persona ajena al vínculo obligacional como deudora de la prestación, ésta si puede figurar como acreedora de la misma o como beneficiaria de la relación contractual, es decir, no se le puede exigir a un tercero el cumplimiento de la obligación pactada, pero si se le puede a este tercero otorgar el beneficio contratado.

Con lo cual, se evidencian determinadas excepciones a la regla que son apremiadas por el Derecho, haciéndose posible involucrar en un vínculo contractual a una persona que no suscribió el pacto (tercero) pero que formará parte de él, siendo solo necesario en este supuesto que manifieste su aceptación al beneficio, para así convertirse en acreedor de la prestación.

De donde, la aplicación del principio de la relatividad en materia de contratos parasociales, juega un papel importante, puesto que de las legislaciones estudiadas se observa que estos negocios jurídicos extraestatutarios en principio son solo relativos a las partes firmantes, sin embargo excepcionalmente estos también pueden ser relativos a la sociedad mercantil en la cual se han celebrado, en virtud de que en ocasiones, el ente societario puede ser beneficiario del contrato parasocial, siendo así en los supuestos de contratos parasociales de atribución.

1.1.2. Oponibilidad de los Contratos:

La oponibilidad de los contratos implica la oposición que el contrato puede tener frente a los sujetos de derecho que operen en el entorno contractual, sean estos sujetos parte o no del contrato, es decir, la oponibilidad del contrato parasocial indicará ante que personas u órganos se pueden confrontar las estipulaciones en él contenidas, no como exigencia de sus prestaciones sino como el acatamiento de todos hacia lo pactado. De manera que, el contrato parasocial debe ser oponible tanto a los sujetos suscriptores como a la sociedad mercantil y sus órganos de dirección y administración, a fin de que el mismo, pueda surtir plena eficacia.

Sin embargo, en la realidad práctica la oponibilidad de estos contratos frente a terceros, entre estos la sociedad mercantil, no es un asunto sencillo de materializar, o por lo menos no en todos los tipos de contratos parasociales;

para ello, se deberá abordar la oponibilidad de los contratos extraestatutarios en base a la clasificación de estos contratos realizada en líneas anteriores y de acuerdo a la normativa vigente y jurisprudencia de cada país.

Mientras que en relación a la oponibilidad de los contratos parasociales entre las partes firmantes se puede decir que es un asunto más afín a la realidad práctica, puesto que en base al principio de la Relatividad de los Contratos y al Principio de Obligatoriedad no se podrá cuestionar que entre las partes firmantes hay plena oposición de lo pactado.

1.1.3. Obligatoriedad de los Contratos:

Como es sabido, el Principio de la Obligatoriedad de los Contratos instaura que el contrato es «Ley entre las partes firmantes», lo que quiere decir, que una vez suscrito el contrato, las partes intervinientes no podrán excusar la falta de cumplimiento de las prestaciones acordadas por el simple hecho de no querer cumplirlas, puesto que si los sujetos manifestaron su voluntad de contratar e hicieron uso del mecanismo privado del contrato, deben saber que el Derecho exigirá de ellos probidad y una actitud leal en sus actuaciones.

En razón de lo cual, la obligatoriedad de los contratos implica la tutela por parte del Estado para hacer efectivo los convenios pactados entre las partes, en caso de que haya incumplimiento de alguna de ellas; así, la consecuencia derivada de este principio es la generación de seguridad jurídica en torno las convenciones contractuales.

Lo cual en el escenario de los contratos parasociales, equivale a que una vez celebrados estos negocios los mismos serán de obligatorio cumplimiento, siendo necesario que en cada legislación se cuente con los mecanismos

jurídicos para hacerlos cumplir, ya sean estos mecanismos dotados por el Derecho Societario o el Derecho Civil, de acuerdo al caso particular.

1.2. Eficacia de los Contratos

Como lo exponen Higuera C. y Montealegre L. (2.018) la eficacia de los contratos supone la ‘‘materialización’’ de las prestaciones que las partes han convenido ejecutar, o como lo pauta el Consejo de Estado de Colombia (2.007) la materialización “de aquello que las partes han querido, o sea, aquello que han dispuesto mediante un acto de autonomía negocial.” (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[483]

Por lo que de acuerdo con Bobbio N. (2.012) la eficacia en un sentido amplio indicará “si la norma jurídica es o no cumplida por las personas a quien se dirige, y, en caso de ser violada, [proclamará] que se haga valer con los medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto” (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[484] Lo cual, llevado a los contratos, se traduce en que la eficacia de un acuerdo negocial, solo se observará cuando éste es ejecutado conforme a lo pactado, donde si no se da el cumplimiento voluntario, deberán proceder en torno a él los medios capaces de coaccionar efectivamente su cumplimiento.

Así si el contrato es válido se podrán accionar una serie de mecanismos dirigidos a hacer eficaces los convenios entre las partes, estos mecanismos reciben el nombre de «*enforcement*» o mecanismos de cumplimiento; así, como lo señalan Higuera C. y Montealegre L. (2.018):

> Por medio de la expresión “Enforcement” nos referimos a aquellos mecanismos que han sido consagrados, ya sea por el legislador o

[483] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.43.
[484] *Ibidem.* p.42.

> por las partes para, lograr la efectiva realización de un derecho sustancial, debido a las controversias que surgen cuando una parte no reconoce al derecho sustancial, o actúa de tal forma que lo vulnera, o aun cuando reconociendo se abstiene de actuar según lo acordado.[485]

Significando esto en materia de contratos parasociales, que el ordenamiento jurídico debe brindar los mecanismos idóneos para hacer frente a los casos de incumplimiento de los socios, accionistas, sociedad mercantil o terceros involucrados en una relación contractual de tipo extraestatutaria, puesto que de ello dependerá la eficacia que estos contratos tengan en el Derecho Societario del país en que se celebren.

Ahora bien, es oportuno recordar que para que las partes puedan efectivamente reclamar el cumplimiento de un contrato parasocial este deberá ser plenamente valido, por lo cual, como se expuso en el Capítulo I, al hablar de validez de un contrato parasocial se está haciendo referencia a la correcta existencia del mismo en el mundo jurídico, es decir, que se haya formado conforme a Derecho y en preciso cumplimiento de los requisitos que la legislación civil, como norma general, establece para los contratos y sin que se haya incumplido con alguna disposición especial en materia mercantil. De acuerdo con lo cual, si el contrato parasocial resulta invalido, éste no presentará ninguna eficacia en el escenario jurídico en que se celebre, por lo que como refiere Mélich J. (S/F) ‘‘la noción de invalidez suele asociarse con ineficacia’’ (*Apud.* Domínguez M. (2.017).).[486]

1.3. Ineficacia de los Contratos

Se ha señalado que cualquier contrato será inválido en aquellos casos en que no cumpla con los requisitos exigidos por ordenamiento jurídico,

[485] *Ibidem*. p.34.
[486] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.561.

referidos a la capacidad de las partes contratantes, al consentimiento libremente manifestado, al establecimiento de un objeto calificado y a la existencia de causa lícita; todo lo cual conllevará a la declaratoria de nulidad (absoluta o relativa) del contrato, siendo que, un contrato invalido será un contrato ineficaz, puesto que no podrá generar efectos jurídicos.

Con lo cual, el contrato parasocial que se dictamine nulo, no producirá ningún efecto jurídico, todo de acuerdo con el régimen de nulidad de conformidad con los siguientes preceptos:

1.3.1. Nulidad de los Contratos:

Si hay incumplimiento en alguno de los requisitos o elementos esenciales del contrato, en alguna de las formas ya explicadas, entonces habrá motivos suficientes para la declaratoria de nulidad absoluta o nulidad relativa del negocio jurídico, según sea el caso; pudiéndose invocar ambas por medio de acción judicial o por vía de excepción, lo que en uno u otro caso acarreará efecto retroactivo en la vida jurídica del contrato.

Hay nulidad absoluta, cuando la falta presentada en la formación del contrato afecte o atente contra normas de orden público que vulnere los intereses generales, mientras que, se declarará nulidad relativa, si la falta evidenciada atañe a los intereses particulares de las partes contratantes.

En el primer caso, en la mayoría de legislaciones al afectarse normas de interés general, la acción de nulidad absoluta puede ser impulsada por cualquier interesado e incluso de oficio, además, no se puede subsanar, es imprescriptible[487] y afecta *ab initio*. Mientras que, la nulidad relativa, operará

[487] A excepción de algunos países, ejemplo de ello Colombia, así lo dispone su Código Civil, Articulo 1.742: ‘‘La nulidad absoluta… puede sanearse por la ratificación de las partes y en

cuando en la formación del contrato, se vulneren intereses particulares, como los referidos al consentimiento y la capacidad de las partes; este tipo de nulidad a diferencia de la absoluta, solo puede ser accionada por los sujetos cuyos intereses se lesionan en un lapso prescriptivo[488], es convalidable y opera *a in medias res*.

Todo lo cual, es plenamente aplicable a los contratos parasociales, donde en todo caso, siempre será necesaria la declaratoria judicial de la nulidad que opere, puesto que el contrato en principio posee una apariencia de validez o eficacia que deberá ser desvirtuada, no teniendo cabida la nulidad de pleno derecho.

Por otra parte, de acuerdo con Mélich O. (S/F) a la luz del Principio de Conservación del Contrato, puede que la nulidad declarada no afecte a la totalidad del contrato sino a una parte de este (*Apud*. Domínguez M. C. (2.017).)[489]; pues puede que, en la declaración judicial se deje sin efecto jurídico solo unas cláusulas del contrato, las cuales pueden ser tachadas de cláusulas ilegales o abusivas y por tanto invalidas legalmente; subsistiendo el contrato todas las demás disposiciones que se encuentren conforme a derecho, siendo en este supuesto una nulidad parcial.

---

todo caso por prescripción extraordinaria''. Y de igual forma, respecto a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, sienta Maduro L. (S/F) ''que aunque [dicha acción] sea imprescriptible bien pueden estar sometidas a prescripción las acciones derivadas del contrato, por ejemplo si han pasado más de 10 años a los fines de la restitución de suma de dinero'' *Vid*. DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. p.564. (Nota al pie, Nº 722)

[488] En Venezuela la acción de nulidad relativa prescribe a los 5 años (*Vid*. Código Civil, Artículos 1.142 y 1.346); en Colombia dicha acción prescribe a los 4 años (*Vid*. Código Civil, Artículo 1.741, segundo aparte y Artículo 1.750); y en España, la referida acción, prescribe a los 4 años (*Vid*. Código Civil, Artículos 1.300 y 1.301).

[489] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*.

1.3.1.1. Efectos de la Declaratoria de Nulidad:

Ya sea que se trate de nulidad absoluta, relativa o parcial, la declaración judicial producirá ciertos efectos jurídicos sobre el contrato en cuestión, entre estos: puede haber retroactividad en los efectos, puede haber restituciones reciprocas entre las partes o solicitud de indemnización de daños y perjuicios.

Efectos retroactivos. La declaración judicial de nulidad deberá hacer desaparecer las consecuencias jurídicas que se habían producido por la ejecución del contrato declarado nulo, salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe, esta supresión de los efectos ya producidos irán en la medida en que se haya producido la nulidad en el contrato, es decir, sus efectos totales o parciales.

Solicitud de restituciones reciprocas. Las partes firmantes del contrato podrán solicitar a los demás sujetos parte, la restitución de lo ejecutado hasta la fecha de declaratoria de nulidad, puesto que si el contrato queda sin efecto pero era de tracto sucesivo, las partes que actuaron con probidad tendrán derecho a que se les restituya lo ya cumplido de su obligación.

Solicitud de pago de indemnización de daños y perjuicios. Para las partes que actuaron conforme a Derecho y para los terceros de buena fe, una vez sea declarada la nulidad del contrato, podrán solicitar por medio de la instancia judicial el resarcimiento de los daños y perjuicios que dicha declaratoria les cause en su esfera patrimonial.

2. Efectos de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Colombia

Se habló *supra* (Capitulo II), sobre la evolución legal de los contratos parasociales en el ordenamiento jurídico colombiano, así como de la normativa vigente en esta materia y el régimen legal aplicable a cada tipo societario, en base a lo cual se abordará en este aparte lo relativo a los efectos que tienen en Colombia la celebración de los contratos parasociales, para ello, se expondrán dos cuestiones, en primer lugar la oponibilidad que estos contratos poseen de acuerdo a las normas analizadas previamente y la eficacia que se desprende de los mecanismos de cumplimiento que el ordenamiento jurídico de este país ofrece en materia de acuerdos extraestatutarios.

2.1. Oponibilidad de los Contratos Parasociales en Colombia

La oponibilidad de los contratos parasociales debe abordarse desde dos perspectivas, por una parte la oponibilidad entre las partes firmantes del contrato parasocial y por otra parte la oponibilidad de ese contrato frente a la sociedad mercantil y frente a demás terceros involucrados:

2.1.1. Oponibilidad *Inter Partes*:

En relación a la oposición del contrato parasocial entre las partes firmantes en Colombia, se debe recordar que por remisión legal a la normativa civil, rige para estos acuerdos el Principio de Obligatoriedad, instaurado en el artículo 1.602 del Código Civil colombiano, el cual establece que:

> **Artículo 1.602.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (…*Omissis*).

En consecuencia, el contrato parasocial debe ser ejecutado fielmente por los sujetos firmantes, no quedando duda entonces, que las cláusulas contractuales extraestatutarias son plenamente oponibles entre los sujetos parte, por lo que, ante cualquier acto de alguna de las ellas encaminado a desconocer o contrariar lo acordado, podrá el sujeto o parte afectada «oponer» lo convenido y hacerlo prevalecer, puesto que ello antecede a su exigencia de cabal cumplimiento, en virtud de lo cual, en estos casos los principios de obligatoriedad y oponibilidad se complementan.

Siendo esto así, la oponibilidad *inter partes* de los contratos parasociales en Colombia, en principio opera de pleno derecho una vez se ha suscrito el pacto, salvo que exista alguna disposición legal en contrario, como es el caso de los contratos parasociales celebrados en el seno de las Sociedades Anónimas inscritas en el Mercado de Valores y Emisores, en virtud que, la Ley 964 estableció un requisito adicional para dicha oponibilidad, y este es el requisito de la publicidad del acto ante el órgano social y ante el mercado de valores, resultando oportuno citar el artículo 43 *eiusdem*:

> **Artículo 43. Acuerdos entre accionistas.**
> (*Omissis*…)
>
> Sin el lleno de los requisitos a que se refiere la presente norma los acuerdos de accionistas no producirán ningún tipo de efectos entre las partes…

Por lo que recordando que este norma hace remisión legal a los requisitos previstos en el Artículo 70 de la Ley 222 de 1.995, se tiene que, para que los contratos parasociales en las sociedades anónimas inscritas mercado de valores de Colombia puedan surtir cualquier efecto, entre estos, que sean oponibles entre las partes, deberán depositarse ante el órgano de dirección de la sociedad mercantil a través de su representante legal y deberán publicarse al mercado de valores por medio del Registro Nacional de Valores

y Emisores. De lo que se deduce que excepcionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano, para las sociedades anónimas que operan en el referido mercado de valores, es requisito de obligatorio cumplimiento el depósito y la publicidad del contrato parasocial, a fin de que el mismo sea eficaz entre las partes firmantes y ante los demás sujetos.

En razón de lo cual, al ser este un imperativo legal, su no cumplimiento hará inoponible el acuerdo parasocietario suscrito en una sociedad anónima inscrita en dicho Mercado; mientras que en los demás tipos societarios de Colombia la oponibilidad del contrato parasocial entre las partes firmantes opera *per se,* por ser efecto natural de todo contrato que no esté sometido al cumplimiento de alguna solemnidad.

2.1.2. Oponibilidad frente a la Sociedad Mercantil y frente a demás Terceros:

En Colombia cuando se trata la oponibilidad de los contratos parasociales frente a terceras personas, entre éstas la Sociedad Mercantil, necesariamente deben atenderse las disposiciones legales expresas en cada normativa. Así, atendiendo lo dicho por la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2.019), actualmente existe un reconocimiento legal de los acuerdos entre accionistas, en virtud de que ‘‘la legislación societaria vigente, ha reconocido la existencia, efectos y oponibilidad de los pactos entre asociados frente a la sociedad y frente a otros asociados no suscriptores’’[490], ello en los casos tipificados por la Ley 222 de 1.995, Ley 964 de 2.005 y 1258 de 2.008.

[490] COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Instancia de consulta, Oficio Nº 220-042665, 08-05-2019. (REF: Acuerdo de Accionistas que impone obligaciones a un socio) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 21 de Octubre de 2.019. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-042665_DE_2019.pdf

Sin embargo, para que este reconocimiento legal opere y haga que el contrato parasocial sea eficaz, es necesario, tal como lo expone Mejía D. (2.014) que se tenga presente que en Colombia existen para estos contratos ‘‘ciertos requisitos formales de imprescindible cumplimiento, impuestos por el ordenamiento jurídico, que se configuran como *condicio sine qua non* para que los acuerdos de accionistas le sean oponibles a la sociedad.’’[491]

Requisitos formales contemplados en el artículo 70 de la Ley 222, el artículo 43 de la Ley 964 y el artículo 24 de la Ley 1258, cuyas normas señalan un denominador común, el régimen de publicidad que deben cumplir los contratos parasociales celebrados en el ordenamiento jurídico colombiano al amparo de estas normas. De manera que, para que el contrato parasocial pueda ser oponible a la sociedad mercantil -cuando no es parte del pacto-, a los socios o accionistas no firmantes del acuerdo y a los demás terceros, será necesario el cumplimiento de dicha publicidad, tal y como se evidencia del texto de los mencionados artículos, que son del tenor siguiente:

> **Ley 222 de 1.995**
> **Artículo 70. Acuerdos entre Accionistas**.
> …
> Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.
>
> **Ley 964 de 2.005**
> **Artículo 43. Acuerdos entre accionistas.**
> Los acuerdos entre accionistas de sociedades inscritas deberán, además de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, divulgarse al mercado, inmediatamente sean suscritos, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores.
>
> Sin el lleno de los requisitos a que se refiere la presente norma los acuerdos de accionistas no producirán ningún tipo de efectos entre

[491] MEJÍA, Darío A. *Op. Cit*. p.23.

> las partes, frente a la sociedad, frente a los demás socios o frente a terceros…
>
> **Ley 1258 de 2.008**
> **Artículo 24°. Acuerdos de accionistas.**
> Los acuerdos de accionistas (…o*missis*…) deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.
>
> …
>
> Parágrafo 1°. El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.
> …

Así las cosas, en primer lugar el artículo 70 de la Ley 222 como lo instruye Camargo M. (2.017):

> … consagra dos requisitos para que el pacto produzca efectos frente a la sociedad: que conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. Se infiere que se trata de un requisito de publicidad del pacto, y no una solemnidad exigida para su perfeccionamiento que, de no cumplirse, lo haría inoponible ante la sociedad.[492]

En segundo lugar, el artículo 43 de la Ley 964 de acuerdo con Camargo M. (2.017):

> … se encarga de señalar el efecto derivado del no cumplimiento del requisito de publicidad, que es la ineficacia del pacto. De esta manera, entonces [para las sociedades anónimas inscritas], al parecer tal requisito va más allá de ser una simple exigencia de forma o publicidad, cuya inobservancia debiera ser la inoponibilidad del pacto y se convierte en un requisito exigido para su eficacia.[493]

[492] CAMARGO, Magda L. *Op. Cit*. p.32.
[493] *Ibídem*. p.34.

En relación a lo cual, como ya se explicó, esta norma expone que sin el cumplimiento del requisito de publicidad, los acuerdos de accionistas celebrados al amparo del artículo 43 de la Ley 964, no producirán ningún tipo de efecto ni entre las partes contratantes ni frente a terceros, por lo que de acuerdo al texto citado este es un elemento combinado de oponibilidad y eficacia.

Y en tercer lugar, el artículo 24 de la Ley 1258 siguiendo nuevamente a Camargo M. (2.017):

> … exige solamente el depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. La norma no establece el requisito, que sí se encuentra consagrado en el artículo 70 de la Ley 222, de que sea entregado al representante legal para su posterior depósito en las oficinas de administración de la sociedad. En este caso, basta el depósito en tales oficinas, omitiendo el requisito de que quien deba recibirlo sea el representante legal…
>
> [Mientras que], en caso de inobservancia del requisito de publicidad, el acuerdo será inoponible ante la sociedad y otros socios que no hubieren participado en el mismo, de forma que en ello se aplicaría lo dispuesto en el artículo 118 del Código de Comercio [de Colombia].[494]

De acuerdo con lo cual, los contratos parasociales celebrados en apego a las normativas citadas, para que tengan «oponibilidad ante terceros» deberán cumplir con el requisito de publicidad del acto dentro de la esfera societaria en que se celebren, y además en sociedades anónimas abiertas o bursátiles el contrato deberá divulgarse a través del Registro Nacional de Valores y Emisores. Siendo que, el contrato parasocial que no cumpla con este requisito, no podrá ser oponible ante la sociedad mercantil, ni ante los demás terceros, aplicándosele en este caso el artículo 118 del Código de Comercio de Colombia, el cual dispone que:

[494] *Ibídem*. p.43.

> **Artículo 118. Inadmisión de pruebas contra el tenor de las escrituras.** Frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella.

Es decir que en Colombia, ante la falta de publicidad del contrato parasocial, el socio o sujeto parte, no podrá exigir su acatamiento en caso de ver perjudicados sus intereses por un acto de desconocimiento de las cláusulas extraestatutarias, que se genere de parte de los órganos de dirección de la sociedad mercantil o de parte de socios no suscriptores del contrato, prevaleciendo en dicho supuesto solo lo expresamente convenido en los estatutos sociales de acuerdo a las exigencias del Código de Comercio de este país.

Aplicándose en este mismo sentido, las disposiciones del articulo 118 citado, a las sociedades mercantiles en las que la celebración de acuerdos de accionistas posean el carácter de contrato atípico, puesto que, aunque la Superintendencia de Sociedades de Colombia, establece la viabilidad legal de la celebración de los contratos parasociales en todos los tipos societarios, dicho organismo no pauta la oponibilidad que tendrán estos pactos ante terceros, en las sociedades colectivas y en las sociedades en comandita (simple y por acciones), salvo que se proceda a realizar la publicación del acuerdo de accionistas ante la sociedad mercantil, en aplicación del principio de analogía jurídica establecido en el artículo 1 del Código de Comercio y en el artículo 8 de la Ley 153 de 1.887.

De todo lo cual, se desprende que la oponibilidad de los contratos parasociales en el ordenamiento jurídico colombiano ocurre de la manera expuesta en el siguiente cuadro:

Cuadro Nº 5: *Oponibilidad de contratos parasociales en Colombia.*

Sociedad Mercantil	**Oponibilidad *inter partes* del contrato parasocial**	**Oponibilidad frente a la sociedad mercantil y demás terceros del contrato parasocial**
Sociedad Colectiva (SC)	Opera *per se* (Artículo 822 del **Código de Comercio** y Articulo 1.602 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.
Sociedad de Responsa-bilidad Limitada (Ltda.)	Opera *per se* (Artículo 822 del **Código de Comercio** y Articulo 1.602 **Código Civil**)	Opera solo si el pacto consta por escrito y se entrega al representante legal de la compañía para su depósito en la administración de la sociedad. (Artículo 70 de la **Ley 222** de 1.995, aplicado por remisión legal del artículo 372 del **Código de Comercio**)
Sociedad en Comandita Simple (S. en CS)	Opera *per se* (Artículo 822 del **Código de Comercio** y Articulo 1.602 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.
Sociedad en Comandita por Acciones (SCA)	Opera *per se* (Artículo 822 del **Código de Comercio** y Articulo 1.602 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.
Sociedad Anónima (SA)	Opera *per se* (Artículo 822 del **Código de Comercio** y Articulo 1.602 **Código Civil**)	Opera solo si el pacto consta por escrito y se entrega al representante legal de la compañía para su depósito en la administración de la sociedad. (Artículo 70 de la **Ley 222** de 1.995)
Sociedad Anónima inscrita en el Mercado de Valores	Opera solo si el pacto consta por escrito, si se entrega al representante legal de la compañía para su depósito en la administración de la sociedad y si se divulga ante el Mercado, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores. (Artículo 43 de la **Ley 964** de 2.005).	Opera solo si el pacto consta por escrito, si se entrega al representante legal de la compañía para su depósito en la administración de la sociedad y si se divulga ante el Mercado, a través del Registro Nacional de Valores y Emisores. (Artículo 43 de la **Ley 964** de 2.005).
Sociedad Anónima Simplificada (SAS)	Opera *per se* (Artículo 822 del **Código de Comercio** y Articulo 1.602 **Código Civil**)	Opera solo si se deposita en la administración de la sociedad, siempre que el término del pacto no sea superior a diez (10) años. (Artículo 24 de la **Ley 1258** de 2.008)

Empresa Unipersonal	Opera *per se* (Artículo 822 del **Código de Comercio** y Articulo 1.602 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*.

***Salvo que se proceda a realizar la publicación del acuerdo de accionistas ante la sociedad mercantil, en aplicación del principio de analogía jurídica establecido en el artículo 1 del Código de Comercio y en el artículo 8 de la Ley 153 de 1.887.

Creación propia. / Fuente: Ordenamiento Jurídico de Colombia.

2.2. Eficacia de los Contratos Parasociales en Colombia: *Enforcement* o Mecanismos de Cumplimiento.

Como se ha dicho, la eficacia de los contratos parasociales se analiza de acuerdo a los mecanismos de cumplimiento forzoso o *enforcement* que otorgue el ordenamiento jurídico, así en Colombia la eficacia de estos contratos se observa desde algunos mecanismos del Derecho de Sociedades y desde la aplicación de forma subsidiaria de los mecanismos de cumplimiento establecidos por el Derecho Civil dispuestos para todo tipo de contratos, así de acuerdo con Mejía D. (2.014):

> … teniendo en consideración que en Colombia no existe una normatividad especial que regule mecanismos de ejecución judicial para este tipo de acuerdos específicos, es necesario remitirnos a los mecanismos generales de ejecución judicial que consagra el régimen de derecho privado en materia contractual, para así analizar y determinar si estos pueden ser análogamente utilizados para exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas de acuerdos de accionistas.[495]

Así las cosas, como lo resume Camargo M. (2.017), la Superintendencia de Sociedades de Colombia en el «Caso Vermont» referido *supra* (Capítulo II), respecto a los efectos del acuerdo de accionistas y su inobservancia:

[495] MEJÍA, Darío A. *Op. Cit.* pp.16-17.

> … se pronunció en relación con el cumplimiento del pacto [parasocial], al sostener que la obligatoriedad de tales acuerdos se funda en los postulados del derecho de obligaciones y contratos contenidos en las reglas comunes, lo que sirve de fundamento sin duda para afirmar que el régimen aplicable a los pactos de socios está contenido no solamente en las normas societarias que los tipifican, como el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, [el artículo 43 de la Ley 964 de 2005 o el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008,] sino también en las reglas generales aplicables a las obligaciones y contratos contenidas tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil. [496]

En virtud de lo cual, la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2.014) afirmó que:

> … es necesario llamar la atención sobre la importancia que reviste asegurar el estricto cumplimiento de los acuerdos celebrados entre los accionistas de una compañía. Esta afirmación encuentra soporte no solo en la ya analizada función económica que cumplen esta clase de convenios, sino también en necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia, particularmente en lo que respecta al artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales''. (*Apud*. Camargo M. (2.017).). [497]

Sumándose a ello, que en virtud de los eventuales conflictos que surjan en la ejecución de los contratos parasociales, y en mayor garantía de su eficacia, los contratos extraestatutarios podrán en el manejo de su cabal cumplimiento, buscar el apoyo de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) aceptados por el ordenamiento jurídico de Colombia,

De manera que, los mecanismos de cumplimiento o *enforcement* de los que disponen las partes que celebren un contrato parasocial en Colombia, se pueden clasificar en cuatro grupos al amparo del Derecho Societario, del Derecho Obligacional, ya sea en aplicación de mecanismos de cumplimiento

[496] CAMARGO, Magda L. *Op. Cit*. pp.36-37.
[497] *Ibídem*. p.37.

forzoso, cumplimiento por equivalente o por aplicación de mecanismos de garantía contractual, y en aplicación de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos vigentes en este país, tal como se exponen a continuación:

2.2.1. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Societario aplicables a los Contratos Parasociales en Colombia:

Cuando se señala los *enforcement* de Derecho Societario de Colombia, se hace referencia a los mecanismos de cumplimiento instaurados por las disposiciones del Código de Comercio y en la legislación mercantil especial de este país; los cuales, podrán ser accionados por las partes suscriptoras de los contratos parasociales si se verifica la existencia de ciertos requisitos, que harán posible exigir judicialmente el cumplimiento de estos contratos al amparo del Derecho de Sociedades colombiano, para lo cual, estos pactos deberán ser plenamente oponibles a la sociedad mercantil, es decir, deberán ser válidos de acuerdo a sus normas regulatorias y cumplir con los requisitos de publicidad exigidos, *supra* señalados.

Así, en aplicación de la Ley 222 de 1.995 y la Ley 964 de 2.005, los contratos parasociales que se celebren en Sociedades Anónimas (cerradas o abiertas) y en Sociedades de Responsabilidad Limitada (por remisión legal a estas normas), solo se podrán hacer valer por intermedio de los mecanismos de cumplimiento otorgados por el Derecho de Sociedades de Colombia, si además de tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos de validez, han sido suscritos por socios que no ostenten la cualidad de administradores de la sociedad, si dichos contratos versan sobre «derechos de voto y representación», si constan por escrito, y si además se han entregado al representante legal de estas compañías para su depósito en la administración de dichas sociedades.

Mientras que en atención a la Ley 1258 de 2.008, los contratos parasociales que se suscriban en Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), se podrán hacer valer por intermedio de los mecanismos de cumplimiento otorgados por el Derecho de Sociedades de Colombia, si cumplen con los requisitos de validez, entre estos que versen sobre asuntos lícitos, y si además han sido depositados en la administración de la sociedad, siempre que el término del pacto no sea superior a diez (10) años.

Así las cosas, el Derecho Societario de Colombia ofrece a los socios o accionistas afectados por las acuerdos suscritos en la Junta de Socios o Asamblea General de la Sociedad Mercantil, el mecanismo de impugnación siempre que se verifiquen ciertos extremos legales; siendo esto así, y al adjudicarse a los contratos parasociales descritos en los párrafos precedentes, la oponibilidad ante el ente mercantil, los sujetos parte del contrato extraestatutario podrán hacer exigible sus cláusulas, en la medida que se describe a continuación:

2.2.1.1. Impugnación de Decisiones de la Junta de Socios o Asamblea General:

Como lo establece Córdoba A. (2.014) ‘‘la legalidad de las decisiones sociales en el Derecho de sociedades colombiano se encuentra fuertemente vinculada a los conceptos de eficacia y validez de los negocios jurídicos en general’’ (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[498] Por ello, si una decisión social acogida en Junta de Socios o Asamblea General es contraria al orden público o al interés general o si constituye violación a alguna disposición legal, a los estatutos o al interés social podrá ser objeto de impugnación ante el órgano jurisdiccional.

[498] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.35.

En base a lo cual, partiendo de que los contratos parasociales son oponibles a la sociedad mercantil en los términos ya expuestos[499], estos deberán contar con los mecanismos que aseguren su eficacia en el seno social, por lo que el ente comercial no podrá inaplicar lo pactado en los contratos parasociales que le son debidamente comunicados, debiendo soportar las consecuencias jurídicas que se deriven de la inobservancia de estos contratos, así lo instituye la Superintendencia de Sociedades de Colombia frente al Caso Vermont, por lo que en resumen de Camargo M. (2.017) este órgano de control:

> … en relación con el significado de la frase contenida en el artículo 70 de la Ley 222 según la cual los pactos producen efectos "respecto de la sociedad" y que deben ser "acatados por ella", [la Superintendencia] señaló que: "En criterio del Despacho, la única manera de entender estos efectos, en el contexto de los pactos de votación, consiste en permitir la impugnación de decisiones sociales que fueron aprobadas con el cómputo de votos emitidos en contravención de un acuerdo oponible. Por supuesto que la impugnación solo será procedente en aquellos casos en los que, al descontar los votos emitidos en contra del acuerdo oponible, no se obtenga la mayoría requerida para aprobar la respectiva determinación, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio [colombiano].[500]

Debiéndose decir, que estas mismas directrices se aplicarán a los acuerdos de voto y representación emitidos en amparo de la Ley 964 de 2.005 y en los diversos acuerdos parasociales al amparo de la Ley 1258 de 2.008. Siendo así conveniente traer a colación lo dispuesto en los artículos 190 y 191 del Código de Comercio de Colombia:

> **Artículo 190. Decisiones ineficaces, nulas o inoponibles tomadas en asamblea o junta de socios.** Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el

[499] Siempre que se cumplan los requisitos formales y de publicidad establecidos para los acuerdos de accionistas celebrados en cada sociedad mercantil, de acuerdo a la Ley 222 de 1.995, Ley 964 de 2.005 y Ley 1258 de 2.008.
[500] CAMARGO, Magda L. *Op. Cit*. p.39.

> número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.
>
> **Artículo 191. Impugnación de decisiones de la asamblea o junta de socios.** Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.
>
> La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

Así, la base legal para la impugnación de acuerdos sociales suscritos en Junta o Asamblea General que desconozcan o contravengan un acuerdo parasocial de voto o representación debidamente depositado ante la sociedad anónima – de capital cerrado a abierto- o de responsabilidad limitada (Ley 222 y Ley 964) o en contravención de un acuerdo parasocial de voto o representación o sobre cualquier otro asunto licito debidamente depositado ante la sociedad por acciones simplificadas (Ley 1258) y que por ende, en los términos supra expuestos, sea oponible a dichas sociedades comerciales, se encuentra en el artículo 191 del Código de Comercio de Colombia el cual prevé que se ‘‘podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales’’.

Siendo entonces, que si el acuerdo social desconoce o trasgrede el acuerdo parasocial oponible en las sociedades referidas, habrá entonces desajuste o quebranto de la prescripción normativa establecida en el artículo 70 de la Ley 222 que dispone, que los acuerdos entre accionistas ‘‘producirá[n] efectos respecto de la sociedad si han cumplido con los requisitos de forma y

publicidad", y del artículo 24 de la Ley 1258 que estipula que los contratos parasociales que igualmente cumplan con los requisitos legales ''deberán ser acatados por la compañía''.

Para lo cual es conveniente nuevamente recordar el «Caso Vermont», de cuya resolución de acuerdo con Camargo M. (2.017) se dejó sentado que para la Superintendencia de Sociedades:

> … no es posible computar los votos emitidos en contra de un acuerdo oponible, para efectos de conformar la voluntad social, expresada en el seno de la asamblea. En caso de que tales votos se tuviesen en cuenta para aprobar una determinación asamblearia, se habría violado la disposición imperativa del artículo 70, por lo cual podría solicitársele a una autoridad judicial que los descontara del respectivo escrutinio. Una vez removidos tales votos judicialmente, sería preciso evaluar si la decisión impugnada podría subsistir si se toman en cuenta tan solo los votos computados en forma válida. Si los votos remanentes resultan insuficientes para configurar la mayoría legal o estatutaria requerida, la decisión de la asamblea estaría viciada de nulidad absoluta, conforme al ya citado artículo 190 del Código de Comercio"[501]

En igual sentido, para los contratos parasociales celebrados en sociedades por acciones simplificadas (SAS) no puede haber desconocimiento del lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 24 de la Ley 1258, el cual establece:

> **Artículo 24°. Acuerdos de accionistas.-** (*Omissis*)
>
> Parágrafo 1°. El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.
> (*Omissis.*)

Siendo entonces imperativo en el ordenamiento jurídico colombiano, para hacer uso del mecanismo de impugnación de acuerdos sociales ante el

[501] CAMARGO, Magda L. *Op. Cit.* p.39.

desconocimiento de un acuerdo parasocial, que éste goce de plena oponibilidad ante la sociedad mercantil, alcanzándose la misma solo por el cumplimiento de los deberes formales de depósito del acuerdo de accionistas ante la sociedad comercial de que se trate.

Aun así, algunos académicos colombianos instan a aceptar ciertas excepciones en el cumplimiento de los deberes formales, a partir de las cuales los acuerdos de accionistas podrían igualmente obtener oponibilidad frente a la sociedad mercantil, es el caso de lo enunciado por Higuera C. y Montealegre L. (2.018) quienes apuestan, por acudir en algunos supuestos, a una oponibilidad tácita del contrato parasocial frente a la sociedad mercantil, específicamente:

> [En] los pactos parasociales en el que los socios pacten ventajas a favor de la sociedad y [en] los pactos que sean suscritos por la totalidad de los socios, debido a la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad y la inexistencia de terceros a quien proteger.[502]

Pues de acuerdo con esta postura -que viene dada por influencia de la doctrina española-, en los contratos parasociales de atribución y en los contratos parasociales omnilaterales, la regla de inoponibilidad por falta de cumplimiento de los deberes formales de publicidad ante el ente social, se puede ver resquebrajada, por lo que entonces igualmente se podría acceder a los mecanismos de cumplimiento del Derecho de Sociedades aun cuando el contrato parasocial no se haya depositado ante el ente social, siempre que se evidencie entre la sociedad mercantil, el contrato extraestatutario y los mecanismos procesales, una coincidencia subjetiva y objetiva[503].

---

[502] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.* p.35.

[503] Donde habrá coincidencia subjetiva si las partes firmantes del contrato parasocial y los sujetos que integran la sociedad mercantil son las mismas personas, como ocurre en los contratos parasociales omnilaterales; mientras que habrá coincidencia objetiva si los resultados que se puedan obtener por intermedio de los mecanismos de cumplimiento *inter partes* son los mismos resultados que se obtendrán de accionar los mecanismos de

Sin embargo, esta premisa no es abiertamente aceptada por el ordenamiento jurídico de Colombia, en virtud de lo cual, Mejía D. expresa (2.014):

> Sin la intención de menoscabar la razonabilidad de los argumentos que esgrimen quienes defienden esta postura, esta adolecería de validez, al menos en Colombia, por las siguientes razones:
>
> a. Aunque haya coincidencia material entre quienes suscriben el acuerdo de accionistas y quienes forman parte del órgano máximo de la sociedad, existen ciertos requisitos formales de imprescindible cumplimiento, impuestos por el ordenamiento jurídico, que se configuran como *condicio sine qua non* para que los acuerdos de accionistas le sean oponibles a la sociedad.
>
> b. Como se explicó previamente, el argumento que los doctrinantes esgrimen para quebrar la relatividad objetiva consiste en invocar la falta de razonabilidad de exigir a un accionista que soporte un dispendioso proceso judicial propio del régimen de las obligaciones, cuando existe una acción societaria que alcanza los mismos resultados de manera más eficiente. Este argumento se puede refutar desde dos enfoques diferentes. En primer lugar… existen medidas procesales, como son las medidas cautelares, que dotan de eficiencia material a los procesos judiciales derivados de acciones contractuales e impiden que surjan efectos irreparables a la vida jurídica. En segundo lugar, no resulta viable conceder los mismos efectos jurídicos a dos acciones legales que se encuentran reguladas por dos regímenes jurídicos especiales. En razón de lo anterior, reiteramos la inconveniencia legal de permitir que se pueda impugnar un acuerdo social debidamente celebrado en cumplimiento de normas legales, con fundamento en el incumplimiento de un acuerdo de accionistas, que por su naturaleza [es decir, por no cumplir con los deberes formales de ley] no le es oponible a la sociedad.[504]

Deduciéndose entonces que en Colombia, no son suficientes los fundamentos doctrinarios de la «ruptura del principio de inoponibilidad» que si son aceptados en España (como *infra* se detallará), puesto que en Colombia la legislación es expresa en este sentido.

---

cumplimiento societarios. *Vid*. Fundamentación dogmática de la ruptura y, en particular, análisis de la impugnación de acuerdos sociales por violación de pactos parasociales, en PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.*

[504] MEJÍA, Darío A. *Op. Cit.* p.23.

2.2.2. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Civil aplicables a los Contratos Parasociales en Colombia:

Los mecanismos de cumplimiento fijados por el Derecho Civil de Colombia, operan ante el silencio de la legislación mercantil, es decir, poseen un carácter supletorio, de aplicación entonces en materia de contratos parasociales por remisión legal de los artículos 2 y 822 del Código de Comercio de este país, con lo cual, siguiendo a Higuera C. y Montealegre L. (2.018) ‘‘este tipo de Enforcement tiene su origen en la celebración de un contrato válido, por medio del cual, las partes quedan en la obligación de cumplir las múltiples prestaciones que se hallan acordado’’[505]

Por ello, como lo resume Camargo M. (2.017) la Superintendencia de Sociedades de Colombia*,* en relación con el cumplimiento de los contratos parasociales, afirma que:

> … la obligatoriedad de tales acuerdos se funda en los postulados del derecho de obligaciones y contratos contenidos en las reglas comunes, lo que sirve de fundamento sin duda para afirmar que el régimen aplicable a los pactos de socios está contenido no solamente en las normas societarias que los tipifican… sino también en las reglas generales aplicables a las obligaciones y contratos contenidas tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil.[506]

Así lo contempla el ya citado artículo 1.602 del Código Civil de Colombia, el cual impone que ‘‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes’’; de acuerdo con lo cual, si hay incumplimiento total o parcial en la ejecución de la prestación pactada o retardo injustificado en el cumplimiento de la misma, la parte afectada podrá coaccionar el cumplimiento de la obligación parasocial además que por los mecanismos

[505] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.* p.37.
[506] CAMARGO, Magda L. *Op. Cit.* pp.36-37.

societarios (si el pacto es oponible a la sociedad), por intermedio de los mecanismos ofrecidos por el Derecho Civil que se enuncian a continuación:

2.2.2.1. Acción de Cumplimiento:

Este mecanismo busca el cumplimiento forzoso de la prestación fijada en el contrato parasocial, en amparo de las normas referidas a los supuestos de mora del deudor e incumplimiento de la obligación, establecidas en los artículos 1.608, 1.609, 1.610 y 1.612 del Código Civil colombiano, por intermedio de los órganos jurisdiccionales competentes, que en este caso, será la Superintendencia de Sociedades de Colombia, en aplicación del artículo 24.5 del Código General del Proceso[507], el cual fija que:

> **Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas.**
> (*Omissis*)
> 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:
> a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.
> (*Omissis*).

Conforme con lo cual, por disposición expresa de la norma adjetiva procesal colombiana, la Superintendencia de Sociedades estará facultada para apremiar o allanar al deudor para la ejecución de la prestación parasocietaria acordada, a través de las mismas vías procesales previstas en la Ley para los jueces, esto de acuerdo con el parágrafo 3º del artículo 24 *eiusdem*, siendo estas vías procesales como lo expone Cubides J. (2.009) las del ‘‘proceso ejecutivo, en tanto el contrato cumpla los requisitos de un título ejecutivo; o el proceso declarativo si adolece de algunos de esos requisitos’’

[507] Ley 1564 de 2.012, Código General del Proceso.

(*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[508] Aplicadas en ambos supuestos las normas procesales correspondientes.

En todo caso, la eficacia de este mecanismo de cumplimiento, dependerá de la naturaleza de la prestación acordada, en virtud a que si la obligación parasocial consiste en «un dar», en «un hacer» o en «un no hacer», en razón de lo cual en cada caso habrá que establecer el modo en que se materializará realmente la obligación parasocietaria; así, el Código Civil de Colombia señala que en las obligaciones de hacer, el accionante podrá solicitar que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido o que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor[509].

Mientras que en las obligaciones de no hacer, el órgano jurisdiccional podrá ordenar volver al estado de cosas previo al hecho que configura el incumplimiento del acuerdo, siempre que esta acción, en el caso de los contratos parasociales no contrarié las disposiciones societarias, por lo que en estos supuestos se tendrá que tener prevención y verificar que el acto que se quiera deshacer en el tráfico jurídico, para lograr el cumplimiento del acuerdo extraestatutario, no sea un acto que involucre la voluntad social, puesto que en dichos casos habrá que comprobar la oponibilidad que el contrato parasocial tenga frente a la sociedad mercantil, para poder deshacer el acto; tal como se observó en la decisión de la Superintendencia de Sociedades en el «Caso Vermont», *supra* referido, cuya resolución estableció que era viable volver al estado previo al incumplimiento, lográndose esto por medio de un mecanismo societario.

[508] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit.* p.37.
[509] *Vid*. Código Civil de Colombia, Articulo 1.610.

2.2.2.2. Resolución del Contrato:

Este mecanismo consiste en dejar sin efecto un contrato valido por intermedio de un fallo judicial desestimatorio, resultante de un proceso declarativo, el cual podrá accionar la parte del contrato parasocial que evidencie el incumplimiento de lo pactado por la otra parte firmante, se encuentra consagrado en el artículo 1.546 del Código Civil colombiano, el cual es del siguiente tenor:

> **Artículo 1.546: Condición Resolutoria Tacita.** En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.
> Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Así, de acuerdo con Higuera C. y Montealegre L. (2.018) este mecanismo ‘‘suele ser el mejor remedio para las situaciones de imposibilidad de alguna de las partes para cumplir lo acordado, o el supuesto que sobrevenga alguna circunstancia especial que desnaturalice la finalidad del contrato o rompa el equilibro contractual’’[510], sin embargo, solo podrá operar en contratos bilaterales, puesto que por disposición legal este mecanismo no podrá operar en contratos plurilaterales, así lo dispone el artículo 865 del Código de Comercio colombiano:

> **Artículo 865. Negocios Jurídicos Plurilaterales.** En los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto.

En este sentido, la parte afectada por el incumplimiento del contrato parasocial, podrá accionar la resolución del mismo en aplicación de la normativa obligacional y procesal civil correspondiente.

[510] HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. *Op. Cit*. p.38.

2.2.2.3. Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios:

La indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, es un mecanismo que puede ser incoado por vía principal en aplicación de los artículos 1.613 y 1.615 del Código Civil de Colombia o por vía accesoria en aplicación de los artículos 870 del Código de Comercio y, 1.546 y 1.610 del Código Civil.

Esta acción, se deriva de la responsabilidad civil contractual que nace en cabeza de las partes suscriptoras de todo contrato, así también del contrato parasocial, por lo que los sujetos firmantes son responsables de los perjuicios que se causen, ya sea, por la falta de cumplimiento del acuerdo de accionistas, por su cumplimiento tardío o por su cumplimiento imperfecto.

En estos casos, el socio o la parte que accione, deberá tener presente que el incumplimiento contractual en que base su pretensión sea efectivamente el que generó los perjuicios que alega en su esfera patrimonial societaria, en virtud, que el solo incumplimiento no implica la generación del daño, salvo como lo establece Velásquez P. (2.013) en los casos ‘‘de la cláusula penal y los interés de mora” (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[511] Por ello, siempre deberá verificarse el nexo causal entre el incumplimiento (total o parcial) o el retardo en la ejecución de la obligación (mora) y el daño soportado el cual se pretende sea resarcido económicamente.

Además, el daño deberá cuantificarse y tasarse monetariamente, siendo éste asunto, en acuerdo con Higuera C. y Montealegre L. (2.018), una cuestión controvertida en los supuestos en que el socio o accionista no está buscando una reparación económica, lo que entonces hace surgir

[511] *Ibidem*. p.38.

‘‘inconvenientes a la hora de probar y cuantificar su valor’’[512]. Pues como lo establece Feliu J. (2.012), más allá de la valoración económica, resulta relevante la finalidad que el negocio extraestatutario pretende.[513] Por lo que esta acción será realmente eficaz para satisfacer los interés de los socios o accionistas, en dependencia del tipo de contrato parasocial de que se trate.

Para lograr cuantificar el daño, Higuera C. y Montealegre L. (2.018) proponen ciertas ‘‘precisiones en cuanto al daño que es objeto de indemnización’’, a saber: primero, que el daño efectivamente provenga del incumplimiento; segundo, que ese daño constituya perjuicio para el accionante y tercero, que ese perjuicio sea cierto y directo, para poder ser indemnizable.[514]

En relación a la última precisión, el perjuicio será directo si se logra establecer el nexo causal entre incumplimiento y daño, mientras que, será cierto de acuerdo con Isaza M. (2.013) si “supone la existencia real o, al menos la probabilidad suficiente de una existencia futura” (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).)[515], es decir, será cierto el perjuicio, cuando se verifique que el mismo existe o que puede existir, por lo que también se podrá accionar la indemnización de un daño que aún no se ha materializado pero que concurre la certeza plena de que se ocasionará en virtud del comprobado incumplimiento.

En razón de lo cual, siguiendo a Bejarano R. (2.016), la parte afectada podrá accionar este mecanismo por medio de un proceso declarativo, el cual en aplicación del Código General del Proceso de Colombia es de dos tipos: el proceso verbal y el verbal sumario (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).)[516].

---

[512] *Ibidem*. p.38.
[513] FELIU, Jorge *Op. Cit.*
[514] HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit.* p.38.
[515] *Ibidem*. p.39.
[516] *Ibidem*.

Sumado a lo anterior, la obligación de indemnización comprende dos aspectos: el daño emergente y lucro cesante, salvo que, la Ley para determinado caso limite solo al resarcimiento del daño emergente, tal cual lo dispone el ya mencionado artículo 1.613 del Código Civil de Colombia, el cual dispone:

> **Artículo 1.613: Indemnización de Perjuicios.** La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
> Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

En cuyo orden, establece el artículo 1.614 *eiusdem*, lo siguiente:

> **Artículo 1.614: Daño Emergente y Lucro Cesante.** Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Así, habrá que determinar el momento en que se causó el perjuicio y la responsabilidad de la parte contratante a quien se reclama, que se evidencie como parte incumplidora en el contrato extraestatutario, a cuyos efectos disponen los artículos 1.615 y 1.616 del Código Civil colombiano, lo siguiente:

> **Artículo 1.615. Causación de Perjuicios.** Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.
>
> **Artículo 1.616: Responsabilidad del Deudor en la Causación de Perjuicios**. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no

> haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.
> La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.
> Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Observándose así, que la acción de indemnización busca garantizar el cumplimiento por equivalente, de los contratos celebrados válidamente.

2.2.3. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* establecidos por las partes (autotutela) aplicables a los Contratos Parasociales en Colombia:

Es relevante expresar que estos mecanismos de cumplimiento son acordados en ejercicio de la Autonomía de la Voluntad de la partes, puesto que en aplicación de este principio las partes podrán pactar al momento de fijar las cláusulas extraestatutarias, que ampararán el cumplimiento del contrato parasocial por alguno de estos mecanismos, los cuales al ser parte del contrato gozarán de obligatoriedad.

Dichos mecanismos de cumplimiento resultan ser un medio eficaz a la hora de asegurar el cumplimiento del contrato parasocial puesto que son medios de autoprotección que asegurarán de forma más oportuna el cumplimiento de lo pactado, donde en todo caso, serán mecanismos que buscarán realmente materializar la voluntad de los suscriptores, pues pueden ir más allá de una indemnización o de devolver las cosas al estado anterior al incumplimiento y pueden materializar por esta vía sanciones que en todo caso producirán efectos más acordes al objeto contractual extraestatutario fijado.

Por ello al abordar este aparte, es propicio exponer lo pautado por Higuera C. y Montealegre L. (2.018) quienes recuerdan que:

> … al momento de hacer efectivo el cumplimiento del pacto parasocial, encontramos que los Enforcement destinados para su materialización tropiezan con serias dificultades prácticas, debido que, a los medios procesales dispuestos para su materialización, no son [siempre] eficaces o comportan una serie de costos que desincentivan la actividad comercial, alejando futuros inversionistas, por esta razón, aunque los pactos parasociales son la figura que puede reducir los riegos económicos, el respaldo que el ordenamiento jurídico le provee a los sujetos que emplean está figura jurídica es bajo, abriendo la necesidad de buscar salidas alternativas que sirvan para materializar la protección brindada por el pacto parasocial de una forma ágil, a través del uso de otras figuras jurídicas.[517]

Siendo entonces estos mecanismos, entre otras figuras, el Contrato de Seguro, la Cláusula Penal, la Prenda y los mecanismos de *Put* y de *Call*, aplicadas de las maneras que a continuación se exponen:

2.2.3.1. Contrato de Seguro:

Los contratos de seguros se presentan como un mecanismo eficiente para resarcir el incumplimiento del contrato parasocial y lograr obtener el equivalente de las prestaciones acordadas, o resarcir los daños causados por conductas negligentes de quienes están llamados a respetar lo acordado en el contrato extraestatutario, siempre que estos contratos en uno u otro caso, tengan como objeto prestaciones netamente económicas, como lo es en los casos de contratos parasociales *tag-along*, *drag-along*, de *crowd-funding*, en uso de *venture capital*, u otros semejantes, pues aunque en todo contrato parasocial haya implícito un interés económico, será más viable su aseguramiento si versa sobre una prestación dineraria o de valor determinada.

De acuerdo entonces con Higuera C. y Montealegre L. (2.018):

[517] HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit.* p.54.

> … la función del contrato de seguro, es la de servir como un mecanismo de "Enforcement" que garantice la eficacia de los pactos parasociales, con una finalidad indemnizatoria, mas no de carácter ejecutivo, es decir, lo que se busca es brindar una solución efectiva al incumplimiento del pacto parasocial, asumiendo el valor de los daños causados a razón de su incumplimiento, de una manera expedita, pues, por medio de esta solución no se puede obligar a la ejecución material de las prestaciones contenidas en el pacto parasocial.[518]

Siendo esto así, este mecanismo de cumplimiento, es viable a la hora de buscar asegurar la satisfacción económica de las prestaciones acordadas en el contrato parasocial, funcionando como una figura jurídica complementaria, la cual, busca proteger la relación de carácter patrimonial que se ha suscrito entre los socios, o socios y demás sujetos firmantes del pacto, que hace posible el devengamiento de una indemnización de daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento del contrato parasocial, sin tener que acudir a la instancia judicial sino que directamente a la empresa aseguradora.

En virtud de lo cual, se puede destinar al cumplimiento del contrato parasocial al Seguro de Responsabilidad Civil Contractual y al Seguro de Cumplimiento de carácter privado, en virtud que ambos son seguros de daños patrimoniales[519] y podrán respaldar en un buen modo los contratos parasociales de contenido económico.

Así, para estos casos dentro de los contratos de seguros que dan cobertura a la responsabilidad civil contractual, se deben tener en cuenta los de «responsabilidad profesional» como lo son el «seguro de D&O o de

[518] HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit.* p.68.
[519] De acuerdo con la clasificación moderna de los seguros realizada por la Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA). *Vid*. HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit*.

responsabilidad civil de directores y administradores» y la «póliza para comisionistas de bolsa»[520].

En cuanto al «seguro de D&O o de responsabilidad civil de directores y administradores» como lo explica Uribe N. (2.013) ampara el patrimonio de los directores y administradores, frente al riesgo que pueda generar su gestión en la sociedad mercantil, por lo que este seguro responde por la conducta negligente que éstos puedan presentar en el desempeño de sus funciones frente a la misma sociedad, socios o terceros. (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[521]

Siendo viable, el aseguramiento del contrato parasocial por este tipo de seguro en acuerdo con Higuera C. y Montealegre L. (2.018) siempre que:

> … el pacto parasocial vincule a la sociedad y esta tenga la posibilidad de trasferir acciones, por poseerlas en su patrimonio o por producto de una emisión de acciones, en el que, el administrador no siendo socio, si está sujeto como represéntate de la sociedad, a acatar los acuerdos celebrados. Aunque esta póliza proteja el patrimonio personal (del administrador [o director]), el socio minoritario [o quien ostente la cualidad de acreedor del contrato parasocial] goza de la calidad de beneficiario. [Por ello,] Esta opción resultara más idónea en los casos de extralimitación de funciones o en los actos negligentes, en que pueda incurrir un administrador.[522]

De forma similar, en la «póliza para comisionistas de bolsa», de acuerdo con Narváez J. (2.014) dependiendo del clausulado que se pacte, se busca asegurar el patrimonio del comisionista, que suscribe un contrato de comisión, frente a transacciones incompletas, infidelidad, predios, errores u omisiones. (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[523]

---

[520] *Vid*. Clasificación de los Seguros, en HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit*.
[521] HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit.*
[522] *Ibidem*. p.71.
[523] *Ibidem*.

De modo que, es factible su aplicación para dar cobertura al incumplimiento de los contratos parasociales de acuerdo con Higuera C. y Montealegre L. (2.018) en virtud de que:

> La responsabilidad profesional del comisionista de bolsa recae sobre las sociedades abiertas que transfieran sus acciones en un mercado público de valores, debido a que el comisionista se encarga de ejecutar una obligación positiva de hacer, contenida en el contrato de comisión, que a su vez puede abarcar una cláusula de respeto a los diferentes pactos parasociales suscritos o el acatamiento de todas las reglas estatuidas para la transferencia de las acciones, que al igual como sucede en el seguro de directores y administradores su desacato protege en primera medida el patrimonio del comisionista, al responder por todos aquellos daños que este pudiera causar, pero también comparte una protección hacia el socio minoritario [o quien ostente la cualidad de acreedor del contrato parasocial] que funge como beneficiario [en el contrato de seguro].[524]

Sin embargo, debe tenerse presente, que estos seguros no aplican ante la falta de ejecución de las prestaciones acordadas en el contrato parasocial, sino que buscarán resarcir el daño que se genere alrededor de conductas omisivas de parte de ciertos profesionales, que desempeñen sus funciones en el área donde se deba ejecutar el contrato parasocial. Por ello, es oportuno revelar, como lo explican Díaz y Granados (2.012) que:

> … cuando se presenta una inejecución voluntaria de la prestación y el daño se circunscribe a la sola privación para el acreedor de la susodicha prestación… se trata, en rigor de riegos empresariales no aleatorios… por lo tanto no asegurables bajo el seguro de responsabilidad. [Con lo cual,] Este tipo de riesgos podrían ser materia de cobertura bajo seguros de cumplimiento que garantizan perjuicios patrimoniales causados al acreedor por el incumplimiento de obligaciones nacidas en un contrato. (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[525]

Así, en dichos casos será más eficaz amparar el incumplimiento de los contratos parasociales bajo la cobertura del seguro de cumplimiento, llamado

[524] HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit.*
[525] *Ibidem.* p.67.

en estos casos cumplimiento - entre privados[526], el cual, como lo explica Becerra R. (2.014) cubrirá “el incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista surgidas de la celebración de un acuerdo de voluntades entre particulares” que amparará un contrato suscrito válidamente, siendo la finalidad de este seguro “garantizar el cumplimiento de la obligación contractual’’ sin que sea indemnizatorio de perjuicios (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[527]

Con lo que se evidencia, como lo afirma la Superintendencia Financiera de Colombia (2.004), que la expedición del seguro de cumplimiento resulta ser una excepción ‘‘del elemento riesgo asegurable, pues, aunque el hecho futuro penda de la voluntad exclusiva del tomador, se permite su aseguramiento’’ (*Apud*. Higuera C. y Montealegre L. (2.018).).[528] Por otra parte, como es sabido estos contratos de seguro deberán reunir todos los requisitos legales para poder ser asumidos por la empresa aseguradora, tales como el interés asegurable, el riesgo asegurable y la obligación condicional del asegurador, que en todo caso dependerán del tipo de contrato parasocial (de contenido económico) de que se trate.

Para lo cual, se deberán tener presentes las disposiciones instauradas en el Código de Comercio de Colombia contenidas en los artículos 1.083 y siguientes, y las contenidas en la normativa que al efecto emita la Superintendencia Financiera de Colombia para el sector asegurador de este país.

---

[526] Como lo explican Higuera C. y Montealegre L. (2.018) el seguro de cumplimiento es ‘‘mayoritariamente usado en el ámbito de la contratación estatal bajo la modalidad de garantía única, pero también existe una especie de seguro de cumplimiento destinada a los particulares’’; así ‘‘en el mercado se le conoce como cumplimiento entre particulares y esta póliza es expedida [en Colombia] por compañías como Liberty Seguros y Sura’’. *Vid*. (https://www.libertycolombia.com.co/Empresas/ProdyServ/Paginas/Cumplimiento/Cumplimiento-Particulares.aspx#tab-3) y (https://www.sura.com/soluciones-empresas/cumplimiento-particulares.aspx). En HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit*. pp.66-177.

[527] HIGUERA Carlos D. y MONTEALEGRE Laura S. *Op. Cit.* p.66.

[528] *Ibidem.* p.66.

2.2.3.2. Cláusula Penal:

En el ordenamiento jurídico colombiano, ‘‘la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal’’[529]; la misma se encuentra regulada en el Código Civil de este país en los artículos 1.592 al 1.601, ambos incluidos, y en el Código de Comercio de modo general, en el artículo 867 y en relación al contrato de compra venta y de permuta en el artículo 949.

En acuerdo con los cuales, la cláusula penal se podrán incorporar a todo tipo de contrato, en donde la nulidad de la obligación principal acarreará siempre la nulidad de la cláusula penal, pues ésta es accesoria a aquélla, siendo por ende que la nulidad de dicha cláusula no acarreará en ningún momento la nulidad de la obligación principal. Sin embargo, en acuerdo con la legislación colombiana, cuando determinado sujeto prometa por otro, atribuyéndose el cumplimiento de una pena para el caso de no cumplirse por éste lo prometido, la pena seguirá vigente, aun cuando la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona, lo mismo sucederá cuando una persona estipule con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.[530]

Por otra parte, la pena establecida en estas cláusulas no es exigible antes de la constitución en mora por parte del deudor, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, y constituido en mora, el acreedor no podrá pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su lección, salvo que se haya

[529] Código Civil de Colombia, Artículo 1.592.
[530] Código Civil de Colombia, Artículo 1.593.

estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.[531]

Por tanto en principio, habiéndose o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva, o cuando se ejecuta el hecho que el deudor se ha obligado a abstenerse, si la obligación es negativa.[532] Pero no podrá pedirse a la vez la pena acordada e indemnización de daños y perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre será elección del acreedor pedir la indemnización o la pena.[533]

Además establece el Código de Comercio de Colombia, que las partes no pueden retractarse una vez que han fijado la cláusula penal y que la misma no podrá ser manifiestamente excesiva, pues esta podrá ser rebajada por el juez, así la pena no podrá ser superior al monto establecido como obligación principal cuando ésta versa sobre una suma cierta de dinero, y en todo caso, aunque la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera exorbitante habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación.[534]

En este sentido, las cláusulas penales en el ordenamiento jurídico de Colombia son mecanismos contractuales válidos para asegurar la ejecución de una pena sea de hacer, de no hacer o de dar, siendo lo común la fijación de penas pecuniarias entre las partes, que en todo caso podrán solventar los daños que se presenten por la falta de cumplimiento de la obligación

[531] Código Civil de Colombia, Artículo 1.594.
[532] Código Civil de Colombia, Artículo 1.595.
[533] Código Civil de Colombia, Artículo 1.600.
[534] Código de Comercio de Colombia, Artículo 867.

parasocial, pues la misma es establecida en común acuerdo por las partes contratantes.

2.2.3.3. Contrato de Prenda:

El Contrato de Prenda está tipificado en el ordenamiento jurídico colombiano en su Código de Comercio, en los artículo 1.200 al 1.220 ambos inclusive, y en su Código Civil en los artículos 2.409 al 2.431 uno y otro incluidos; normativas a partir de las cuales se infiere que en Colombia, la prenda es el contrato de empeño por el que se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de un crédito u obligación principal, donde la cosa entregada se denomina prenda y el acreedor que la tiene, se llama acreedor prendario; en este sentido, el contrato de prenda se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor, pero ésta solo se puede empeñar por persona que tenga facultad de enajenar, teniéndose en cuenta en todo caso, que la prenda puede constituirse no sólo por el deudor, sino por un tercero cualquiera que haga este servicio.[535]

Así, podrá gravarse con prenda toda clase de bienes muebles, pudiéndose constituir dicha garantía con o sin tenencia de la cosa[536], pero en ningún caso, se podrá tomar del deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, salvo que así lo disponga el órgano judicial competente, y no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente así lo establezcan, pues en la prenda como en todo contrato debe estar vigente la autonomía de la voluntad[537], sin embrago, se debe tener presente que puede

[535] Código Civil de Colombia, Artículos 2.409, 2.410, 2.411, 2.412 y 2.413.
[536] Código de Comercio de Colombia, Artículo 1.200.
[537] Código Civil de Colombia, Artículos 2.417 y Código de Comercio Artículo 1.201.

haber retención de la prenda por créditos distintos al que dio lugar a ella, si se cumplen los extremos legales para ello[538].

Mientras que, el ordenamiento jurídico de Colombia permite al deudor vender la cosa empeñada, pues éste sigue siendo su legítimo propietario, en cuyo caso el comprador tendrá derecho a pedir al acreedor su entrega, pagando o consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño, concediéndose igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda, por lo que en ninguno de estos casos el primer acreedor podrá excusarse de la restitución alegando otros créditos, ni aunque se cumplan los requisitos legales para ello *supra* referidos.[539]

Por otra parte, la prenda es indivisible, en consecuencia si la deuda entra en sucesión, el heredero que ha pagado su cuota en la misma, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aún en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados.[540]

En todo caso, es aspecto importante que en acuerdo con el Código de Comercio de Colombia, como se mencionó, la prenda se puede constituir con o sin tenencia de la cosa por parte del acreedor, por lo que siendo la regla la entrega de la cosa pignorada, excepcionalmente pueden gravarse con

[538] Código Civil de Colombia, Artículo 2.426: Retención de la Prenda por Créditos Distintos al que dio lugar a ella: Satisfecho el crédito en todas sus partes deberá restituir la prenda. Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:
1. Que sean ciertos y líquidos.
2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda.
3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.
[539] Código Civil de Colombia, Artículo 2.429.
[540] Código Civil de Colombia, Artículo 2.430.

prenda determinados bienes en los que la tenencia la sigue conservando el deudor, reservándose esta particularidad a los bienes muebles que sean necesarios para una explotación económica y destinados a ello que sean resultado de la misma explotación; en dichos casos, la prenda sin tenencia del acreedor se regirá siempre por la ley mercantil.[541]

De acuerdo con lo cual, en Colombia los contratos parasociales podrían ser garantizados por medio de contrato de prenda, ocurriendo esto a través de la pignoración de acciones o participaciones de las que sea titular el deudor o el tercero que así las constituya a favor de la obligación contraída por dicho deudor; en este sentido, se deberán tener en cuenta la normativa del Código de Comercio referente a la aplicación de este contrato en el seno de las sociedades mercantiles.

Así las cosas, la prenda de acciones nominativas[542] se perfeccionará mediante el registro en el libro de acciones de la compañía, lo cual ocasionará la restricción a la libre negociación de acciones gravadas en prenda, pues respecto a las mismas se requerirá autorización del acreedor para su transacción[543], por lo que en el caso de prenda sobre acciones, no opera la normativa dispuesta para la prenda común establecida por el Código Civil, el cual no estipula que deba haber autorización de parte del acreedor prendario para la venta de la cosa empeñada por pate del deudor.

Aun lo anterior, la prenda sobre acciones no otorga al acreedor prendario los derechos inherentes a la calidad de accionista que pertenecen al deudor o al

[541] Código de Comercio de Colombia, Artículos 1.204 y 1.207.
[542] En este sentido, aunque el Código de Comercio de Colombia admite dentro de la clase de acciones de las sociedades anónimas, las acciones al portador, haciendo referencia a estas de igual manera en otros artículos de su normativa, incluido el Artículo 410, debe aclararse que estas acciones no son válidas en este país, en aplicación de la Decisión 291 del año 1991, emitida por la Comisión Andina de Naciones, que estableció el deber de representar el capital de las sociedades mercantiles de capital en títulos nominativos.
[543] Código de Comercio de Colombia, Artículos 410 y 403.

tercero constituyente, salvo estipulación o pacto expreso en contrario, en cuyo orden el escrito o documento en que conste el correspondiente pacto será suficiente para ejercer ante la sociedad mercantil los derechos que se confieran al acreedor.[544]

Siendo entonces el contrato de prenda sobre acciones o participaciones, un mecanismo idóneo para garantizar las obligaciones parasocietarias, pues en aplicación de este contrato las partes tendrán una garantía eficaz ante el incumplimiento de la obligación enmarcada en el contrato parasocial, como sería el caso, por ejemplo, de un contrato parasocial de relación en el que se haya accedido a un Fondo de Inversión de Capital Riesgo, y se garantice el reintegro a través del empeño accionario.

2.2.3.4. Mecanismos de compra y/o venta (*Put* y *Call Options*):

Los mecanismos de *Put* y *Call Options*, vienen a funcionar de forma similar a las cláusulas penales, pues la atribución de estos instrumentos en determinado contrato, se hace a través de una cláusula contractual en el que las partes pactan que frente al incumplimiento de sus obligaciones, deberán enajenar o adquirir determinadas participaciones sociales, a precios elevados o por el contrario disminuidos, en relación a los precios corrientes en el mercado para dichas participaciones.

2.2.4. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) vigentes en Colombia, aplicables a los Contratos Parasociales:

En acuerdo con Gil (2.009):

> Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son una alternativa a la justicia formal, que buscan resolver de manera idónea

[544] Código de Comercio de Colombia, Artículo 411.

> las controversias que se puedan generar entre las partes, cualquier persona puede hacer uso de ellos y tiene distintas alternativas según sus preferencias o necesidades. Los mecanismos alternativos ofrecen una propuesta distinta a un enfrentamiento, por el contrario busca que las partes encuentren un punto medio en el cual no existe la figura de un vencedor y un vencido, sino centros de dialogo por cuenta propia o con la ayuda de un tercero, buscando el beneficio común y la satisfacción de los implicados. A diferencia del proceso judicial las partes plantean la solución a sus diferencias de manera civilizada y pacífica. (*Apud*. Cabana M. (2.017).).[545]

En este sentido, como lo expresa Cabana M. (2.017) ‘‘Los “MASC” actualmente son una forma de administrar justicia en Colombia y se les reconoce a los mismos este carácter jurisdiccional concurriendo estos con la Rama Judicial’’[546]. Así entre estos, tienen vigencia en el orden jurídico colombiano el Pacto Arbitral, la Conciliación, la Mediación, la Transacción y la Amigable Composición.

2.2.4.1. El Pacto Arbitral:

En Colombia el Arbitraje es regulado por la Ley 1563 de 2.012[547], por medio de la cual, se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional. Este es un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos a través del cual, ‘‘las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción’’[548]. Éste, puede ser conducido por personas naturales, siendo necesario en acuerdo con la señalada Ley, que sean ciudadanos

[545] CABANA, María A. (2017). De los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia: Acerca de su Alcance y Desarrollo para su Implementación en los Municipios de Post-Conflicto. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 14 de Junio de 2020. Disponible en: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14606/1/DE%20LOS%20MECANISMOS%20ALTERNATIVOS%20DE%20SOLUCION%20DE%20CONFLICTOS%20EN%20COLOMBIA%20%281%29.pdf p.9.
[546] *Ibidem*. p.11.
[547] LEY 1563 DE 2.012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLVII) Nº 48489, en fecha 12 de julio de 2.012.
[548] Ley 1563 de 2012, Articulo 1.

colombianos hábiles, establecidos en común acuerdo por las partes, denominándose en estos supuestos arbitraje «*ad hoc*», o puede ser administrado por un centro de arbitraje, denominado entonces arbitraje «institucional», respecto de lo cual cuando las partes guarden silencio o haya falta de acuerdo en relación de la naturaleza del arbitraje, entonces este será institucional.[549]

En todo caso, debe celebrase pacto arbitral en que se fije la voluntad de las partes de someter el conflicto surgido o que pueda surgir entre ellas a este mecanismo de solución, en donde dicho pacto implica la renuncia por parte de los sujetos a hacer valer sus pretensiones ante los órganos judiciales. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria, en cualquiera de ambos casos, las partes deben indicar la naturaleza del laudo, si nada se estipula al respecto, entonces e arbitraje deberá ser en derecho.[550]

Así, la sustanciación del proceso arbitral comenzará con la presentación del pacto arbitral correspondiente y el escrito de demanda, debiéndose entonces integrar e instaurar el Tribunal Arbitral en aplicación de la normativa fijada en la mencionada Ley, iniciándose el proceso con la debida contestación, tiempo en el cual de verificarse ciertos requisitos se propiciará audiencia de conciliación, de la cual si no se obtiene la solución buscada, se proseguirá a la celebración de las demás audiencias correspondientes, en las que se procederá a la evacuación de pruebas y el decreto de medidas cautelares que sean procedentes, si se evidencia la existencia de la amenaza o vulneración del derecho, hasta llegar a la audiencia de alegatos y de laudo, siendo esta última en la que se proferirá el laudo arbitral, el cual deberá acordarse por mayoría de votos y ser firmado por todos los miembros del Tribunal Arbitral, incluso por los árbitros que hubieran salvado su voto; en

[549] Ley 1563 de 2012, Artículos 2 y 7.
[550] Ley 1563 de 2012, Artículo 3

este sentido, las resultas del proceso recogidas en dicho laudo, serán la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje, pudiendo ser éste en derecho, en equidad o técnico.[551]

Por todo lo anterior, los socios o demás sujetos que sean parte del contrato parasocial, podrán válidamente someter las controversias que surjan en la ejecución del mismo al proceso arbitral, siempre que el mismo se enmarque en la normativa vigente dictada por el ordenamiento jurídico colombiano sobre el arbitraje, recordando que el pacto arbitral podrá ser incorporado de manera preventiva en el mismo contrato parasocial por medio de una «cláusula compromisoria», ya sea como clausula plasmada en el mismo cuerpo del acuerdo de accionistas o como documento accesorio a este, es decir, podrá establecerse en documento separado, pero inequívocamente referido al contrato parasocial que se celebre.

De igual forma, los socios que reclamen el cumplimiento del acuerdo parasocial y que deseen hacer uso de este mecanismo, podrán accionarlo aun cuando no se haya suscrito de forma preventiva cláusula compromisoria, ya que la Ley como se mencionó, admite que los interesados suscriban «compromiso arbitral» para resolver las diferencias entre ellas, aun cuando ya se estuviera en presencia de un proceso judicial ordinario o contencioso administrativo, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 29 *eiusdem*, podrá el Tribunal Arbitral instaurado solicitar al respectivo Despacho Judicial la remisión del expediente y seguir conociendo de la causa, siempre que no se hubiere ya emitido sentencia de única o primera instancia o terminado el proceso por desistimiento, transacción o conciliación.

De acuerdo al mismo artículo en comento, si el arbitraje establecido no concluyere con laudo, el Proceso Judicial continuaría ante el Juez que lo venía conociendo, en dicho caso el Presidente del Tribunal Arbitral

[551] Ley 1563 de 2012, Artículos 1, 12, 14, 20, 24, 30, 31, 32 y 38.

devolvería el expediente, conservándose la validez de las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral. Por otra parte, la forma que adoptara el arbitraje que resuelva el conflicto entre los socios o demás sujetos, dependerá de la voluntad de las partes intervinientes en el conflicto, como *supra* se señaló.

En todo caso, siempre se deberá tener presente que la decisión proferida en aplicación de este mecanismo y que se plasmara en el laudo arbitral, será de obligatorio cumplimiento para las partes, sean estos socios o accionistas, la sociedad mercantil o demás sujetos contratantes, en virtud de la función jurisdiccional de la que se enviste a los árbitros en este proceso; por ello, este mecanismo puede ser ampliamente usado ante las controversias presentadas con ocasión al contrato parasocial.

2.2.4.2. La Conciliación:

La conciliación también es un mecanismo alternativo de solución de conflictos aceptado en el ordenamiento jurídico de Colombia, el cual se encuentra consagrado en la Ley 466 de 1.998[552], en la Ley 222 de 1.995, en la Ley 640 de 2.001[553] y en la incorporación como audiencia previa al proceso arbitral y judicial en la Ley 1563 anterior referida, y Ley 1564 de 2.012[554]. En este sentido, la conciliación podrá ser judicial o extrajudicial, o intra procesal, en dependencia a si se realiza dentro o fuera de un proceso judicial o dentro de un proceso arbitral de forma obligatoria como fase previa, es decir, como requisito de procedibilidad, o si por el contrario se acciona

[552] LEY 466 DE 1.998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Publicada en el Diario Oficial de Colombia Nº 43.335, de 08 de julio de 1998.
[553] LEY 640 DE 2.001. Por cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia Nº 44.303, de 24 de enero de 2.001.
[554] Ley 1564 de 2.012, Código General del Proceso.

antes o por fuera de dichos procesos a voluntad de las partes; de igual manera, en el orden jurídico colombiano la Conciliación podrá ser en Derecho ‘‘cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias’’ o en equidad ‘‘cuando se realice ante conciliadores en equidad’’[555]

Así, respecto a este mecanismo apunta Martínez C. (1.991) que:

> La corte constitucional Colombina define la conciliación como un medio no judicial [pues este previene o anticipa la conclusión del mismo, perteneciente a los medios] de resolución de conflictos mediante el cual las partes, entre quienes existe una diferencia susceptible de transacción, con la presencia activa de un tercero conciliador, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o por el mismo, buscan la forma de encontrar una solución y superar el conflicto de intereses que existe. (p.231). (*Apud*. Cabana M. (2.017).).[556]

Con lo cual se observa que este mecanismo tiene la particularidad, de ser un medio de autocomposición, lo que quiere decir que en empleo de la Conciliación, las partes someterán su disputa ante un tercero calificado, pero este no decidirá, ni emitirá juicio resolutorio, sino que serán las partes involucradas quienes decidirán sobre el fondo de la controversia.

En este mismo sentido, la normativa contenida en el artículo 229 de la Ley 222 de 1.995, dispone que:

> **Artículo 229. Conciliación.**
> En cualquier sociedad la entidad de inspección, vigilancia o control competente, podrá actuar como conciliadora en los conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social.
> Para tal fin, el Superintendente mediante auto dispondrá la conciliación y señalará fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación de lo cual se notificará personalmente a

[555] Ley 640 de 2001, Artículo 3.
[556] CABANA, María A. *Op. Cit*. p.15.

> las partes, acto en el que deberá enterárseles del propósito de la audiencia.
>
> A la audiencia de conciliación deberán concurrir las partes con o sin apoderado. Si la audiencia no se puede llevar a cabo por inasistencia de alguna de ellas o si realizada no se logra acuerdo, se podrá citar a una segunda audiencia para dentro de los diez días siguientes. Logrado algún acuerdo entre las partes, el acta que la contenga, que será firmada por todas ellas y donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Si no se logra acuerdo alguno, igualmente debe dejarse constancia de ello en el acta mencionada.

De acuerdo con lo cual, la legislación colombiana establece expresamente la facultad de resolver mediante Conciliación los ‘‘conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social’’[557], lo que por analogía, se aplica a los conflictos surgidos entre socios y sociedad mercantil o demás sujetos, con ocasión al desarrollo o ejecución del contrato parasocial, en cuyo orden en acuerdo con la norma citada y en aplicación del Artículo 24.5. Literal b, de la Ley 1564 de 2.012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, y se dictan otras disposiciones, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades promover la Conciliación entre las partes, pues a esta incumbe ‘‘la resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral’’[558].

Para lo cual, el particular u órgano jurisdiccional que brinde sus funciones como Conciliador, deberá citar a las partes en conflicto y hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia conciliatoria, ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación,

[557] Ley 222 de 1995, Artículo 229.

[558] Ley 1564 de 2.012, Código General del Proceso, Artículo 24: Ejercicio de Funciones Jurisdiccionales por Autoridades Administrativas: Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: (…) 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: (…) b) La resolución de conflictos societarios…

«motivar» a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia, «formular propuestas de arreglo», levantar el acta de la audiencia de conciliación correspondiente y realizar su respectivo registro de conformidad con lo previsto en la referida Ley.[559] De cuyo proceso, una vez suscrita el «acta de conciliación» esta generará efecto de cosa juzgada y valdrá como título ejecutivo.

2.2.4.3. La Transacción:

En Colombia la Transacción está tipificada en el Código Civil en sus artículos 2.469 al 2.487, ambos incluidos, de acuerdo con los cuales esta es ‘‘un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual’’[560]

Así, en acuerdo con Cabana M. (2.017):

> Esta clase de mecanismo auto compositivo consiste en que las partes puedan llegar a un acuerdo por voluntad propia, sin la intervención de ningún tercero, anterior a la presentación de un litigio es decir prescindiendo del mismo, o durante la ejecución de un litigio o laudo arbitral sin que se haya dictado sentencia. La figura de la transacción únicamente genera efecto inter partes y después de realizada presta merito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.[561]

Así, solo podrán transigir las personas capaces de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, no siendo válida la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen, además la transacción no surte efecto sino entre los contratantes, donde si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se conviene, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudicará ni aprovechará a los otros, salvo los efectos de la novación en el caso de solidaridad; mientras que

[559] Ley 640 de 2.001, Artículo 8.
[560] Código Civil de Colombia, Artículo 2.429.
[561] CABANA María A. *Op. Cit*. p.13.

como se expresó, la transacción produce el efecto de cosa juzgada, valiendo como última instancia; pero se podrá solicitar la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad con las disposiciones del Código Civil.[562]

En cuyo orden, la transacción puede ser un mecanismo eficaz en la resolución de conflictos surgidos en la ejecución de un contrato parasocial, donde las partes aunque en desacuerdo, quieren resolver su disyuntiva de manera convencional, a través del dialogo privado sin intervención ni asistencia de tercero, ideal para aquellos acuerdos parasocietarios en los que el objeto de la prestación sea la confidencialidad.

2.2.4.4. La Mediación:

En acuerdo con Cabana M. (2.017):

> La mediación como su nombre lo indica busca llegar a un punto medio entre las partes que se encuentran en una disputa, en la cual un tercero imparcial llamado mediador los asiste y facilita la comunicación entre las partes, para que estas como protagonistas tomen una decisión que logre satisfacer las necesidades de ambos, por medio del dialogo.[563]

Con lo cual, la mediación también es un medio de solución de conflictos que se caracteriza por su autocomposición, pues son las partes la que deben llegar a un punto de acuerdo; empero, a diferencia de los anteriores, la mediación, como lo expresa Cabana M. (2.017) ‘‘carece de efectos jurídicos para las partes, su cumplimiento se deriva únicamente [de] la voluntad que estas tengan para cumplir lo pactado, para que la mediación genere efectos jurídicos debe ser llevada ante una notaría o un centro de conciliación’’[564].

[562] Código Civil de Colombia, artículos 2.470, 2.475, 2.483, 2.484.
[563] CABANA María A. *Op. Cit*. p.14.
[564] *Ibidem.* p.14.

Aun así, la mediación puede resultar un medio eficaz a la solución de las controversias surgidas con ocasión al cumplimiento y ejecución de los contratos parasociales, pues en forma semejante a la transacción, puede ser una forma más privada de resolución del conflicto.

2.2.4.5. Amigable Composición:

La amigable composición como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico colombiano en la Ley 1563 de 2.012, en sus artículos 59, 60 y 61, de acuerdo con los cuales en aplicación de este medio:

> … dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición… [Donde] El amigable componedor podrá ser singular o plural.[565]

Así, la amigable composición, del mismo modo que ocurre con el arbitraje, podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente, en ambos casos, las partes podrán determinar libremente el número de amigables componedores, pero a falta de acuerdo, el amigable componedor será único, a cuyo efecto, este o estos serán designados por las mimas partes o por intermedio de persona jurídica o centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante[566]; mientras que, en acuerdo con la referida Ley 1563:

> … El procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente, o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, siempre que se

[565] Ley 1563 de 2.012, Artículo 59.
[566] Ley 1563 de 2.012, artículos 59, 60 y 61.

> respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas…[567]

En todo caso, ‘‘el amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico’’[568], así como entre otras facultades, precisar si hay o no incumplimiento del vínculo contractual que ocasiona el conflicto y decidir sobre la responsabilidad de las partes, por lo que las decisiones del amigable componedor ‘‘producirá los efectos legales propios de la transacción. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente’’[569]. De lo cual, como lo expone Cabana M. (2.017), ‘‘la decisión final pactada debe constar por escrito… presta merito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada’’[570]

En cuyo orden, podrá la amigable composición, ser al igual que los anteriores mecanismos alternativos de solución de conflictos, un medio eficaz a la amistosa resolución de las controversias surgidas con ocasión al cumplimiento de acuerdos de accionistas en Colombia, recordando que tanto en este medio resolutorio como en los anteriores, en acuerdo con la Constitución Política de Colombia, ‘‘los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia’’[571], generándose como lo establece Duarte N. (2.016) ‘‘una derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto’’[572].

---

[567] Ley 1563 de 2.012, artículo 61.
[568] Ley 1563 de 2.012, artículo 60.
[569] Ley 1563 de 2.012, artículo 60.
[570] CABANA, María A. *Op. Cit*. p.15.
[571] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Publicada en la Gaceta Constitucional de Colombia Nº 114, en fecha 04 de julio de 1991, artículo 116.
[572] DUARTE, Nazly. (2.016). Regulación y discusiones sobre la amigable composición en Colombia. Blog de Derecho: de los Negocios. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2020. Disponible en:

3. Efectos de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de España

Entendiendo que el reconocimiento que poseen los contrato parasociales en el ordenamiento jurídico de España, proviene en gran medida de parte de la jurisprudencia española, siendo que la normativa societaria de esta país solo reconoce legalmente a los pactos parasociales celebrados en las sociedades anónimas cotizadas, adquiriendo en los demás tipos societarios el carácter de contratos atípicos, los efectos de estos negocios en este país, se deberán igualmente abordar desde la perspectiva jurisdiccional, a la par de las disposiciones normativas contractuales establecidas por el Derecho Civil de España, que se aplican en materia mercantil con carácter supletorio.

3.1. Oponibilidad de los Contratos Parasociales en España

En España los contratos parasociales son válidos a partir de la aplicación del Principio de la Autonomía de la Voluntad, por lo que la regulación legal referente a su oponibilidad está dada por los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil español, en aplicación además de la interpretación *lato sensu* del artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 118 y 119 del Código de Comercio de este país; siendo necesario en todo caso, tener en cuenta lo dispuesto en el Código de Comercio español:

> **Artículo 51.** Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos… (*Omissis*).

---

https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/regulacion-y-discusiones-de-la-amigable-composicion-en-colombia/#_ftn1

> **Artículo 52.** Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:
> **1º** Los contratos que, con arreglo a este Código o a las Leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia…
> (*Omissis*)
>
> **Artículo 53.** Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio.

En base a cual, en España los contratos parasociales producirán obligación y acción en juicio, siempre que hayan cumplido con las formas o solemnidades necesarias -si las disposiciones que regulan el tipo de contrato celebrado así lo exigen- o en su defecto, en caso de que no existan requerimientos especiales en su forma, será necesario que se pueda probar su existencia por los medios de prueba permitidos por el Derecho, fijados en la legislación civil de este país, siempre por supuesto, en ambos casos, que versen sobre asuntos o convenciones lícitas, *so pena* de no producir ninguna obligación ni acción (por ende ser inoponibles), aunque recaigan sobre operaciones de comercio.

Así, la oponibilidad que los contratos parasociales poseen entre las partes firmantes, frente a la sociedad mercantil y frente a demás terceros en España, se resuelve de las siguientes maneras:

3.1.1. Oponibilidad *Inter Partes.*

En el ordenamiento jurídico de España los contratos parasociales tienen plena oponibilidad entre las partes firmantes, en virtud de la aplicación del Derecho de Obligaciones que establece los efectos de los contratos en general, y que como se ha dicho rige por remisión legal para los contratos extraestatutarios, siendo entonces de aplicación a estos contratos lo establecido por los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil español, los cuales son del siguiente tenor:

> **Artículo 1.091.** Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.
>
> **Artículo 1.257.** Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.
>
> Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.

A partir de lo cual, «el contrato es Ley entre las partes firmantes» y entre la mismas produce pleno efecto una vez que se ha suscrito, siempre que este sea plenamente válido; por lo que entre los socios o demás sujetos suscriptores en el contrato parasocial, hay plena oposición de las cláusulas extraestatutarias, en razón de que el principio de obligatoriedad y oponibilidad se complementan.

Debiéndose tener presente además, que en los contratos parasociales suscritos entre socios o accionistas y sociedad mercantil, será asimismo aplicable lo establecido en el artículo 118 del Código de Comercio, el cual refiere que, ‘‘serán igualmente válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos y aparecieren cumplidos los requisitos [legales de publicidad] ’’ .

Sumándose el hecho de que si la sociedad mercantil no es parte del contrato parasocial, pero se han pactado beneficios a favor de ésta, como ocurre en los contratos parasociales de atribución, entonces el ente societario también podrá oponer las estipulaciones a su favor acordadas, en base al artículo 1.257 del Código Civil *supra* citado.

3.1.2. Oponibilidad frente a la Sociedad Mercantil y frente a Terceros:

En el ordenamiento jurídico de España la oponibilidad de los contratos parasociales frente a la sociedad mercantil y frente a los demás terceros, está supeditada al cumplimiento del deber de publicidad ante el órgano social, en virtud de que el tercer aparte del artículo 119 del Código de Comercio español, establece que:

> **Código de Comercio**
> **Artículo 119**…
> Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.

Sumándose para las sociedades mercantiles de capital el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital y los artículos 531 y 533 *eiusdem* para las sociedades anónimas cotizadas, los cuales son del siguiente tenor:

> **Ley de Sociedades de Capital**
> **Artículo 29. Pactos reservados.**
> Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad.
>
> **Artículo 531. Publicidad de los pactos parasociales.**
> 1. La celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial que tenga por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de obligaciones convertibles o canjeables en las sociedades anónimas cotizadas habrá de ser comunicada con carácter inmediato a la propia sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
> A la comunicación se acompañará copia de las cláusulas del documento en el que conste, que afecten al derecho de voto o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables.
> 2. Una vez efectuada cualquiera de estas comunicaciones, el documento en el que conste el pacto parasocial deberá ser depositado en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita.
> 3. El pacto parasocial deberá publicarse como hecho relevante.

> **Artículo 533. Efectos de la falta de publicidad de los pactos parasociales.**
> En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias.

De cuyos textos se infiere, que los contratos parasociales que se mantengan reservados entre los socios «no serán oponibles a la sociedad», a partir de lo cual para que los contratos parasociales en España sean oponibles ante el ente social, estos una vez sean suscritos deberán ser comunicados a la propia sociedad mercantil *so pena* de no ser oponibles a ésta ni a los demás terceros, sumándosele para la sociedades anónimas cotizadas el deber de depósito del pacto a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España y su publicación ante el Registro Mercantil en el que la sociedad mercantil esté inscrita, caso contrario no producirán los contratos parasociales celebrados en dichas sociedades, efecto alguno en cuanto a las materias que hayan sido objeto de contratación.

Además, los contratos parasociales quedarán sujetos a las mismas formalidades fijadas para las escrituras que de cualquier manera, modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía[573]; en este sentido, como se ha dicho, si el contrato parasocial tiene como objeto materias que modifican lo establecido en los estatutos sociales, dichas modificaciones no operaran por la simple suscripción del pacto, sino que estas deberán marcar el camino al proceso de reforma estatutaria en apego a la normativa correspondiente; de donde, dicha modificación en todos caso deberá inscribirse ante el Registro

[573] Código de Comercio de España, Articulo 119: Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.
A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que, de cualquier manera, modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía…

Mercantil correspondiente, pues solo así dichas estipulaciones podrán gozar de validez y ser oponibles al ente comercial y demás terceros.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial y doctrinal se ha reconocido la oponibilidad ante la sociedad mercantil y frente a demás terceros de contratos parasociales no comunicados al ente social, ésto en razón de los diversos casos llevados a instancia judicial a lo largo de las últimas décadas, haciendo que los juzgados españoles y estudiosos del Derecho de este país, hayan apostado por dogmas y artificios legales que en muchos casos, han aportado las bases para la «ruptura de los principios de relatividad e inoponibilidad» de los contratos parasociales no publicados, entre estos postulados se tienen los expuestos en el siguiente aparte:

3.1.2.1. Ruptura de los Principios de Relatividad e Inoponibilidad en los Contratos Parasociales no inscritos en la Sociedad Mercantil[574]:

Posición de la jurisprudencia española. La jurisprudencia de España a lo largo de los años ha establecido diversos criterios, por lo que su posición actual no es unánime respecto a la oponibilidad que poseen los contratos parasociales frente a la sociedad y frente a terceros que no cumplieron con el deber de publicidad o comunicación, el cual es impuesto por la normativa societaria, observándose que los criterios que se han generado del Máximo Tribunal español han sido producto de la dinámica que poseen estos contratos en el seno empresarial de este país, por lo que dichos razonamientos son la respuesta que intenta dar el Estado en la solución de conflictos surgidos en esta materia, y con ello buscar resguardar los intereses societarios de las partes involucradas.

[574] *Vid*. Ruptura del principio de inoponibilidad en nuestra experiencia jurídica y Fundamentación dogmática de la ruptura y, en particular, análisis de la impugnación de acuerdos sociales por violación de pactos parasociales, en PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*.

Así, los juzgados de España en los procedimiento llevados por conflictos acontecidos en la ejecución de los contratos parasociales, se han valido de diversas soluciones, que van desde artificios legales (cuestionados muchas veces por su falta de bases jurídicas) hasta la subsumición del incumplimiento de los contratos parasociales en supuestos de hechos, fijados por la normativa societaria para la impugnación de acuerdos sociales aprobados en Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas.

De lo cual, como se mencionó en apartes anteriores, en principio el Tribunal Supremo de España estableció algunos artificios legales para dotar aquellos contratos parasociales no inscritos, de oponibilidad ante la sociedad mercantil y ante terceros, entre estos postulados de acuerdo con Paz-Ares C. (2.003):

> Los más socorridos son los que procuran: (i) la ficción de la existencia de una junta general en la celebración del pacto parasocial; (ii) la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica; y (iii) el principio de la buena fe y de interdicción del abuso del derecho.[575]

Preceptos éstos que fueron fijados en diferentes sentencias y resoluciones, algunas explicadas *supra* (Capítulo II), tales como las emanadas del «Caso Munaka» (TS, Sentencia de 26 de febrero de 1.991), «Caso Hotel Atlantis Playa» (TS, Sentencia de 24 de septiembre de 1.987) y «Caso Promociones Keops» (DGRN, Resolución de 26 de octubre de 1.989).

A partir de las cuales, respecto a la «ficción de la existencia de una junta general en la celebración del pacto parasocial» estableció el Alto Tribunal de España, que el contrato extraestatutario se equiparaba con un acuerdo social emanado de una Junta o Asamblea General y por tanto vinculante para la sociedad mercantil, haciéndolo así plenamente oponible a esta; sin embargo,

[575] PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*. p.33.

con este criterio el Tribunal Supremo desnaturaliza al pacto parasocial de su carácter contractual, por ello, el empleo de este postulado es altamente cuestionado.

Razón por lo cual, el mismo Tribunal señala que aunque se estimará que estos acuerdos se equiparan a un acuerdo social de Junta o Asamblea General, no es menos cierto que ‘‘deben ser cumplidos a su tenor (artículo 1901 [del Código Civil]), dando cumplimiento no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley’’ (*Apud*. Paz-Ares C. (2.003).)[576], es decir, se debe entender que la Alta Instancia Judicial de este país, solo equipara los contratos parasociales con los acuerdos sociales de la Junta o Asamblea General en los casos que estos se deban oponer a la sociedad mercantil sin desvirtuar su naturaleza contractual entre sus partes firmantes, lo que hace menos preciso el argumento.

Por otra parte, en relación a la «doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica» como lo recuerda Paz-Ares C. (2.003) el Tribunal Supremo de España argumento que ‘‘los pactos privados son oponibles a la sociedad cuando ésta no pueda considerarse, en atención a la realidad de sus socios, un tercero ajeno e independiente’’[577] estableciendo el Alto Tribunal como base a este postulado que:

> … en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), la práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos

[576] *Ibidem*. p.34.
[577] *Ibidem*. p.34.

> como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (artículo 7.2 del Código Civil).[578]

Por lo que este postulado se instituyo para ser aplicado solo en casos concretos, en los que estuviera presente un mal uso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles en las que se hubiera celebrado el contrato parasocial, por evidente dolo o mala fe, reduciéndose este criterio de oponibilidad solo a aquellos supuestos en los que al momento de celebrar el contrato parasocial no se tomara en cuenta lo fijado en los estatutos sociales, pero al momento de su ejecución pretendiese alguna de las partes amparar su incumplimiento a lo fijado en dichos estatutos, lo que haría según cada caso, desestimar la personalidad jurídica y allanar la realidad de los hechos.

Mientras que en el «principio de la buena fe y de interdicción del abuso del derecho» estableció la Dirección General de los Registros y del Notariado de España que son principios básicos del ordenamiento jurídico español:

> … que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que no debe protegerse el ejercicio abusivo de los derechos y como, además, es la necesaria protección de los derechos de los terceros que confían en la exactitud de las apariencias legítimamente creadas, la que determina el mantenimiento de la eficacia jurídica de aquellas actuaciones que, amparadas en los Estatutos sociales, contradicen la relación jurídica subyacente —contractual—, no debe reconocerse la validez de aquella actuación en la que no se compromete todavía ningún derecho de terceros cuya protección reclamase su mantenimiento, pues no sólo es abusiva sino que además envuelve un incumplimiento contractual con grave detrimento para los propietarios de las acciones gravadas que ven inutilizadas unas facultades que legítimamente les pertenecen.[579]

[578] *Ibidem*. p.34.
[579] ESPAÑA. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARÍAS, Resolución del 26-10-1989. *Op. Cit.*

Por lo que a partir de este criterio, igualmente los contratos parasociales serian oponibles a la sociedad mercantil y terceros, cuando se evidenciara la mala fe o un fragante abuso de Derecho, de parte del sujeto incumplidor del acuerdo extraestatutario.

Con todo lo cual, a pesar de las soluciones que aportaron en ciertos casos estos postulados, se observa que los mismos no se fundaron sobre bases sólidas, generándose el cuestionamiento de su proceder jurídico, siendo que estos preceptos no son unánimemente aplicados por la jurisprudencia española más reciente.

En razón de ello, el Tribunal Supremo de España en una de las cuatro Sentencias pronunciadas los días 5 y 6 de marzo del año 2.009[580], relativas al «Grupo Konrad»[581], disimuladamente sentó un nuevo criterio de oponibilidad para aquellos contratos parasociales que no hubieran sido comunicados ante el órgano social.

En principio, el máximo Tribunal afirmo que los contratos parasociales no comunicados al ente social, no le serán oponibles ni a la sociedad ni a demás terceros, en razón de la jurisprudencia más actual de España, «que niega cualquier efecto de los contratos no comunicados ante el órgano social», pues tal como lo resumen Ruiz J. y Torregrosa E. (2.009):

> Las dos sentencias de 6 de marzo de 2009 reafirman la doctrina clásica, según la cual el incumplimiento de un pacto parasocial no

[580] ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL. Sentencias JUR 140200 y JUR 140201, 06-03-2006. (Socios Minoritarios de «Turística Konrad-Hidalgo, S.L.» y «Camanchaca, S.L.», vs. Sentencia PROV 200427135, del 10-11-2003 / Recurso de Casación 368/2004) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de julio de 2.020 Disponible en: https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/sentencia-del-tribunal-supremo-sala-civil-del-6-de-marzo-de-2009-2009-05-04/

[581] Compañía «Kurt Konrad y Cía., S.A.», constituida en 1963 por dos bloques familiares «Turística Konrad-Hidalgo, S.L.» y «Camanchaca, S.L.».

> constituye en ningún caso una causa de impugnación de acuerdos sociales.
>
> En este sentido, las dos resoluciones comentadas son ciertamente desalentadoras para aquellos que, siguiendo la doctrina moderna, mantienen una interpretación más flexible de esta materia. Además, lo cierto es que el alto tribunal apenas ha fundamentado sus pronunciamientos: sin entrar a rebatir ninguno de los numerosos argumentos esgrimidos por nuestra mejor doctrina en los últimos años, las sentencias comentadas se limitan a afirmar, como único «razonamiento», que la «mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado» (Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia relativa a «Turística Konrad-Hidalgo, S.L.»). Sin más.[582]

En donde fija la jurisprudencia de España, que los sujetos que pretendan hacer valer los contratos parasociales no comunicados ante la sociedad mercantil, solo podrán hacer uso de los mecanismos del Derecho de Obligaciones, es decir, solo les reconoce en estos casos «oponibilidad entre partes firmantes y no ante la sociedad mercantil».

Empero, por otra parte, como se explicará *infra* -en relación a la eficacia de los contratos parasociales en España-, el Alto Tribunal a su vez estableció una excepción a su postura, y para los contratos parasociales suscritos por todos los socios, fijo que «es posible» oponer su cumplimiento ante la sociedad mercantil aunque no se le haya comunicado, ello si se enmarca el incumplimiento de dicho contrato parasocial dentro de los supuestos de la norma societaria referidos al «interés general», como lo resumen Ruiz J. y Torregrosa E. (2.009):

> Por tanto, al menos una de las cuatro sentencias relativas al «Grupo Konrad» no niega de plano toda eficacia de los pactos parasociales en el ámbito societario y, aunque finalmente

[582] RUIZ, Javier y TORREGROSA, Elena. (2.009). España: Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTS de 6 de Marzo de 2009). Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 24-2009: Foro de Actualidad. Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2379/documento/articuloUM.pdf?id=3054 p.68.

> desestima las pretensiones del actor, de hecho llega a analizar si en este caso en concreto sería posible encuadrar el incumplimiento del pacto en una de las tres causas tasadas de impugnación de acuerdos sociales.[583]

Lo que en todo caso, haría oponible el contrato parasocial ante la sociedad mercantil, aun cuando se hubiera mantenido reservado a sus partes firmantes, siempre que se trate de contratos parasociales suscritos por todos los socios, puesto que en dichos casos, no estaría la sociedad mercantil en desconocimiento del contrato parasocial.

Por lo que en resumen, como lo sintetiza Sáez M. (2.009):

> Los casos difíciles y que han requerido del análisis más detenido por parte de la jurisprudencia, han sido aquellos en que los pactos parasociales establecen reglas de carácter organizativo y que reclaman eficacia societaria a través de acciones de impugnación de los órganos sociales por vulneración de pactos parasociales. La experiencia más reciente pone a las claras que los jueces no cuentan con una estrategia bien definida y articulada para tratar los casos que se le presentan. En unos casos, los tribunales reaccionan con contundencia frente a supuestos escandalosos de incumplimiento y de conducta abusiva. El único reproche es que no se fundamentan ni se articulan con bases sólidas en nuestro derecho de sociedades: el tribunal se vale de argucias jurídicas más o menos artificiosas o desproporcionadas para legitimar la impugnación del acuerdo, como la doctrina del levantamiento del velo, o la ficción de entender que el pacto parasocial es un acuerdo de junta universal. En cambio, en otros casos –quizás menos desmedidos a los ojos del juzgador– se desestima el recurso y se opta por una aplicación formalista de la ley –en su versión legitimadora del blindaje de lo societario–. Esta discrecionalidad nos hace pensar que es necesario asentar la discusión sobre bases jurídicas más sólidas. El compromiso más elemental del derecho de sociedades debe ser el de proporcionar certidumbre y capacidad de predicción en su aplicación (la incertidumbre sobre el contenido y los contornos de las normas legales impone importantes costes en el ámbito de la vida económica).
>
> Las recientes sentencias del tribunal supremo nos ofrecen un excelente punto de partida para examinar el estado de la cuestión -

[583] *Ibidem*. p.69.

> [la sentencia STS, 1ª, 10.12.2008 (RJ 2009/17; MP: Jesús Corbal Fernández) y las dos fechadas el 6.3.2009 (JUR 2009\140200 y JUR 2009\140201)]-. La doctrina que promueven -contraria a la aplicación del pacto parasocial en la esfera societaria- preconiza un cambio de criterio sustantivo respecto de pronunciamientos anteriores…[584]

Pudiéndose afirmar entonces, que en España en principio solo serán oponibles ante la sociedad mercantil y demás terceros aquellos contratos parasociales que se hayan comunicado ante el órgano social, quedando a salvo la oponibilidad del contrato parasocial que aunque no se comunique a la sociedad mercantil, haya sido suscrito por todos los socios, en cuyo único caso podría haber ruptura del principio de inoponibilidad -que se deriva del carácter reservado del contrato parasocial-.

Posición de la doctrina en España. La doctrina de España tampoco es unánime respecto a la oponibilidad *erga omnes* de los contratos parasociales no comunicados a la sociedad mercantil, en virtud de ello como lo explican Ruiz J. y Torregrosa E. (2.009):

> … de manera muy sintética, podrían distinguirse dos tendencias en nuestra doctrina, una más tradicional (que daremos en llamar *clásica*) y otra más flexible (que denominaremos *moderna*)… [En donde] con carácter general, la doctrina *clásica* niega de modo absoluto la oponibilidad de los pactos parasociales no inscritos frente a la propia sociedad y frente a terceros… [Mientras que] Los autores encuadrados en... [La] corriente *moderna* flexibilizan la separación entre la esfera contractual y la societaria.[585]

Por lo que como lo expone Sáez M. (2.009):

> … la dogmática de los pactos parasociales está en profunda crisis teórica y práctica. El presupuesto de partida –la separación absoluta entre el derecho de obligaciones y el derecho de sociedades- debe ser reconsiderado desde presupuestos críticos. Buena parte de la reglamentación societaria en las sociedades

[584] SÁEZ, María I. *Op. Cit*. pp.19-20.
[585] RUIZ, Javier y TORREGROSA, Elena. *Op. Cit*. pp.66-67.

> cerradas se confía a pactos de carácter obligatorio y, como se tendrá oportunidad de comprobar, el derecho de sociedades es, en su mayor parte, un derecho de base contractual. Una vez superado este prejuicio, la extensión y el contenido de la regla de la inoponibilidad que se sustenta en el art. 7 LSA [sustituido hoy por el art. 29 Ley de Sociedades de Capital] pierde legitimidad y debe ser reformulada.[586].

Así, la doctrina de este país ofrece algunas soluciones prácticas, entre estás se tiene lo postulado por Paz-Ares C. (2.003), quien ofrece la «Fundamentación Dogmática de la Ruptura del Principio de Inoponibilidad», por lo que de acuerdo con este doctrinario la relatividad de los contratos parasociales no comunicados ante el ente social ‘‘ha de entenderse tanto en un sentido subjetivo como en un sentido objetivo’’[587] para así vislumbrar que estos contratos si pueden ostentar oponibilidad frente al ente social.

De acuerdo con lo cual, establece Paz-Ares C. (2.003) respecto al sentido subjetivo en la relatividad de los contratos parasociales, que:

> El entendimiento usual del principio de relatividad subraya el aspecto subjetivo, y así lo hace ciertamente el artículo 1257 II CC: lo pactado por unos no puede afectar a otros (*res inter alios acta tertiis non nocet*). La regla de la oponibilidad obedece también a la misma lógica: lo pactado por los socios no es oponible a la sociedad, porque ésta —en su condición de persona jurídica— es un tercero respecto de ellos. La *ratio* de la inoponibilidad radica, así pues, en la idea de ajenidad: la ajenidad de la sociedad respecto de los firmantes del pacto.[588]

Por lo que de acuerdo con este estudioso del Derecho resulta haber ajenidad de la sociedad mercantil frente al contrato parasocial cuando la identidad de los sujetos que integran la sociedad no coincide con la de los sujetos que suscriben el acuerdo extraestatutario, en cuyo orden, propone el citado doctrinario que el problema -de la ajenidad e inoponibilidad- se resuelve

[586] SÁEZ, María I. *Op. Cit*. p.22
[587] PAZ-ARES Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*. p.36.
[588] *Ibidem*. p.36.

cuando hay identidad subjetiva entre los suscritores del contrato parasocial y los todos los asociados a la sociedad mercantil, como ocurre en los casos de contratos parasociales omnilaterales, es decir, los suscritos «por todos los socios o accionistas»[589].

Por lo que de acuerdo con este postulado es un hecho inoficioso mantener vigente la relatividad de los contratos cuando todos los socios suscribieron el contrato parasocial y no hay desconocimiento para la sociedad mercantil de la existencia y del contenido del contrato extraestatutario, es decir, si hay identidad subjetiva entonces la sociedad no es ajena al contrato parasocial y por ende le es «oponible».

Aun así, se debe tener en consideración el sentido objetivo de la relatividad de los contratos, por ello establece Paz-Ares C. (2.003), que no tiene tampoco sentido mantener vigente el principio de relatividad de los contratos si ‘‘los resultados que proporciona el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los que garantiza el ordenamiento contractual’’[590], infiriéndose así que si hay idénticos resultados procesales, es decir, si hay identidad objetiva entre los mecanismos de cumplimiento ofrecidos por el Derecho Civil y los mecanismos de cumplimiento ofrecidos por el Derecho Societario, entonces no debería haber razón que impidiera «oponer» el contrato parasocial al ente mercantil.[591]

En razón de ello, Paz-Ares C. (2.003) establece que:

> En suma, cuando concurren las dos condiciones anteriormente vistas —coincidencia subjetiva de partes de los pactos parasociales y del contrato de sociedad y coincidencia objetiva de los resultados del derecho de obligaciones y del derecho de sociedades—, la regla de la oponibilidad queda privada de la base

[589] *Vid*. Contratos parasociales de todos los socios, en este trabajo. p.47.
[590] PAZ-ARES Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*. p.37.
[591] *Ibidem*.

> o finalidad que la justifica y, por tanto, deja expedita la vía para acudir al ámbito societario al objeto de hacer efectivos los pactos parasociales: *cessante ratio legis, cesat lex ipsa*.[592]

Con lo que se observa, que tanto la doctrina como la jurisprudencia de España, buscan excepciones a la regla, es decir, afanosamente intentan hacer oponibles ante el ente societario y ante terceros, los contratos parasociales, aun aquellos que no cumplieron con el deber de comunicación fijado por la normativa societaria.

__oOo__

Deduciéndose entonces, que la oponibilidad de los contratos parasociales en España se maneja de la siguiente manera:

Cuadro Nº 6: *Oponibilidad de contratos parasociales en España.*

Sociedad Mercantil	**Oponibilidad *inter partes* del contrato parasocial**	**Oponibilidad frente a la sociedad mercantil y demás terceros del contrato parasocial**
Sociedad Colectiva (& Cía.)	Opera *per se* (Artículo 50 del **Código de Comercio** y Articulo 1.091 y 1.257 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.
Sociedad en Comandita Simple (& Cía. en Com.)	Opera *per se* (Artículo 50 del **Código de Comercio** y Articulo 1.091 y 1.257 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.
Sociedad en Comandita por Acciones (S. Com. por A.)	Opera *per se* (Artículo 50 del **Código de Comercio** y Articulo 1.091 y 1.257 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.
Sociedad de Responsa-bilidad Limitada (SRL)	Opera *per se* (Artículo 50 del **Código de Comercio** y Articulo 1.091 y 1.257 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.

[592] PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.38.

Sociedad Anónima (SA)	Opera *per se* (Artículo 50 del **Código de Comercio** y Articulo 1.091 y 1.257 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*****.
Sociedad Anónima Cotizada	Opera *per se* (Artículo 50 del **Código de Comercio** y Articulo 1.091 y 1.257 **Código Civil**)	En principio, solo pera si el pacto se comunica, deposita e inscribe con carácter inmediato y como hecho relevante a la propia Sociedad Mercantil, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y ante Registro Mercantil correspondiente. (Artículo 531 de la **Ley de Sociedades de Capita**l) *****
Sociedad Unipersonal	Opera *per se* (Artículo 50 del **Código de Comercio** y Articulo 1.091 y 1.257 **Código Civil**)	En principio, Inoponible*.

***** Salvo, que en aplicación de criterios establecidos por la Jurisprudencia y Doctrina de España, se trate de un contrato parasocial «omnilateral».

Creación Propia. / Fuente: Legislación, Jurisprudencia y Doctrina de España.

A partir de lo cual, como se observará en el siguiente aparte, estos postulados facultaran en algunos casos, el uso de mecanismos de cumplimiento o *enforcement* dados por el Derecho de Sociedades de España para hacer efectivas las cláusulas extraestatutarias.

3.2. Eficacia de los Contratos Parasociales en España: *Enforcement* o Mecanismos de Cumplimiento.

Una vez presentada las bases legales para la oponibilidad *inter partes* de los contratos parasociales en España, así como los requerimientos normativos para su oponibilidad frente a la sociedad mercantil y demás terceros, y las excepciones fijadas a nivel jurisprudencial y doctrinal para la ruptura de la regla de la inoponibilidad de los contratos extraestatutarios no publicados, se podrá analizar los mecanismos de cumplimiento forzoso que podrán accionar las partes contratantes ante el eventual incumplimiento de estos contratos.

En relación a lo cual, se podrán accionar mecanismos ofrecidos por el Derecho de Sociedades, como por el Derecho Civil, recordando en todo caso, la singularidad de cada contrato parasocial.

3.2.1. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Societario aplicables a los Contratos Parasociales en España:

Para hacer cumplir en el seno societario los contratos parasociales, dichos contratos deben gozar de plena oponibilidad ante la sociedad mercantil en la que se han celebrado, por ello, se debe analizar en primer término, si estos contratos cumplen con lo establecido por la normativa del Derecho de Sociedades español, y en caso contrario, si excepcionalmente se puede encuadrar el contratos suscrito, en los preceptos ofrecidos por la jurisprudencia y doctrina de este país, para gozar de dicha oponibilidad.

3.2.1.1. Impugnación de Acuerdos Sociales:

Los socios o partes que suscriben un contrato parasocial, aspiran que el mismo sea plenamente oponible tanto a los sujetos parte como a la sociedad mercantil, aspirándose que los mismos se puedan hacer cumplir por los mecanismos de cumplimiento ofrecidos por el Derecho de Sociedades; a partir de lo cual, si las partes firmantes perciben que una decisión de la Junta General de Socios o Accionistas, lesiona o vulnera lo dispuesto en el contrato parasocial, solicitarán del órgano jurisdiccional la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en detrimento de lo pautado en las cláusulas extraestatutarias.

Empero, para que dicha solicitud prospere, como se expuso previamente, la legislación española exige que el contrato parasocial se haya comunicado

ante el órgano social, puesto que de ello dependerá la oponibilidad que este contrato tendrá frente a la sociedad mercantil, premisa ésta que como se explicó anteriormente es muy discutida en España, pero que después de diversos argumentos es reafirmada por la más reciente jurisprudencia de este país, ello a través de las sentencias emanadas de los casos del «Grupo Konrad» del año 2.009, referidas en líneas anteriores.

Quedando a salvo sin embargo, el criterio del Máximo Tribunal en relación a lo establecido en estas mismas sentencias, para los contratos parasociales omnilaterales, de acuerdo con lo cual, estos podrán ser eficaces a través de los mecanismos de cumplimiento o *enforcement* del Derecho de Sociedades, aunque no se hayan comunicado a la sociedad mercantil, siempre que éstos sean la expresión del «interés social general», es decir, suscritos por «todos los socios», puesto que como se explicó *supra*, si el contrato parasocial es omnilateral, entonces no habrá desconocimiento de lo acordado en dicho contrato por parte de la sociedad mercantil; así, como lo resumen Ruiz-Cámara J. y Torregrosa E. (2.009):

> En sus últimas sentencias el alto tribunal no ha recurrido a figuras más o menos «forzadas» empleadas en el pasado (abuso de derecho, levantamiento del velo, etc.) para fundamentar la impugnación de acuerdos sociales que vulneran pactos parasociales no inscritos y a las que ya nos hemos referido antes. Más bien, las últimas sentencias parecen decantarse por considerar que solamente serán impugnables al amparo del artículo 115 de la LSA [hoy 204 de la Ley de Sociedades de Capital] aquellos incumplimientos de pactos parasociales que sean lesivos para el interés social (señaladamente, véanse los fundamentos jurídicos tercero y quinto de la STS de 5 de marzo de 2009). Por tanto, vista la jurisprudencia reciente, a efectos prácticos lo más viable parece, en principio, plantear los incumplimientos del pacto parasocial como una forma de lesión al interés social sin recurrir, por tanto, a figuras «artificiosas» que han podido tener éxito en el pasado.[593]

[593] RUIZ, Javier y TORREGROSA, Elena. *Op. Cit*. p.69.

De acuerdo con lo cual, se deberán cumplir con los supuestos de hecho tasados por la norma societaria para la impugnación de acuerdos sociales, para lo cual es necesario traer a colación lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 204, cuyo texto después de su reforma en el año 2.014[594], es del siguiente tenor:

> **Artículo 204. Acuerdos impugnables.**
> **1.** Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.
> La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.
> (*Omissis*…)

Norma a partir de la cual, se establecen las motivos únicos que concibe la legislación societaria de España para solicitar la impugnación de un acuerdo social; por lo cual, estos solo se podrán dejar sin efecto si el acuerdo social resulta ser contrario a la Ley, o si el mismo se contrapone a lo establecido en los estatutos sociales o a los establecido en el reglamento de la Junta de la sociedad, o si vulnera el «interés social» por favorecer los intereses de uno o varios socios o por favorecer intereses de terceros, en detrimento de los intereses de la sociedad mercantil en general.

De modo que, esta norma, la Ley de Sociedades de Capital, a través de su artículo 204, vino a ampliar la eficacia del contrato parasocial no inscrito, siempre que éste sea omnilateral, en virtud de que el cumplimiento de dicho contrato podrá ser reclamado a través de los mecanismos societarios si su incumplimiento perjudica el interés social.

[594] LEY 31/2014. Por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 293, del 04 de diciembre de 2.014. Referencia: BOE-A-2014-12589.

Recordando en todo caso, que solo se podrán impugnar por esta vía, los acuerdos sociales que lesionen el cumplimiento de los contratos parasociales omnilaterales, mientras que no es así ante el desconocimiento de la Junta General de Socios o Accionistas de los contratos parasociales de pocos socios o de pocos socios y terceros que no estén inscritos ante el órgano social, puesto que éstos no representan la generalidad del interés social, en cuyo supuesto, su no inscripción ante la sociedad mercantil solo los hace oponibles y eficaces entre partes firmantes y no frente a terceros, entre éstos la sociedad mercantil.

Evocando por último, que en los contratos parasociales suscritos por socios y sociedad, es decir, en los que la sociedad mercantil es parte firmante del contrato, no habrá duda de la oponibilidad que aquellos poseen frente a ésta, en aplicación de las disposiciones obligacionales en general y en atención a la disposición contenida en el artículo 118 del Código de Comercio español[595].

De acuerdo con todo lo cual, los sujetos que pretendan la impugnación de un acuerdo social que desconozca un contrato parasocial inscrito o de un acuerdo social lesivo del interés general de la sociedad mercantil que se encuentre representado en un contrato parasocial omnilateral; se deberán seguir por las normativas fijadas para la impugnación de acuerdos sociales suscritos en las sociedades de capital[596], establecidas en la Ley de Sociedades de Capital, incorporadas en el Capítulo IX de su Título V relativo a la Junta General, en complemento con las disposiciones del Reglamento del Registro Mercantil que sean aplicables.

[595] Código de Comercio de España, Artículo 118: Serán igualmente válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos y aparecieren cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente.
[596] Aplicables a las sociedades de personas, en aplicación del principio de analogía.

En este sentido, de acuerdo con la referida Ley, los interesados tendrán un lapso perentorio para ejercer la acción ante el órgano judicial competente de un (1) año, el cual se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en Junta General de Socios o en reunión del Consejo de Administración, o desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito; en todo caso, si el acuerdo se hubiera inscrito ante el Registro Mercantil correspondiente, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. Mientras que, si la acción de impugnación tiene por objeto acuerdos sociales que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, esta no caducará ni prescribirá.[597]

En todo caso, para la impugnación de los acuerdos sociales, de acuerdo con la Ley, están legitimados cualquiera de los administradores de la compañía de capital, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo que se pretende impugnar, siempre que éstos representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento (1%) del capital social, a menos que los estatutos sociales dispongan otra cosa, pues en los mismos se podrá reducir dicho porcentaje.[598] Empero, los socios que no alcancen el porcentaje establecido en la Ley o el fijado en los estatutos, tendrán derecho al resarcimiento del daño que les cause el acuerdo impugnable.

Mientras que para la impugnación de los acuerdos sociales que sean contrarios al orden público, estará legitimado cualquier socio, sin importar el porcentaje accionario que represente, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero.[599]

[597] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 205.
[598] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 206.
[599] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 206.

Por otra parte, las acciones de impugnación de acuerdos sociales tendrán como legitimado pasivo a la sociedad mercantil, pues contra ésta es que deberán dirigir dichas acciones, entendiéndose que la compañía debe ser representada en juicio por la persona que detente dicha facultad, por lo que cuando sea el actor el que tenga la representación exclusiva de la sociedad mercantil y la Junta General no tuviese designado a nadie al efecto, entonces el juez que conozca de la causa deberá nombrar a la persona que ha de representar a la empresa en el proceso, debiéndose para ello nombrar a uno de los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.[600]

Sumándose que, los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir en el proceso a su costa, con el fin de abogar por la validez del acuerdo social; mientras que, no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo, quien habiendo tenido oportunidad de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho.[601]

Resaltando que, cuando sea posible eliminar la causa de impugnación del acuerdo social, el juez a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que la misma subsane el hecho demandado.[602] En todo caso, el proceso de impugnación del acuerdo social, se deberá seguir por los trámites del Juicio Ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España[603], cuyo resultado deberá ser sentencia estimatoria de la impugnación, en donde la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible tendrá que inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente, en cuyo orden el «Boletín Oficial del Registro

[600] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 206.
[601] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 206.
[602] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 207.
[603] LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 7, del 8 de enero de 2.000. Referencia: BOE-A-2000-323.

Mercantil» publicará un extracto, y en el caso de que el acuerdo impugnado estuviese ya inscrito en dicho Registro, entonces la sentencia deberá determinar además la cancelación de esa inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.[604]

3.2.2. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Civil aplicables a los Contratos Parasociales en España:

En el ordenamiento jurídico de España los contratos parasociales tienen la característica, como ya se ha mencionado, de ser en su gran mayoría contratos atípicos o innominados, en virtud de que la Ley de Sociedades de Capital solo regula expresamente los celebrados en sociedades anónimas cotizadas, e instaura el deber de publicidad de modo general para los pactos de socios celebrados las sociedades mercantiles de capital, aplicándose estas disposiciones a sociedades mercantiles de personas en aplicación del principio de analogía jurídica y en razón de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 119 III del Código de Comercio español, para todas las sociedades mercantiles en general.

Así, en su mayoría los contratos parasociales en España se regulan supletoriamente por lo establecido en la norma obligacional civil general, tanto así para su proceso de formación, celebración y validez, como *supra* se explicó (Capítulo I), como para sus efectos, entre estos, su eficacia. En cuyo orden se deberán aplicar las normas establecidas en los artículos 1.094 al 1.112 ambos inclusive, del Código Civil de España, relativos a la naturaleza y efecto de las obligaciones, así como el artículo 1.278 *eiusdem* referente a la eficacia de los contratos, y las normas procesales a que haya lugar establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de este país.

[604] Ley de Sociedades de Capital, Artículos 207 y 208.

Por ello, en materia de mecanismos de cumplimiento, cuando se presente incumplimiento de parte de los sujetos contratantes o cuando se niegue de forma absoluta la oposición de los contratos parasociales frente a la sociedad mercantil y demás terceros y no se puedan ejercer los mecanismos del Derecho de Sociedades, como lo es, la impugnación de los acuerdos sociales, las partes perjudicadas podrán acudir a las vías otorgadas por el Derecho Civil ofrecidas para la efectividad de las obligaciones contractuales en general, tal es el caso de la acción de cumplimiento forzoso, o en su defecto optar por la resolución del contrato parasocial, la acción de remoción o la acción de indemnización de daños y perjuicios; en base a lo cual, se analizará la aplicación de cada uno de estos mecanismos ante el incumplimiento de los contratos parasociales.

3.2.2.1. Acción de Cumplimiento:

Esta acción está tipificada en la normativa sustantiva y adjetiva civil del ordenamiento jurídico de España, y se enmarca en el objeto de la pretensión por parte del accionante, el cual dependerá directamente del objeto del contrato que se pide sea cumplido, es decir, el mecanismo en la acción de cumplimiento a aplicar, dependerá de si se trata de una obligación de dar, de hacer (personalísimo o no personalísimo), de no hacer, o si se trata de una emisión de voluntad. En este sentido, se deben atender las normas contenidas los artículos 1.096 al 1.099 ambos inclusive, del Código Civil español y los artículos 701 al 711 ambos incluidos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En razón de lo cual, al quererse hacer cumplir un contrato parasocial a través de la acción civil de cumplimiento forzoso, en acuerdo con Paz-Ares C. (2.003) deberá atenderse a la tipología del contrato parasocial incumplido, puesto que la aplicación de esta acción presenta mayor viabilidad en unos

contratos que en otros; así, siguiendo los postulados de este estudioso del Derecho, si se trata de «contratos parasociales de relación», la aplicación de la acción de cumplimiento es muy factible, puesto que lo característico en estos contratos es que no haya incidencia directa en la sociedad mercantil, y que además se pacte a través de estos contratos asuntos muy particulares a los socios, lo que hace entrever que esta acción en estos contratos parasociales no es solo muy factible, sino que es la primera opción a aplicar.[605]

Situación similar siguiendo con Paz-Ares C. (2.003), se observa en los «contratos parasociales de atribución», puesto que en estos contratos las ventajas que se pactan a favor de la sociedad mercantil, serán exigibles por ésta a través del compelimiento de la parte incumplidora, siendo lo más viable que ello ocurra a través de una acción civil de cumplimiento, en virtud de que en este supuesto la sociedad mercantil figurara como tercera beneficiaria y esto sucede al amparo del Derecho Civil.[606]

Mientras que continuando con el citado profesor, en los «contratos parasociales de organización», la cuestión se presenta controvertida, puesto que hay posiciones a favor y en contra en relación a la aplicación de este mecanismo de cumplimiento en este tipo de contratos, en virtud de que la obligación que se quiere hacer cumplir en estos casos, por lo general es la emisión de «declaraciones de voluntad», puesto que como lo expone Paz-Ares C. (2.003):

> … las obligaciones derivadas de los pactos de organización se traducen, al final del día, en obligaciones de voto (derivadas de un convenio de voto en sentido estricto, de un sindicato de voto o de otros pactos cuyo cumplimiento requiera la adopción de un acuerdo corporativo). [Puesto que] Debe señalarse, en este sentido, que muchos pactos no establecen directamente una

[605] PAZ-ARES Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit*.
[606] *Ibidem*.

> obligación específica de voto, pero ésta se deriva —*ex rebus o ex bona fidei*— de su propio contenido.[607]

En razón de lo cual, se cuestiona en este ordenamiento jurídico la ejecución específica por medio de la acción de cumplimiento en los contratos parasociales de organización, los detractores españoles ofrecen diversas oposiciones, entre estas, que el ejercicio de esta acción menoscaba la «libertad de decisión del socio», puesto que en la Junta General el socio debe gozar de plena libertad de decisión, por lo que pretender que se cambie el sentido de su voto por aplicación de la acción de cumplimiento en favor del contrato parasocial, para algunos tratadistas es inconcebible; sin embargo, en total acuerdo con Paz-Ares C. (2.003), se debe recordar que el socio cuyo voto se pide emitir o modificar, gozo de plena libertad de decisión al momento de suscribir el contrato parasocial que instaura el sentido de su voto, en aplicación del principio de la Autonomía de la Voluntad que está presente en todo contrato valido[608].

Además de ello, se cuestiona también la aplicación de esta acción para estos contratos, en base al argumento de que la obligación de voto, es una prestación de «hacer personalísimo», y que por tanto no se podría coaccionar judicialmente, a lo que se le contrapone lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 708 y 709, en razón de que como lo establece Paz-Ares C. (2.003) ‘‘no se puede confundir la incoercibilidad física con la insustituibilidad jurídica’’[609], lo cual se puede lograr a través de la sustitución coactiva de la voluntad del socio incumplidor por la voluntad judicial, siempre que se encuentren predeterminados los elementos esenciales del negocio jurídico extraestatutario, a cuyo efecto las partes serán plenamente oídas en el respectivo proceso judicial.

---

[607] *Ibidem*. p.23.
[608] *Ibidem*.
[609] *Ibidem.* p.24.

Sumándose a lo anterior, refiere el citado catedrático que se cuestiona la aplicación de esta acción en la esfera de los contratos parasociales de organización, por considerarse que este mecanismo de cumplimiento forzoso menoscaba el «proceso de deliberación» que debe estar vigente en la celebración de la Junta General, en cuya respuesta se postula a favor del accionar de este mecanismo, que el proceso de deliberación no siempre se materializa en sentido estricto, puesto que en la práctica, muchas veces se hace uso de la delegación de voto con instrucción y a ello se deben muchos contratos parasociales de organización.[610]

Recordándose además que el voto no debe estar funcionalizado a la sociedad mercantil, puesto que como lo establece el profesor Paz-Ares (2.003) ‘‘hay que recordar que el voto es un derecho subjetivo —no un derecho/función—’’[611]; en este sentido, el voto debe ir orientado a la verdadera voluntad del socio que lo emite, por lo que aquí debe recordarse nuevamente, la vigencia del principio de la Autonomía de la Voluntad en materia contractual, lo que deduce que el socio ampliamente emitió su auténtica voluntad al momento de suscribir el contrato parasocial, caso contrario éste no sería un contrato valido, por lo que la finalidad del precepto del proceso de deliberación con ello se cumple a cabalidad.

Añadiéndose asimismo, en detracción al uso de la acción de cumplimiento para los contratos parasociales de organización, el menoscabo al derecho de defensa de la sociedad mercantil y la indebida extensión de los límites de la cosa juzgada, en virtud de la posibilidad de que el voto que se pretenda hacer ejecutar sea contrario a una disposición legal o estatutaria, o que contrarié el interés social; en cuyo efecto, en respuesta a favor por parte de la doctrina que apoya la acción de cumplimiento forzoso en estos contratos, se expone que se debe tener muy presente que el juzgado siempre deberá

[610] *Ibidem*.
[611] *Ibidem*. p.24.

confirmar en el desarrollo del proceso, la validez del contrato parasocial, para así determinar la legalidad del voto que se pretende hacer cumplir a través de su emisión forzosa.

En base a lo cual, se comprobará que el voto reclamado no contraría alguna disposición legal o estatutaria, puesto que ello lo haría inejecutable, además que la acción no ira determinada a prejuzgar la eficacia que este voto posee frente a la sociedad mercantil, sino a que efectivamente se emita el voto en el sentido pre acordado o anular aquel emitido en contravención del contrato, por lo que se alega que entonces, no se extienden los límites de la cosa juzgada.

Además, en apoyo doctrinario al uso de esta acción en los contratos parasociales de organización, se tiene que tanto la sociedad mercantil como los demás terceros que no sean parte del proceso y que posean interés legítimo en el mismo, o que sientan conculcados sus derechos, podrán hacerse parte del proceso por intermedio de los mecanismos que a este efecto ofrece el Derecho procesal.

Así las cosas, de acuerdo con Paz-Ares C. (2.003) sí se puede obtener la «ejecución específica» en los contratos parasociales de organización a través de la acción de cumplimiento forzoso, para lo cual, será entonces preciso abordar que modalidad de cumplimento se podrá aplicar, en respuesta, algunos tratadistas apuestan por afirmar que es procedente la «sustitución forzosa de declaración de voluntad» a través de una sentencia condenatoria, otros apuestan por una «delegación de voto con instrucción», comisionando a un tercero para que emita el voto en el sentido acordado, para lo cual esta corriente apuesta por considerar a la prestación inmersa en estos contratos, como una de hacer no personalísimo[612].

[612] *Ibidem.*

En todo caso, siguiendo al citado profesor deberá atenderse al objeto de la obligación, así si el accionante pretende la emisión del voto en determinado sentido, entonces la modalidad a aplicar deberá ser la «sustitución forzosa de declaración de voluntad» en aplicación del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual fija que:

> **Artículo 708. Condena a la emisión de una declaración de voluntad.**
> 1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio… (*Omissis*).

Mientras que si la pretensión en la acción de cumplimiento busca la emisión de un voto «determinable», es decir, entre otros supuestos, que se emita un voto en el sentido que postule el sindicato de voto o de acuerdo a lo que establezca el accionante, entonces se deberá aplicar la «intimación bajo la amenaza de penas coercitivas» pautada en el artículo 709 *eiusdem*, cuyo texto aunque es impuesto para el cumplimiento eficaz de las obligaciones de hacer personalísimo, se puede aplicar a los supuestos expuestos si se tiene presente lo fijado por Paz-Ares C. (2.003), quien aclara que:

> … no parece [en estos casos] que pueda recurrirse a la sustitución forzosa, puesto que no estando prefijado el sentido del voto, no puede haber una pretensión a una determinada declaración de voto…
> [Por lo que] Aunque es cierto que no se trata de un hacer personalísimo, pues ésta es una calificación que ha de efectuarse en función del interés del acreedor (en esto lleva razón Pérez Moriones), no tiene sentido recurrir a la técnica del hacer no personal (encargo a un tercero), puesto que la prestación [en estos supuestos] no es un *facere* [hacer], sino un *volere* [declaración de voluntad].[613]

[613] *Ibidem*. p.26.

Mientras que, si lo que se pretende es la ejecución especifica de la prestación de no hacer, por ejemplo «no votar» o «no votar en determinado sentido» -siguiendo con los contratos parasociales de organización- entonces se podrá accionar la ejecución específica, establecida en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual establece que:

> **Artículo 710. Condenas de no hacer.**
> 1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial
> Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el Letrado de la Administración de Justicia con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo… (*Omissis*).

Del mismo modo, siguiendo a Paz-Ares C. (2.003), puede que la acción de cumplimiento forzoso vaya dirigida a hacer efectivas las obligaciones accesorias para la emisión del voto pre acordado, tales como: el acatamiento de las previsiones necesarias para la legitimación de voto, las que permiten considerar asistente al socio en la Junta o Asamblea General, las relativas a generar una propuesta de votación que no se haya efectuado, o en las que se pretenda por vía judicial, dejar sin efecto las estrategias obstructivas del socio incumplidor, en cuyos supuestos, habrá que igualmente ajustar la modalidad de la acción de cumplimento a la que mejor se adapte a la ejecución especifica que se pretende.[614]

Por lo que en suma, al establecerse que es posible la ejecución especifica de la prestación acordada en el contrato parasocial de organización a través de la acción de cumplimiento forzoso, y una vez esbozadas las modalidades

[614] *Ibidem*.

que se podrán aplicar a cada caso concreto, se debe añadir un punto más, siendo este de vital importancia en la ejecución de estos contratos parasociales, y es el relacionado con la posibilidad de obtener la mencionada ejecución específica a través de instauración de medidas cautelares.

Por lo que siguiendo a Paz-Ares C. (2.003), la posibilidad de la colocación de medidas cautelares por parte del órgano judicial en el proceso de cumplimiento forzoso del contrato parasocial de organización, buscará lograr, como toda medida cautelar en general, la mitigación en el riesgo de una sentencia condenatoria ineficaz, en razón de la demora que tendrá el proceso judicial en comparación con la dinámica social que exige acciones rápidas.[615]

Para lo cual, será necesario que se actúe antes del incumplimiento del contrato parasocial, y así hacer eficaz dicha medida, por ello, deberá revisarse la conducta del socio obligado a la emisión del voto, siendo indicativos de un eventual incumplimiento, entre otros, por ejemplo la negación de éste a la celebración de la Junta o Asamblea General en la cual deba ejecutar su obligación, o su manifiesta intención de no asistencia a la misma; en cuyos casos, deberá el Tribunal peticionado verificar el cumplimiento del supuesto de hecho fijado por la normativa civil para la procedencia de este mecanismo, sin desvirtuar las características propias de este instrumento procesal, tal es el caso de las establecidas en el Titulo VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través del cual su artículo 726.2[616] fija que la medida cautelar, como es habitual, deberá mantener un ‘‘carácter temporal,

[615] *Ibidem*.
[616] Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 726: Características de las Medidas Cautelares. (Omissis)… 2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento'' sin prejuzgar sobre el fondo de la controversia.

En donde del mismo modo en que ocurre en la modalidad de ejecución específica a aplicar, la medida cautelar a dictaminar, dependerá de cada caso particular, para lo cual deberá tenerse presente el artículo 727 *eiusdem* el cual dispone que:

> **Artículo 727. Medidas cautelares específicas.**
> Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:
> 1. El embargo preventivo de bienes,…
> 2. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos,…
> 3. El depósito de cosa mueble,…
> 4. La formación de inventarios de bienes,…
> 5. La anotación preventiva de demanda… en Registros públicos.
> 6. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil…
> 7. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.
> 8. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita…
> 9. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos…
> 10. La **suspensión de acuerdos sociales impugnados**, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.
> 11. Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. (Negrillas propias).

Así, en términos generales, como bien lo resume Paz-Ares C. (2.003):

> … se desprende la conclusión de que, a pesar de todo, la posibilidad de obtener la ejecución forzosa de un pacto parasocial es, en la mayoría de los casos, más teórica que práctica. No

> obstante, la sola posibilidad teórica de ejercitar la pretensión de cumplimiento se revela muy importante prácticamente, puesto que nos abre algunas puertas que pueden resultar muy productivas para un eficaz *enforcement* de los convenios de voto y otros pactos parasociales de similar significación.[617]

3.2.2.2. Acción de Remoción:

Esta acción está tipificada en el artículo 1.098 del Código Civil de España y en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con las cuales, si el obligado a abstenerse de realizar alguna cosa la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación, podrá decretarse vía judicial que se deshaga o remueva lo mal hecho si fuere posible, de igual manera, que se indemnice los daños y perjuicios causados[618] y, en su caso, que se abstenga la parte demandada de reiterar dicho quebrantamiento.

De acuerdo con lo cual, se podrá aplicar este mecanismo civil para hacer eficaz los contratos extraestatutarios, cuando estos versen sobre obligaciones de «no hacer» como ocurre en algunos contratos parasociales de relación, específicamente en los pactos de «no agresión», de «confidencialidad», o en contratos parasociales de organización como lo sería en pactos de «abstención de voto en determinado sentido» o en casos de contratos parasociales de atribución como sería en el pacto de «no competencia» u otros contratos parasociales análogos.

En cuyo orden, expone Paz-Ares C. (2.003) que la acción de remoción en contratos parasociales de organización referentes a la inhibición de determinado voto -en contratos parasociales de organización- consistirá en ‘‘revocar el acuerdo que se adoptó mediante el voto emitido por el socio incumplidor en violación del pacto o en volver a someter a la consideración

[617] PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.28.
[618] En acuerdo con Paz-Ares C. (2.003), «Ello lleva a que en la práctica, la línea divisoria entre la acción de remoción y el resarcimiento en especie se desdibuje con facilidad». PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.*

de la Junta la propuesta''[619], cuya acción también entonces se instaura como posibilidad de ejecución especifica de la prestación del contrato parasocial suscrito en este ordenamiento jurídico.

Como se señaló, el mecanismo a emplear en esta acción implica «deshacer lo mal hecho» eliminando aquellas cosas derivadas del incumplimiento contractual, es decir, regresar los hechos cuando sea jurídicamente posible, al momento en que se debía ejecutar la obligación y ejecutarla cabalmente, ya sea por el mismo socio obligado o por el dictamen de la sentencia judicial.

En todo caso, esta acción encuentra su soporte como bien lo afirma Paz-Ares C. (2.003), en la acción de cumplimiento, en virtud de que ésta es la que establece la posibilidad de reclamar la ejecución especifica de la prestación acordada, es decir, el cumplimiento *in natura* del contrato parasocial.[620]

Sin embargo, este mecanismo de cumplimiento, posee ciertas limitaciones, entre estas, los derechos adquiridos por los terceros de buena fe y el tiempo transcurrido desde el incumplimiento, ya que como lo expresa Paz-Ares C (2.003) el primer hecho constituye ''excepción de imposibilidad, que prosperará cuando existan derechos de terceros —especialmente de socios no vinculados por el pacto parasocial— que puedan verse afectados'' y en el segundo supuesto ''por razones de simple oportunidad. El paso del tiempo, como fácilmente puede imaginarse, habrá privado en muchos casos de interés a la remoción''.[621]

[619] PAZ-ARES, Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.28.
[620] *Ibidem*.
[621] *Ibidem.* p.28.

3.2.2.3. Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios:

Este mecanismo de cumplimiento encuentra su base jurídica en España en el artículo 1.101[622] y siguientes del Código Civil, y en el artículo 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; de cuyas normativas se infiere que esta no es una acción que verifica el cumplimiento especifico de la obligación, como si lo hacen las anteriores referidas, sino que es un mecanismo que induce a que dicho cumplimiento se haga efectivo por su equivalente.

En este sentido, como es bien sabido se pueden presentar dificultades al momento de establecer la cuantía monetaria del daño causado, lo cual trasladado al campo de los contratos parasociales, en acuerdo con Paz-Ares C. (2.003) ‘‘¿cómo valorar, por ejemplo, los daños que experimenta un socio al que no se le permite acceder, en contra de lo estipulado, al consejo de administración de la sociedad?’’[623]; siendo entonces aconsejable en estos casos, ‘‘establecer de antemano una liquidación abstracta del daño e incluso una cláusula penal propiamente dicha’’[624]; pues como bien lo apunta el citado profesor:

> En ocasiones, los riesgos asociados a la dificultad de probar y cuantificar el daño podrán soslayarse también recurriendo al mecanismo del resarcimiento *in natura*, que procederá cuando resulte posible, material y jurídicamente, reparar el daño en forma específica —bien por el propio responsable, bien a su costa— y dicha reparación no requiera gastos desproporcionados (así, por ejemplo, el daño derivado de la infracción de un derecho de adquisición preferente parasocial puede resarcirse condenando al infractor a vender otras tantas acciones o participaciones al precio pactado).[625]

[622] Código Civil de España, Articulo 1.101: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.
[623] PAZ-ARES Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. Op. Cit. p.21.
[624] *Ibidem*. p.21.
[625] *Ibidem*. p.22.

Por lo que en todo caso siempre deberá atenderse a la naturaleza del daño causado y la revisión de las implicaciones que genera el incumplimiento del contrato parasocial en la esfera económica-social del afectado en el marco de sus derechos e intereses dentro de la sociedad mercantil.

3.2.2.4. Resolución del Contrato (Remedios Resolutorios):

Como lo resume Paz-Ares C. (2.003) los contratos parasociales pueden también hacerse efectivos por intermedio de los ‘‘remedios resolutorios que brinda el derecho de los contratos para deshacer los compromisos en caso de incumplimiento de la contraparte y en los supuestos de imposibilidad, no exigibilidad del acuerdo *ex bona fidei*, alteración sobrevenida de las circunstancias, etc. ’’[626]

De acuerdo con lo cual, las partes suscriptoras podrán solicitar la terminación del contrato parasocial o la denuncia extraordinaria del contrato, traduciéndose esto último en la exclusión de la parte incumplidora del convenio o incluso en la separación de quien realice la acusación, como un medio de liberación del pacto por incumplimiento de su contraparte.

La base legal para poner en marcha este mecanismo, se encuentra en los artículos 1.705, 1.706 y 1.707 del Código Civil español, que aunque son pautados para regular la denuncia en las sociedades civiles o solicitar la terminación de las mismas, se aplican a los contratos parasociales en virtud del principio de analogía, por lo que de acuerdo con varios doctrinarios de este país, entre éstos Paz-Ares C., la aplicación de estas normas a los contratos extraestatutarios, es factible.

Así las cosas, las partes que observan el incumplimiento de su contraparte en el contrato parasocial o que conocen de circunstancias que harán

[626] *Ibidem*. p.28.

imposible el cumplimiento del contrato, por un cambio sobrevenido en las condiciones iniciales, entonces podrán «resolver el contrato», pudiendo implicar esto también, excluir del mismo a la parte incumplidora o separarse de la relación contractual en virtud del incumplimiento evidenciado. Mecanismo este que aunque no comporta el cumplimiento de lo pactado, resulta ser una medida eficaz y útil, entendiendo el dinamismo de la actividad comercial; pues a través del mismo se evita postergar el conflicto entre las partes.

3.2.3. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* establecidos por las partes (autotutela) aplicables a los Contratos Parasociales en España:

Los socios o demás sujetos suscriptores de un contrato parasocial, podrán al momento de celebrar el referido convenio estipular en sus cláusulas, el deber de acudir en primera instancia a los mecanismos de cumplimiento forzoso en especie o por su equivalente establecidos por ellos en común acuerdo, fijados en el mismo contrato extraestatutario o en contrato accesorio; siendo entonces que en estos casos, se estará frente a mecanismos de autotutela contractual.

En este sentido los mecanismos acordados por las partes operarán de manera preventiva y con anterioridad a los mecanismos ofrecidos por el Derecho Societario y por el Derecho Civil, *supra* expuestos. Estos medios de aseguramiento contractual, podrán ser: contrato de seguro a través de una póliza de fiel cumplimiento, contrato de prenda sobre acciones de la compañía en la que tenga lugar el contrato parasocial, clausulas penales establecidas en el mismo contrato extraestatutario, o mecanismos de *Put* y *de Call Options,* u otros análogos.

3.2.3.1. Contrato de Seguro:

En España el Contrato de Seguro se encuentra regulado en la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro[627], de acuerdo con la cual, este es un contrato por el que una parte, llamado asegurador, se obliga mediante el cobro de una prima, frente a otra parte denominado asegurado, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, si se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura[628].

Establece la mencionada Ley, dentro de la categoría de seguros contra daños, entre otros, el seguro de lucro cesante, el seguro de caución y el seguro de responsabilidad civil, los cuales se abocan al resarcimiento de pérdidas económicas por incumplimiento de obligaciones contractuales.

De este modo, por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado en la pérdida de la utilidad o ganancia financiera, que se hubiera podido alcanzar en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato; pudiéndose celebrar este seguro como contrato autónomo o como parte integrante de un pacto de distinta naturaleza como garantía del mismo. De acuerdo con lo cual, en defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar: la pérdida de beneficios que produzca el siniestro durante el período previsto en la póliza, los gastos generales que continúan gravando al asegurado después de la producción del siniestro y los gastos que sean consecuencia directa del siniestro asegurado.[629]

---

[627] LEY 50/1980 DE CONTRATO DE SEGURO, Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 250, del 17 de octubre de 1980. Referencia BOE-A-1980-22501.
[628] Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, Artículo 1.
[629] Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, Artículos 63 y 65.

De la misma manera, el titular de una empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato.[630]

Por su parte en el seguro de responsabilidad civil, de acuerdo con la mencionada Ley, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.[631]

Mientras que, la señalada Ley establece que en el seguro de caución, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro, de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato, donde todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.[632]

De acuerdo con todo lo cual, el contrato parasocial en España, válidamente se podrá asegurar por intermedio de un contrato de seguro contra daños patrimoniales, siempre que el contrato verse sobre prestaciones económicas determinadas.

3.2.3.2. Clausula Penal:

La Clausula Penal es un mecanismo ofrecido por el Derecho Civil de España, que solo procederá si se incorpora voluntariamente al contrato suscrito, en

[630] Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, Artículo 66.
[631] Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, Artículo 73.
[632] Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, Artículo 78.

cuyo orden se deben seguir las pautas establecidas en los Artículos 1.152 al 1.155 ambos inclusive, del Código Civil de España, a partir de los cuales se obtiene que, en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento, pero sólo podrá hacerse efectiva dicha pena cuando la misma fuere exigible[633].

En todo caso, el deudor no podrá eximirse de cumplir su obligación pagando la pena acordada, salvo en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho; tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y la satisfacción de la pena convenida, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada[634]. Además, el Juez podrá modificar de oficio equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor[635].

Debiéndose tener presente que, la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la nulidad de la obligación principal, pues como es lógico es la obligación establecida en dicha cláusula una obligación accesoria, entendiéndose entonces que por el contrario la nulidad de la obligación principal si acarrea la nulidad de la cláusula penal, pues ésta es establecida como garantía de los daños causados por el incumplimiento de aquélla[636].

En este sentido, es viable el uso de este mecanismo para garantizar las obligaciones fijadas en los contratos parasociales, al amparo del ordenamiento jurídico de España.

[633] Código Civil de España, Artículo 1.152.
[634] Código Civil de España, Artículo 1.153.
[635] Código Civil de España, Artículo 1.154.
[636] Código Civil de España, Artículo 1.155.

3.2.3.3. Contrato de Prenda:

El contrato de prenda en España se encuentra tipificado de forma general en el Código Civil en los artículos 1.857 al 1.873 ambos inclusive, y en la Ley de Sociedades de Capital, en relación a la documentación necesaria para la constitución de dicho derecho real, así como lo relativo a la constitución del contrato de prenda sobre participaciones o acciones de las compañías de capital. De donde, la referida Ley, respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, establece:

> **Artículo 106:** Documentación de las transmisiones.
> 1. La transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público.
> …
> 2. El adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.
>
> **Artículo 132:** Prenda de participaciones o de acciones.
> 1. Salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio.
> El acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos.
> 2. En caso de ejecución de la prenda de participaciones se aplicarán las reglas previstas para el caso de transmisión forzosa por el artículo 109.
> 3. En la sociedad anónima, si el propietario incumpliese la obligación de desembolso pendiente, el acreedor pignoraticio podrá cumplir por sí esta obligación o proceder a la realización de la prenda.

Así de modo general, los contratos de prenda pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean éstas puras, o ya sea que estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria; y, pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión.[637]

[637] Código Civil de España, Artículos 1.861 y 1.864.

Siendo en todo caso, requisito esencial para la suscripción del contrato de prenda, que este se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña, y que las personas que constituyan la prenda tenga la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto; donde además, las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurarla prendando sus propios bienes, por lo que en España como en otros ordenes jurídicos, la prenda la puede constituir el propio deudor o un tercero[638]. Siendo necesario además que, para constituir el contrato de prenda, se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.[639]

Sumándose que, la prenda en principio es indivisible, salvo el caso en que, siendo varias las cosas dadas en prenda cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito, en este supuesto, el deudor tendrá derecho a que se extinga la prenda en la medida en que satisfaga la parte de deuda que cada cosa responda especialmente.[640]

Mientras que en ningún caso el acreedor prendario podrá apropiarse de los bienes dados en garantía ni disponer de ellos, pues la propiedad sobre dichos bienes y el ejercicio de los derechos que ello implica, sigue en título del deudor, solo pudiéndose enajenar las cosas dadas en prenda cuando se encuentre vencida la obligación principal, para así pagar al acreedor la prestación acordada.[641]

En cuyo orden, el acreedor accionará la enajenación de la prenda, esta enajenación habrá de hacerse en subasta pública y con citación del deudor y

[638] Código Civil de España, Artículo 1.857.
[639] Código Civil de España, Artículo 1.863.
[640] Código Civil de España, Artículo 1.860.
[641] Código Civil de España, Artículos 1.858 y 1.859.

del dueño de la prenda en su caso; si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda, en este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito, y si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio.[642]

En este sentido, garantizar mediante el contrato de prenda las obligaciones fijadas en los contratos parasociales suscritos en el ordenamiento jurídico de España, es viable, pues en aplicación de la Ley de Sociedades de Capital, las acciones en las sociedades anónimas poseen valor mobiliario y pueden estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta, los cuales en ambos casos podrán ser objeto valido de prenda[643]; además que la referida Ley en el caso de sociedades de responsabilidad limitada, establece el deber de anotar en el Libro Registro de Socios los gravámenes constituidos sobre las participaciones sociales[644] con lo que se evidencia, que sobre las mismas es procedente el establecimiento de garantía prendaria. En cuyo orden en acuerdo con la mencionada Ley, el contrato de prenda en acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital deberá además de inscribirse en el Libro *supra* referido, constar en documento público.

Así las cosas, los socios las parte suscriptoras del contrato parasocial podrán garantizar su obligación por medio de este mecanismo obligacional, que operará como es lógico, solo si así lo manifiesta la libre voluntad de las partes intervinientes, en todo caso, como es procedente en las garantías

[642] Código Civil de España, Artículo 1.872.
[643] *Vid*. Ley de Sociedades de Capital, Artículo 92 (sobre la acción como valor mobiliario), y Artículo 121 (referente a la constitución de derechos reales limitados sobre las acciones).
[644] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 104: Libro Registro de Socios: 1. La sociedad limitada llevará un Libro registro de socios, en el que se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas…

prendarias, en el caso de prenda sobre acciones o participaciones sociales, corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio dentro de la compañía, pues mientras no llegue el caso de ser expropiado de las acciones dadas en prenda, el deudor sigue siendo dueño de titular de las mismas[645].

Del mismo modo la Ley de Sociedades de Capital, hace referencia en su normativa al derecho real de prenda en las disposiciones referentes a la publicidad de los contratos parasociales en sociedades cotizadas que la estipulen esta garantía[646], así como en lo referente a la aceptación en sociedades de capital de garantía prendaria[647] de acciones propias y de participaciones o acciones de la sociedad dominante.

3.2.3.4. Mecanismos de compra y/o venta (*Put* y *Call Options):*

Las estipulaciones de "*put*" (exclusión) o de "*call*" (separación) radican en que el socio que incumple su obligación contractual deberá soportar las consecuencias que las mismas partes han fijado para dicho supuesto; siendo esto así, como lo explica Paz-Ares C. (2.003):

> ''[L]a atribución de un *put* o de un *call* [opera] frente al incumplidor, en cuya virtud éste quede obligado a adquirir las participaciones de quien lo ejercita o a transferir las suyas propias a favor de quien lo ejercita a precios disuasorios, en el primer caso por encima del precio de mercado y en el segundo, por debajo.''[648]

[645] Código Civil de España, Artículo 1.869.
[646] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 532: Legitimación para Publicidad de los Pactos Parasociales:… 2. En casos de usufructo y prenda de acciones, la legitimación corresponderá a quien tenga el derecho de voto.
[647] Ley de Sociedades de Capital, Artículo 149: Aceptación en garantía de acciones propias y de participaciones o acciones de la sociedad dominante: 1. La sociedad anónima sólo podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias acciones, o las participaciones creadas o las acciones emitidas por la sociedad dominante, dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición de las mismas…
[648] PAZ-ARES Cándido. (2.003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. *Op. Cit.* p.29.

En este sentido, estos mecanismos funcionan como un tipo de clausula penal dentro de los contratos parasociales que garantizan un resarcimiento económico en caso de incumplimiento contractual.

3.2.4. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) vigentes en España, aplicables a los Contratos Parasociales:

A la par de los mecanismos previamente expuestos, las partes en conflicto por la falta de cumplimiento en un contrato parasocial, pueden acudir también a los medios alternativos de resolución de conflictos, aceptados por el ordenamiento jurídico de España, entre éstos, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, donde como bien lo establece San Cristóbal S. (2.012), ‘‘estos otros sistemas, no pretenden desplazar a la jurisdicción, ni tampoco convertirse en el único medio de solución de conflictos, sino ofrecer a los ciudadanos un abanico de posibilidades de pacificación social dependiendo de las características de cada controversia’’[649], por lo que la misma autora, haciendo referencia a la constitucionalidad que poseen estos medios alternativos en España, enuncia que:

> La justicia, que emana del pueblo, no solo se consigue a través de la función jurisdiccional (que corresponde en exclusiva a juzgados y tribunales (art. 117.3 CE), sino también por medio del arbitraje, la negociación, mediación o conciliación. Por tanto, estos otros mecanismos de resolución de controversias no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE [Constitución de España], sino que forman parte de ella, porque tienen la misma finalidad de resolver conflictos entre particulares para obtener la paz social.[650]

[649] SAN CRISTÓBAL, Susana (2012). Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Negociación, Conciliación, Mediación, Arbitraje, En el Ámbito Civil y Mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI (2013) 39-62* / ISSN: 1133-3677. Universidad Antonio de Nebrija. Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de Junio de 2.020. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf p.51.
[650] *Ibidem*. p.51.

En este sentido, es conveniente exponer lo fijado por la normativa adjetiva española:

> **Ley de Enjuiciamiento Civil**
> **Artículo 19:** Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión.
> 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero…

Así las cosas, se abordará cada uno de los medios alternativos de solución de conflictos vigentes en España, que pueden ser aplicados a las controversias extraestatutarias.

3.2.4.1. El Arbitraje:

Como lo expone San Cristóbal S. (2.012):

> En el arbitraje, la solución del conflicto se deja en manos de una o varias personas (árbitros) que pueden ser elegidas directamente por las partes, o en su defecto, por el juez (arbitraje ad- hoc), o designadas por la institución que administra el arbitraje institucional al que se han sometido las partes.[651]

En este sentido, como lo apunta la doctrinaria citada, el arbitraje pertenece a los medios o sistemas de heterocomposición, pues es el árbitro o árbitros y no las partes en conflicto, son los que deciden sobre el fondo de la controversia; así las cosas el arbitraje guarda similitud con el proceso judicial, pero aquél se simplifica en comparación de éste, razón por la cual el arbitraje es el medio alternativo de resolución de conflictos más empleado por las partes que no quieren llevar sus casos a la justicia pública, o que desean agotar previamente esta vía.

[651] *Ibidem*. p.48.

En España, el arbitraje se rige por la Ley 60/2003 de Arbitraje[652] de acuerdo con la cual este mecanismo solo procede si así libremente lo convienen las partes en conflicto, pues en acuerdo con la exposición de motivos de la referida Ley, este medio parte del principio de la autonomía de la voluntad:

> … y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es.
>
> Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral.[653]

En cuyo orden, solo si las partes involucradas en el conflicto así lo quieren, su controversia se someterá a arbitraje, para lo cual dichos sujetos deberán suscribir convenio arbitral, en este sentido, se deberá tener en cuenta lo establecido en la citada Ley, fijado en el siguiente artículo:

> **Artículo 9:** Forma y contenido del convenio arbitral.
> 1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de **cláusula incorporada** a un contrato **o** de **acuerdo independiente**, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.
> 2. …(*omissis*)…
> 3. El convenio arbitral **deberá constar por escrito**, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo… (Negrillas propias).

Siendo necesario en cualquiera de estos supuestos, que las controversias que se pretendan resolver por este medio recaigan sobre materias de libre

[652] LEY 60/2003 DE ARBITRAJE, Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 309, de fecha 26 de Diciembre de 2003. Referencia BOE-A-2003-23646.
[653] *Vid*. Exposición de Motivos, Ley 60/2003 de Arbitraje.

disposición, es decir, sobre derechos disponibles para las partes, pues solo así se podrán resolver sus desacuerdos por intermedio de la justicia privada.[654]

En todo caso, en acuerdo con la citada Ley, el arbitraje será de Derecho o de equidad[655], y sus árbitros pueden ser personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión; o bien, las partes en común acuerdo pueden someterse a un arbitraje institucional, pues las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a corporaciones de derecho público y entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, o a las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.[656]

En este sentido, para la eficacia de las actuaciones arbitrales, los árbitros tendrán la potestad, salvo acuerdo en contrario de las partes, de adoptar medidas cautelares a instancia de cualquiera de ellas, así como adoptar las medidas cautelares que ellos estimen necesarias respecto del objeto del litigio, por lo que los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. A cuyo efecto, a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán aplicables las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.[657]

De igual manera, el arbitraje debe regirse en la sustanciación de sus actuaciones, por los principios de igualdad, audiencia y contradicción que

[654] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículo 2.
[655] «El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como decisión "en conciencia", "ex aequo et bono", o que el árbitro actuará como "amigable componedor".» *Vid*. Exposición de Motivos, Ley 60/2003 de Arbitraje.
[656] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículos 13 y 14.
[657] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículo 23.

establece la referida Ley[658], y debe seguirse por las fases requeridas para concluir válidamente en un Laudo Arbitral, con el cual cesaran las funciones de los árbitros y las actuaciones arbitrales terminarán[659], dictamen éste de obligatorio cumplimiento pues del mismo se desprende la posibilidad de ejecución forzosa[660], en cuyo orden los Tribunales competentes deberán ejercer las funciones de apoyo y control del arbitraje[661].

Mientras que, como apunta San Cristóbal S. (2.012): ‘‘El proceso arbitral es de instancia única, [y contra el mismo] no caben recursos. El laudo, una vez emitido es firme. No obstante, frente a él cabe la acción de anulación (que es un control externo de las garantías procesales). ’’[662] En cuyo sentido la Ley referida permite la revisión del laudo, mediante el procedimiento y por los motivos en ella expuestos[663].

En base a todo lo cual, el arbitraje resulta un mecanismo adecuado en la resolución de conflictos acontecidos en el seno de las sociedades mercantiles, en el que las partes, vista la dinámica económica de estas sociedades, necesitan una solución expedita, en este sentido la Ley 60/2003 de Arbitraje, *supra* referida, fija las siguientes normas:

---

[658] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículo 24.

[659] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículo 38: Terminación de las actuaciones: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, sobre notificación y, en su caso, protocolización del laudo, y en el artículo siguiente, sobre su corrección, aclaración y complemento, las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo.

[660] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículo 44. Normas aplicables. La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título.

[661] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículo 8: Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje:… 4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil…

[662] SAN CRISTÓBAL, Susana. *Op. Cit*. p.49.

[663] Ley 60/2003 de Arbitraje, Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos. El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario.

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles.

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto.
2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

Normas estas que permitirán a las sociedades mercantiles de capital, resolver sus controversias a través del mecanismo de arbitraje, estableciéndolo así de manera preventiva en sus propios estatutos sociales mediante una cláusula compromisoria; sumándose estas disposiciones a las establecidas de manera general por la Ley de Enjuiciamiento Civil para cualquier sujeto de derecho, incluidas sociedades de personas y de capital, y a través de las cuales se permite llevar a arbitraje las controversias aun cuando ya estuviese cursando en proceso judicial[664].

[664] Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión:
1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.
2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.
3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.

Resalta de las citadas normas, la potestad de las sociedades mercantiles de someter al proceso de arbitraje, incluso la impugnación de acuerdos sociales, en este sentido, la viabilidad en la resolución de controversias suscitadas en la ejecución de contratos parasociales es innegable, pues ello, podrá evitar dilataciones innecesarias en la búsqueda de una solución adecuada para las partes, pudiéndose evitar incluso situaciones de bloqueo societario, pues este mecanismo o los demás medios alternativos de solución de conflictos favorecen la inmediatez, e incluso soluciones más amigables.

En este sentido, es viable y recomendable introducir en las cláusulas del contrato parasocial, el sometimiento de eventuales conflictos a los medios alternativos de solución de conflictos, entre éstos al arbitraje, pudiendo en mejor aprovechamiento del mecanismo, delegar dicho proceso a un centro de arbitraje especializado de los autorizados por la Ley española.

3.2.4.2. La Negociación:

Siguiendo a San Cristóbal S. (2.012): ‘‘La negociación la podemos definir como un sistema de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas. ’’[665] Con lo cual, a través de este mecanismo, son las partes directamente las que resuelven el conflicto, puesto que aunque en algunos casos éstas requieran la opinión de algún tercero, dicha opinión solo debe ser orientadora y no determinante al fondo de la controversia, pues lo característico en este medio es la autocomposición, es decir, el consenso alcanzado únicamente por las partes afectadas.

---

4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

[665] SAN CRISTÓBAL, Susana. *Op. Cit*. p.44.

En todo caso, a través de este mecanismo se debe llegar a un acuerdo o transacción, la cual se encuentra regulada en los artículos 1.809 y siguientes del Código Civil de España, siendo que el mencionado artículo establece que:

> **Artículo 1809:** La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

En este sentido, se podrá llegar a un contrato de transacción mediante un proceso de negociación, en el cual las partes de manera autónoma convengan amistosamente la solución de sus conflictos, es decir, es uno de los mecanismos más eficaces para aplicar si las partes están dispuestas a negociar, lo cual podrá ocurrir como lo apunta San Cristóbal S. (2.012):

> Incluso, [cuando ya ha] iniciado el proceso judicial o el arbitral, [pues] es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver de forma más rápida y barata el litigio, utilizando por ejemplo, los mecanismos de suspensión del proceso judicial o los sistemas de terminación anticipada en el proceso arbitral previstos en el artículo 38 Ley 60/2003, de arbitraje… [666]

En razón de lo cual, a la transacción a la que se pueda llegar resultante de un proceso de negociación podrá ser procesal o extraprocesal, pues como bien lo señala San Cristóbal S. (2.012):

> Puede constituir una transacción procesal, cuando tienen lugar pendiente el proceso jurisdiccional o arbitral y consta en autos, como consecuencia de la homologación por auto del acuerdo de transacción por el juez (art. 415 LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil]), o en el arbitraje porque el árbitro recoge el acuerdo en el laudo (art. 36 LA [Ley de Arbitraje]). Estas transacciones homologadas por el juez o el árbitro son título ejecutivo asimilado a sentencia judicial (art. 517.3 LEC), y producen el efecto de poner fin al pleito iniciado.
> [Mientras que la]… transacción extraprocesal, que es la que tiene lugar iniciado el proceso jurisdiccional o arbitral y al margen del mismo, pero con la finalidad de ponerle fin.[667]

[666] SAN CRISTÓBAL, Susana. *Op. Cit*. p.44.
[667] *Ibidem*. p.45.

Debiéndose tener en cuenta que la transacción extraprocesal podrá ser elevada a documento público o ser solo un contrato privado entre las partes, en el primer caso tendrá entonces aparejada fuerza ejecutiva si se expide con este carácter[668], y en el segundo caso, como lo explica San Cristóbal S. (2.012):

> … no son título ejecutivo, y por tanto, no llevan aparejada ejecución, considerándose únicamente un contrato entre partes, que se podrá hacer valer, en caso de incumplimiento, por el juicio ordinario que corresponda conforme a las reglas generales.[669]

Siendo entonces, la negociación un medio idóneo para la resolución de conflictos generados en la ejecución de un contrato parasocial, pues es un medio eficaz para conservar la armonía entre las partes involucradas, más si se trata de pactos celebrados solo entre socios o entre socios y sociedad, pues es propicio mantener buenas relaciones entre dichas partes, evitando el desgaste del proceso judicial y resolviendo la controversia de un modo más privado.

3.2.4.3. La Conciliación:

Siguiendo a San Cristóbal S. (2.012):

> La conciliación es otro mecanismo autocompositivo, por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, pueden evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto,

---

[668] *Vid*. Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 517: Acción Ejecutiva. Títulos Ejecutivos:… 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:… 4º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes. Y, Ley 36/2006 de reforma de la Ley 28/1862 del Notariado y del Reglamento Notarial, Artículo 17: Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó.

[669] SAN CRISTÓBAL, Susana. *Op. Cit*. p.45.

> alcanzado ante un tercero (juez de paz, o secretario judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la Audiencia Previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, resuelven las partes.[670]

En este sentido la conciliación es también un medio de autocomposición, pues son las partes las que deberán concertar los términos de su controversia poniéndole fin a la misma; de lo cual en España, siguiendo a San Cristóbal S. (2.012) la conciliación puede ser: «preprocesal», si se desarrolla antes del proceso judicial con la finalidad de prescindir del mismo, «procesal» si tiene lugar como una fase del proceso judicial, ya sea que este ya se hubiese iniciado o como requisito previo[671] para el desarrollo de este, o «intraprocesal» si pone fin al proceso contencioso ya iniciado.[672]

De acuerdo con lo cual, expone San Cristóbal S. (2.012):

> La conciliación preprocesal se regula en la LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil] de 1881, en los artículos 460 a 480, en virtud de la Disposición Derogatoria, apartado 1.2ª, de la LEC actual (1/2000, de 7 de enero), con las modificaciones introducidas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Su finalidad es evitar el futuro proceso judicial o arbitral al resolverse el litigio entre las partes, y quedar sin objeto el futuro proceso. La conciliación preprocesal es facultativa. El auto del juez de paz o el decreto del secretario judicial en donde se recoge el acuerdo de las partes es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.
>
> La conciliación intraprocesal, está regulada por la LEC actual, en los artículos 415 y 428.2, para el juicio ordinario, y en el artículo 443.3 para el juicio verbal. Su finalidad es poner fin al proceso judicial iniciado, por el acuerdo al que llegan las partes ante el juez competente que había empezado a conocer del asunto, en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. El

[670] SAN CRISTÓBAL, Susana. *Op. Cit*. p.45.
[671] Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 403: Admisión y Casos Excepcionales de Inadmisión de la Demanda:… 2. No se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.
[672] SAN CRISTÓBAL, Susana*. Op. Cit.*

> auto del juez que contiene el acuerdo de conciliación es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.[673]

Siendo entonces igualmente, la conciliación un medio idóneo para precaver el proceso judicial por eventuales conflictos entre las partes, con ocasión al incumplimiento del contrato parasocial, que de la misma manera que la negociación, hará más privada la resolución del problema.

3.2.4.4. La Mediación

Como bien lo expresa San Cristóbal S. (2.012):

> En este sistema de gestión de controversias voluntario, las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un acuerdo. El mediador actuará como canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, sus intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posiciones para llegar a un acuerdo.[674]

Aunque en este medio de resolución de conflictos, el tercero mediador posee un papel importante, pues ayuda a mediar la situación entre los sujetos en conflicto, son solo las partes las que deberán acordar sobre sus diferencias y sobre el fondo de la controversia, por lo que es la Mediación, al igual que la Conciliación y la Negociación, un medio de solución de conflictos que se caracteriza por su «autocomposición».

En este sentido, como bien lo señala San Cristóbal S. (2.012):

> Para lograr el acuerdo de las partes, el mediador puede utilizar medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias, con el fin de acercar las posturas de ambas, y propiciar un acuerdo que en ningún caso será impuesto por el mediador, sino aprobado por los

[673] SAN CRISTÓBAL, Susana. *Op. Cit*. p.46.
[674] *Ibidem*. p.47.

> propios interesados. Por tanto, el mediador trata de superar las situaciones de bloqueo con técnicas que se toman generalmente del campo de la psicología, de la diplomacia, o de la comunicación.[675]

Dicho sistema alternativo de resolución se rige en España, por la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles[676], de la cual se infiere que este mecanismo solo se empleará si así se lo dictamina la libre voluntad de las partes en conflicto, pues no se exige como etapa previa a las fases procesales, como si puede ocurrir en la Conciliación, en todo caso, de igual manera que con los anteriores mecanismos de alternativos de solución, el proceso de mediación debe concluir con un acuerdo suscrito por ambas partes, el cual podrá elevarse a escritura pública y podrá gozar de fuerza ejecutiva. Siendo este medio, al igual que los anteriores, una opción viable para poner fin a las controversias surgidas en la ejecución de contratos parasociales.

__oOo__

Por lo que en resumen, como lo señala San Cristóbal S. (2.012):

> En el ámbito civil y mercantil, cuando el derecho es disponible, las personas pueden resolver sus controversias por medio de la jurisdicción y de los sistemas alternativos de resolución de conflictos…
>
> … [Donde] los sistemas autocompositivos, son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, **socios**, alumnos, o **empresas** con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción.[677] (Negrillas propias).

[675] *Ibidem*. p.47.
[676] LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 162, de fecha 07 de Julio de 2012. Referencia BOE-A-2012-9112.
[677] SAN CRISTÓBAL, Susana. *Op. Cit*. pp.39-42.

4. Efectos de la Aplicación de los Contratos Parasociales en el Derecho Societario de Venezuela

Se ha dicho ya, que al hablar de los efectos que posee un contrato, se está hablando de la oponibilidad y de la eficacia que éste pueda poseer, así las cosas, en líneas anteriores se explicó cómo se desarrollan los efectos de los contratos parasociales en el seno societario de Colombia y de España, siendo menester ahora abordar estas temáticas en relación al ordenamiento jurídico venezolano; con la particularidad, de que en este país, como se expresó *supra* (Capítulo III), estos contratos son completamente atípicos, puesto que aún carecen de toda regulación legal o social; siendo esto así, es a través de las normativas contractuales generales que se estudiarán los posibles efectos jurídicos que se verificaran de la aplicación de este tipo de contrato en el Derecho venezolano.

4.1. Oponibilidad de los Contratos Parasociales en Venezuela

Partiendo de la base de que los contratos parasociales en el seno societario de Venezuela, son contratos atípicos, estos estarán ciertamente regulados, como se ha dicho, por la Teoría General de los Contratos ofrecida por el Derecho Obligacional, por ser éste del que emanan el conjunto de Principios rectores de la actividad contractual en general; así las cosas, la oponibilidad de los contratos extraestatutarios en el orden jurídico venezolano, se asienta sobre las disposiciones del Código Civil, específicamente de las establecidas en sus artículos 1.159 y 1.166, los cuales establecen que:

> **Artículo 1.159:** Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.

> **Artículo 1.166:** Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes: no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley.

Normas éstas de las que se desprende que entre las partes firmantes el contrato tiene plena oponibilidad, pues como bien lo expresa el texto citado entre las partes «el contrato tiene fuerza de Ley», mientras que frente a terceros, establece la norma, que su oponibilidad irá determinada por las excepciones permitidas, por ello la oponibilidad de los contratos parasociales en Venezuela se dará de las siguientes maneras:

4.1.1. Oponibilidad *Inter Partes*:

En acuerdo con el artículo 1.159 del Código Civil de Venezuela, entre partes firmantes todos los contratos, tienen «fuerza obligatoria de Ley», lo que se traduce en que entre los socios o accionistas suscriptores o entre socios y terceros o entre socios o accionistas y sociedad mercantil, cuando esta última sea parte del contrato parasocial, las cláusulas extraestatutarias serán plenamente oponibles, puesto que entre los firmantes habrá plena exigibilidad, en cuanto a cumplimiento de lo convenido y en cuanto al respeto de lo pactado, por lo que también en este orden jurídico el principio de obligatoriedad y oponibilidad se integran.

Así, como lo expresa la norma citada, las estipulaciones establecidas en los contratos ‘‘no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley’’, por tanto, una vez se haya suscrito el contrato parasocial, los firmantes no pueden excusarse en lo atípico del contrato, para así no dar cumplimiento a lo acordado, puesto que la oponibilidad *inter partes* es impuesta por la Ley obligacional a todo tipo de convención contractual, aunque no esté tipificada y aunque no posea una nominación especial, siempre que su constitución, sea legalmente valida.

4.1.2. Oponibilidad frente a la Sociedad Mercantil y demás Terceros:

Al no haber en Venezuela un regulación normativa expresa en materia de contratos parasociales, en base a la cual se debiera analizar el cumplimiento de requisitos normativos de los que se pudiera hacer depender la oponibilidad de los contratos extraestatutarios ante la sociedad mercantil y demás terceros, se deberá partir, de su equiparamiento análogo al régimen normativo establecido para los contratos y estatutos sociales; en este sentido, observándose además, el tratamiento que se sigue para este asunto en los ordenamientos jurídicos de Colombia y España, se debe asumir, que los contratos parasociales celebrados en las sociedades mercantiles de Venezuela, mínimamente deberán ser comunicados a las sociedad mercantil en la que se celebren, para que ésta tenga pleno conocimiento de las cláusulas en el acordadas y por ende, le puedan ser plenamente oponibles, así como también, para obtener la oponibilidad de dichos contratos ante otros terceros, seria indispensable su inscripción y publicidad registral, con lo que generaría el contrato extraestatutario, efectos *erga omnes*.

Debiéndose en todo caso, desde una perspectiva subjetiva, analizar esta oponibilidad, en acuerdo al tipo de contrato parasocial suscrito, pues -en aplicación de los preceptos de la doctrina española-[678] no habrá duda de oponibilidad ante el ente mercantil, si se está ante un contrato parasocial omnilateral, pero deberá analizarse el caso particular, cuando se esté ante contratos parasociales de pocos socios o de pocos socios y terceros.

Y desde una perspectiva objetiva, se deberán analizar las normas que puedan regular las materias establecidas como objeto en el contrato parasocial, así por ejemplo, siguiendo las pautas del Código de Comercio venezolano, los contratos parasociales que de una u otra manera impliquen

[678] *Vid*. Ruptura de los Principios de Relatividad e Inoponibilidad en los Contratos Parasociales no inscritos en la Sociedad Mercantil, en este trabajo. p.396.

una modificación al documento constitutivo o a los estatutos sociales, deberán apegarse a lo dispuesto en las artículos 217 y 221 *eiusdem*, los cuales disponen que:

> **Artículo 217:** Todos los convenios o resoluciones que tengan por objeto la continuación de la compañía después de expirado su término; la reforma del contrato en las cláusulas que deban registrarse y publicarse, que reduzcan o amplíen el término de su duración, que excluyan algunos de sus miembros, que admitan otros o cambien la razón social, la fusión de una compañía con otra, y la disolución de la compañía aunque sea con arreglo al contrato, estarán sujetos al registro y publicación establecidos en los artículos precedentes.
>
> **Artículo 221:** Las modificaciones en la escritura constitutiva y en los estatutos de las compañías, cualquiera que sea su especie, no producirán efectos mientras no se hayan registrado y publicado, conforme a las disposiciones de la presente Sección.

Tal sería el caso de los contratos parasociales que versan sobre materias que por su naturaleza, son reglamentadas en los estatutos sociales, implicando su deber de registro y publicidad, por ejemplo, que acuerden la salida de algunos de los socios o accionistas como consecuencia de pactos de *Good Leaver o Bad Leaver* o de mecanismos de *Put y Call options*, o que admitan nuevos socios a la compañía, como ocurre en los contratos parasociales de financiamiento, o que impliquen aumentos del capital social, que instituyan mayorías reforzadas, que incorporen políticas de decisión y gobierno a la empresa, o políticas de rentas, u otros supuestos semejantes que alteren la regulación estatutaria inicial; por lo que solo con su registro y publicación, podrían estos contratos ser oponibles a la sociedad mercantil y terceras personas, no desde la perspectiva de la obligatoriedad de lo convenido, pues estas no serían parte del contrato, sino en el sentido de respeto de todos hacia lo pactado.

Ello en virtud de que como se explicó en los párrafos iniciales de este Capítulo, la oponibilidad del contrato parasocial ante terceros, implica la

potestad para confrontar las estipulaciones en él contenidas, ante los sujetos que se involucran en el entorno societario que es objeto de dicho negocio jurídico, por lo que se deberá encaminar la publicidad de los contratos parasociales de acuerdo a los preceptos normativos vigentes, para que los órganos administrativos y directivos de la sociedad mercantil y demás sujetos pueden verse compelidos a respetar lo pactado en el contrato parasocial, y así éste pueda tener plena oponibilidad y eficacia jurídica.

Además, y en todo caso, habrá que tener presente, lo establecido en el artículo 280 del mismo Código de Comercio el cual establece que:

> **Artículo 280:** Cuando los estatutos no disponen otra cosa, es necesaria la presencia en la asamblea de un número de socios que represente las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representen la mitad, por lo menos, de ese capital, para los objetos siguientes:
> 1º Disolución anticipada de la sociedad.
> 2º Prórroga de su duración.
> 3º Fusión con otra sociedad.
> 4º Venta del activo social.
> 5º Reintegro o aumento del capital social.
> 6º Reducción del capital social.
> 7º Cambio del objeto de la sociedad.
> 8º Reforma de los estatutos en las materias expresadas en los número anteriores.
> En cualquier otro caso especialmente designado por la ley.

En cuyo orden, si por ejemplo, un contrato parasocial establece la fusión de la compañía[679], como ocurre en la fase de *exit* o etapa de salida de una *startup*, o si se pacta en el mismo un aumento del capital social por el acceso a un Fondo de Inversión de Capital Riesgo, o si se acuerda la emisión de nuevas acciones como ocurre en los pactos de *vesting*, entonces se deberá, antes de cumplir con el deber de registro y publicidad, someter a aprobación asamblearia el contenido del contrato parasocial, pues solo a través de la

[679] Para lo cual, también deberá tenerse en cuenta lo dispuesto el Parágrafo 3° de la Sección VIII del Título VII del Libro Primero del Código de Comercio de Venezuela, relativo a la Fusión de las Sociedades, artículos 343 al 346, ambos inclusive.

aprobación por parte de la Reunión de Socios o Asamblea de Accionistas correspondiente, constituida en «quórum calificado», se podrán hacer oponibles dichas convenciones.

Por lo cual, el contrato parasocial que verse sobre los asuntos tasados en la normativa del articulo 280 citado, no podrá ser oponible y eficaz ante terceros, sino hasta que se ratifique su contenido en asamblea de accionistas o reunión de socios correspondiente, por ser mandato legal de la normativa mercantil, caso en el cual, como se ha dicho, además sería invalido el contrato parasocial que contrariara los preceptos normativos vigentes en el orden jurídico venezolano.

Ahora bien, las pautas establecidas en los artículos 221 y 280 del Código de Comercio, solo operan frente a los aspectos en estos artículos expresados o en los convenios que alteren el contrato social original o los estatutos sociales vigentes, por lo que no impera para los demás contratos parasociales que no impliquen modificación en los estatutos de la compañía o que tengan por objeto aspectos distintos a los indicados en los citados artículos.

__ oOo __

En este sentido, aunque no haya normativa expresa en materia de contratos parasociales en Venezuela, se puede estructurar en aplicación del principio de analogía jurídica, el camino lícito que estos contratos deberían transitar para ser plenamente oponibles ante la sociedad mercantil y demás terceros, tal sería el caso del depósito del contrato ante el órgano administrativo de la compañía, pues solo así las deliberaciones llevadas en el interior de la sociedad mercantil tendrían conocimiento de las materias allí pactadas y podría haber la debida oponibilidad ante la Reunión de Socios o Asamblea de Accionistas correspondiente, para lo que sería necesario en todo caso, que dicha sociedad admitiera en sus estatutos sociales la celebración de

contratos parasociales, donde además podría ser imperativo en atención a la prestación extraestatutaria convenida, el deber de inscripción y deber de publicidad ante el Registro Mercantil correspondiente.

Siendo entonces, que la oponibilidad que tendrán los contratos parasociales celebrados en las sociedades mercantiles venezolanas, visto su carácter atípico y en apego a los preceptos normativos societarios y contractuales generales, será la siguiente:

Cuadro Nº 7: *Oponibilidad de contratos parasociales en Venezuela.*

<table>
<tr><th>Contrato parasocial</th><th>Oponibilidad inter partes</th><th>Oponibilidad frente a la sociedad mercantil y demás terceros</th></tr>
<tr><td>Sociedad en Nombre Colectivo</td><td rowspan="6">Opera per se

En aplicación del artículo 8 del Código de Comercio y del artículo 1.159 del Código Civil:

« Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley »</td><td rowspan="6">En principio inoponible

Salvo que en aplicación del Principio de Analogía jurídica se someta al régimen de inscripción y publicidad social y registral el contenido de los contratos parasociales.*</td></tr>
<tr><td>Sociedad en Comandita Simple</td></tr>
<tr><td>Sociedad en Comandita por Acciones</td></tr>
<tr><td>Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL)</td></tr>
<tr><td>Sociedad Anónima (SA)</td></tr>
<tr><td>Sociedad Unipersonal «Sobrevenida»</td></tr>
</table>

***** Siendo viable igualmente, la aplicación de los preceptos de la doctrina española, referentes a la oponibilidad ante la sociedad mercantil de los contratos parasociales omnilaterales.

Creación propia. / Fuente: Ordenamiento Jurídico de Venezuela.

Así las cosas, de acuerdo a la oponibilidad que el contrato parasocial tendrá entre las partes contratantes y en razón de la oponibilidad que pueda

ostentar frente a la sociedad mercantil y demás terceros, se podrán accionar los mecanismos de cumplimiento de Derecho Societario u Obligacional ofrecidos por el ordenamiento jurídico de Venezuela, para hacer eficaz las estipulaciones contractuales extraestatutarias que hayan sido convenidas.

4.2. Eficacia de los Contratos Parasociales en Venezuela: *Enforcement* o Mecanismos de Cumplimiento.

Estableciéndose la oponibilidad del contrato parasocial, en cada caso particular, se podrá establecer la eficacia que el mismo tendrá al amparo del Derecho Societario y del Derecho Civil de Venezuela, partiendo de los preceptos mercantiles y contractuales en general, permitiéndose así determinar, el alcance obligacional que tendrán estos contratos en aplicación de los mecanismos de cumplimiento que se puedan accionar.

4.2.1. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Societario aplicables a los Contratos Parasociales en Venezuela

En caso de determinarse oponible el contrato parasocial ante el ente comercial, éste deberá acatar las convenciones extraestatutarias como una extensión reglamentaria de los estatutos sociales, siendo entonces que su desconocimiento en los procesos deliberativos de la empresa podría acarrear determinadas consecuencias, pues al amparo del Derecho Societario de Venezuela, se podría accionar la impugnación de acuerdos sociales suscritos en contravención de un contrato parasocial -que se declare oponible a la sociedad mercantil-.

4.2.1.1. Impugnación de Acuerdos Sociales:

Uno de los medios societarios de que disponen los socios o accionistas de las compañías venezolanas, para la defensa de sus derechos e intereses en

la sociedad mercantil, es el establecido en el artículo 290 del Código de Comercio, el cual dispone que:

> **Artículo 290:** A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.
> La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se dé la decisión.
> Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios…

Así las cosas, el socio o accionista que crea que sus derechos e intereses al interior de la sociedad mercantil, se han vulnerado a través de un Acuerdo Social ilegitimo, podrá accionar ante la instancia judicial la nulidad de dicho acuerdo, pudiendo el Juez de comercio que conozca de la denuncia, una vez se verifiquen los extremos legales, hacer suspender los efectos del acuerdo impugnado y ordenar la convocatoria de nueva reunión o asamblea para que decida adecuadamente sobre el asunto.

En este sentido, «equiparando» los contratos parasociales, debidamente depositados ante el órgano administrativo de la compañía, a los estatutos sociales, se tendrá que aquéllos gozarán de eficacia frente la sociedad mercantil, pudiéndose así impugnar los acuerdos sociales suscritos en contravención de los contratos parasociales debidamente depositados.

Para lo cual, analizando el derecho de oposición a los acuerdos sociales ilegales, Medina F. (2.013), hace notar los siguientes aspectos:

> 1. Tipo de Acción: Es un recurso de oposición encaminado a lograr dos objetivos: uno de carácter provisional para obtener los efectos suspensivos de la decisión de la asamblea objetada hasta tanto se decida sobre el asunto en una nueva asamblea;

y otro de fondo, encaminado a logar que el juez ordene la convocatoria de esa nueva asamblea para que se pronuncie sobre el punto o puntos objetados.

2. Acuerdos a los que se puede hacer oposición: Cualquier decisión de la asamblea general de accionistas, ya sea ordinaria o extraordinaria, que sea manifiestamente contraria a los estatutos o la Ley.
3. Legitimación Activa: Cualquier accionista que compruebe su condición de tal.
4. Legitimación Pasiva: La sociedad a cuyo acuerdo de asamblea se pretende hacer oposición.
5. Competencia: El Juez de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial donde se encuentre el domicilio de la sociedad.
6. Lapso de Caducidad: Quince días continuos contados a partir de la fecha de la asamblea que tomó la decisión objetada.
7. Requisitos para que la ratificación de la nueva asamblea convocada, haga a aquélla obligatoria para todos los socios: Ser convocada de conformidad con los estatutos. Si los estatutos no disponen otra cosa que cumplan con el quórum establecido en el artículo 280 del Código de Comercio; es decir, que se encuentren presentes o representados en la misma, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social.
8. Que la ratificación de la decisión cuente con el voto favorables de por lo menos la mitad de ese capital social.
9. Si a través de esa primera convocatoria no se lograre el quórum legal o el estatutario, deberá cumplirse con el Art. 281 de dicho Código; es decir, convocarse una nueva asamblea, con ocho días de anticipación por lo menos, expresándose en la convocatoria que la asamblea se constituirá cualquiera que sea el número de los concurrentes a ella.
10. La decisión ratificadora de esta segunda asamblea no será definitiva sino después de publicada, y de que una tercera asamblea, convocada legalmente, la ratifique, cualquiera que sea el número de lo que concurran.[680]

De lo cual, cabe resaltar el breve lapso ofrecido por la Ley mercantil para ejercer esta acción, el cual se fija en corto plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha en que se haya dictado la decisión, establecido así por el legislador en virtud del dinamismo económico en que se mueve el entorno comercial, en razón de lo cual, para que sea eficaz la suspensión de los

[680] MEDINA, Flor M. *Op. Cit*. pp.33-34.

efectos de la decisión impugnada, esta denuncia deberá realizarse con premura, caso contrario carecerá de sentido oponerse a un acuerdo social.

Sin embargo, se debe tener presente lo expuesto por Casación, que establece que: ‘‘*Además de la acción que por 15 días da este artículo, el accionista puede intentar la acción de nulidad en juicio ordinario (Casación 2-Jun-76. Ver también Casación sent 21-Ene-75 y otras). Esta acción prescribe a los 5 años (Casación, 26-Oct-94)*. ’’ (*Apud*. Garay J. y Garay M. (2.012).).[681]

En cuyo orden se deberá seguir por un procedimiento ordinario, en aplicación de la normativa procesal civil[682] vigente en el país.

4.2.2. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* de Derecho Civil aplicables a los Contratos Parasociales en Venezuela:

En razón de la innegable oponibilidad que tiene toda convención contractual entre las partes firmantes, los suscriptores de contratos parasociales podrán accionar, ante el incumplimiento de las prestaciones acordadas en las cláusulas extraestatutarias, los mecanismos de cumplimiento establecidos por el Derecho Civil venezolano, pautados para hacer eficaces todo contrato valido, aun los atípicos.

4.2.2.1. Acción de Cumplimiento:

Una vez se establece entre las partes la obligación contractual, nace el deber para las mismas de cumplir con lo pactado, lo que se traduce en el cumplimiento de la obligación, es decir, la realización o materialización de la

[681] GARAY, J. y GARAY, M. *Op. Cit*. p.174.
[682] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 4.209 Extraordinaria, de fecha 18 de septiembre de 1990. Libro Segundo: Del procedimiento ordinario, artículos 338 al 584, ambos incluidos.

prestación fijada, y con ello satisfacer los intereses de ambas partes, en este sentido debe tenerse en cuenta lo establecido por el Código Civil venezolano, en su artículo 1.264, el cual fija que ‘‘las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas’’ pues, ‘‘el deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención’’. Recordándose en todo caso, que el cumplimiento puede verificarse por el propio deudor o por un tercero[683], siempre que la obligación contraída no sea una obligación *intuito personae*[684] que requiera la ejecución específica del deudor.

Ello en razón, de que como bien lo expone Domínguez M. (2.017), el cumplimiento normal y voluntario de las obligaciones no siempre se verifica, por lo que en este caso se está ante el incumplimiento de la obligación pactada, que en explicación de esta estudiosa del derecho, podrá ser un incumplimiento propio o definitivo, en el cual ya no habrá la posibilidad de la realización de la prestación acordada, mayormente por cuestiones de vencimiento de términos esenciales, o un incumplimiento impropio o defectuoso, en el que si bien aún hay posibilidad jurídica de cumplimento este no se ha presentado, evidenciándose aquí mora en el cumplimiento obligacional; pudiéndose presentar en todo caso, dichos incumplimientos por dos razones: a) por la voluntad del deudor (incumplimiento voluntario) o por su negligencia (incumplimiento culposo), lo cual acarreará para éste, responsabilidad civil contractual y eventual reparación del daño causado al acreedor, o b) por causa extraña no imputable al deudor (caso fortuito, fuerza

[683] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.283: El pago puede ser hecho por toda persona que tenga interés en ello, y aun por un tercero que no sea interesado, con tal que obre en nombre y en descargo del deudor, y de que si obra en su propio nombre no se subrogue en los derechos del acreedor.
[684] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.284: La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor.

mayor, hecho del príncipe, hecho del tercero o hecho del acreedor), de cuya causa no se desprenderá responsabilidad contractual.[685]

En razón de lo cual, de presentarse el incumplimiento voluntario o culposo, siguiendo con Domínguez M. (2.017), se ocasionarán varios efectos, entre estos, se podrá solicitar por parte del acreedor en instancia judicial, la ejecución forzosa de la obligación, pudiendo ser ésta en forma específica o por equivalente; así, puede decretarse la ejecución específica cuando aún el contrato se pueda cumplir en los términos en que fue pactado, pues en aplicación del mencionado artículo 1.264 del Código Civil, el juez deberá abocarse a ésta forma de ejecución en primer término, pues como lo afirma la citada autora, ‘‘la ejecución forzosa *in natura* o en especie no es una forma de reparar el daño sino de evitar el mismo’’[686], donde solo en caso de no haber cabida para cumplimiento especifico de la obligación, deberá el Juez proceder a declarar el cumplimiento por equivalente, el cual tendrá carácter resarcitorio.[687]

En este sentido, como lo refiere Domínguez M. (2.017), habrán:

> … supuestos en que no es susceptible la ejecución en especie porque ninguna satisfacción dejaría al acreedor: [Esto es] Cuando existe imposibilidad natural o física, por ejemplo cuando perece o se pierde la cosa cierta que era objeto de la obligación; cuando la cosa cierta debida no se encuentra en el patrimonio del deudor; cuando se incumple una obligación a término esencial; cuando se incumple una obligación de hacer infungible; cuando se incumple una obligación de no hacer cuyo incumplimiento fue determinante, la cual no se ha manifestado en una obra material y no puede ser destruido (por ejemplo la violación de confidencialidad), en todos los casos en que ante el retardo injustificado del deudor, el acreedor ha perdido el interés en la prestación.[688]

[685] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*.
[686] *Ibidem*. p.275.
[687] *Ibidem*.
[688] *Ibidem*. p.155.

Mientras que por el contrario, prosiguiendo con Domínguez M. (2.017), habrán casos en que podrá haber lugar a la ejecución específica, tales supuestos serían: a) en convenciones en que se ha pactado contratar (artículo 531, del Código de Procedimiento Civil), b) en contratos en los que se ha acordado la entrega o restitución de una cosa determinada (artículo 528, del Código de Procedimiento Civil), c) en contratos en los que se acuerde la entrega o restitución de cosas, que puedan encontrarse en el patrimonio del deudor o que puedan hallarse en el mercado a costa del deudor (artículo 142, cuarto párrafo del Código de Comercio, artículo 529 del Código de Comercio, artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, si la entrega se refiere a cantidades liquidas de dinero), d) en contratos que tengan por objeto un hacer fungible (artículo 1.266 del Código Civil y artículo 529 primer aparte, del Código de Comercio), y e) en contratos en los que se acuerde un no hacer, siempre que se pueda deshacer lo hecho (artículo 1.268 del Código Civil y artículo 529 del Código de Comercio).[689]

Mientras que, continuando con Domínguez M. (2.017), habrá ejecución forzosa por equivalente cuando se encuentre frustrado el cumplimiento forzoso en especie, en cuyo orden se solicitará al deudor de la obligación, el resarcimiento de daños y perjuicios causados, que de no ocurrir de manera voluntaria, se logrará a través de la ‘‘responsabilidad patrimonial’’ del deudor[690], en cuyo efecto procederá lo dispuesto en el artículo 1.863 del Código Civil, siendo que ‘‘el obligado personalmente está sujeto a cumplir con su obligación con todos sus bienes habidos y por haber’’; así, en acuerdo con la citada autora:

> Cuando se incumple la obligación por un hecho imputable a la voluntad del deudor y la ejecución forzosa en forma específica no sea posible de conformidad con la ley, surge para el [deudor]… una nueva obligación que es la de resarcir el daño. Se habla

[689] *Ibidem.*
[690] *Ibidem*. p.60.

> entonces de responsabilidad personal del deudor consistente precisamente en una obligación de resarcir. A ella se refiere el artículo 1264, segunda parte del CC al indicar que "*el deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención de su obligación*". También cabe citar los artículos 1271 y 1272 CC. Esta consiste –como indicamos– en la ejecución forzosa por equivalente que para hacerse efectiva supone necesariamente liquidar el daño, esto es, precisarlo en su cuantía y valor. Lográndose reducir el daño a una suma de dinero mediante la estimación pecuniaria del monto.
>
> Debe acontecer pues una liquidación previa del daño dado que la responsabilidad patrimonial del deudor se hará efectiva sobre bienes del propio deudor en virtud de la regla del artículo 1863 del CC. Tal responsabilidad se hace efectiva mediante la conversión en dinero de bienes del deudor, lo que se logra por el remate judicial de esos bienes. [Por lo que también] Al efecto debe tenerse en cuenta el artículo 1930 CC.[691]

Por consiguiente, la acción de cumplimiento conferida por el orden jurídico venezolano, es un mecanismo viable en la ejecución de los contratos parasociales celebrados en las sociedades mercantiles de Venezuela, en atención a lo cual, estos contratos se podrán hacer cumplir por la vía forzosa, de manera específica o en especie, si la naturaleza del tipo de contrato extraestatutario suscrito así lo permite, o caso contrario, de manera forzosa por su equivalente, lo que representaría el resarcimiento pecuniario a los daños causados por el incumplimiento presentado, en cuyo efecto deberá, como lo expresa Domínguez M. (2.017), sustituirse la prestación debida por su valor patrimonial[692].

Para lo cual, se deberán tener en cuenta los precios y valores de mercado que sean válidamente aplicables, así como el tipo de transacción celebrada y el alcance de los daños causados al acreedor – que deberán provenir inexorablemente del incumplimiento contractual – pues como se ha explicado, la celebración del contrato parasocial, busca la protección de

[691] *Ibidem*. p.161.
[692] *Ibidem*.

intereses económicos, políticos-administrativos, corporativos y societarios, que tienen lugar en el seno de la compañía y que se proyectan hacia el exterior de ésta, derechos que no se han resguardado en los estatutos sociales, ni en la Ley, pero que por su importancia o trascendencia se han pactado es este tipo de contratos.

4.2.2.2. Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios:

Como se expresó, el incumplimiento de todo contrato genera ciertos efectos, entre éstos, el deber de subsanar los agravios ocasionados al acreedor por la falta de realización de la prestación acordada; así las cosas como *supra* se refirió, al haber imposibilidad de cumplimiento forzoso de manera específica, deberá haber cumplimiento forzoso por equivalente, lo que representará la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, siendo en este sentido que se resarcirán los agravios provocados.

En este sentido, como bien refiere Domínguez M. (2.017):

> … no existe en la ley venezolana, una disposición de carácter general en materia de reparación de daño en especie. Por lo que de no ser posible ésta, el acreedor deberá contentarse con demandar y obtener la reparación por equivalente. De allí que opinaba Lagrange, que lo correcto o más lógico, es sostener que procederá la reparación en especie cada vez que conforme a una norma específica del ordenamiento jurídico sea posible acudir a esa forma de reparación. Pero como éstas son excepcionales, el remedio de orden general será la responsabilidad civil, representado por la *reparación por equivalente* [de carácter indemnizatorio].[693]

En todo caso, como lo explica Domínguez M. (2.017) la reparación o resarcimiento ‘‘debe ser integral y ha de ser ajustado exactamente a la magnitud del daño. [Es decir,] La medida del resarcimiento debe ser

[693] *Ibidem*. p.275.

proporcionada al perjuicio ocasionado al acreedor… en consonancia con el principio de la integridad y exactitud del pago"[694]. En este sentido, la indemnización por los daños ocasionados puede ser en su cuantía, mayor que la suma que representaba la prestación no cumplida.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, siguiendo a Domínguez M. (2.017) que esta indemnización procederá en base a los daños probados y además estos deberán ser cuantificables, aun cuando sean daños morales o que tengan naturaleza extrapatrimonial[695], pues la acción de indemnización de daños y perjuicios, posee carácter económico.

Sumándose a lo anterior, refiere Domínguez M. (2.017) que es irrelevante la situación económica del deudor, así como la culpa que éste posea en el incumplimiento, pues la cuantía en la reparación no se hace mayor o menor por estas circunstancia, pues como se dijo, la cuantificación va en proporción del daño y no en proporción de la conducta o de la capacidad patrimonial del agente; con la salvedad de que en el supuesto que se pruebe culpa grave o dolo de parte de éste, en acuerdo con el artículo 1.274[696] del Código Civil, el deudor deberá resarcir además de los daños que se han podido prever al tiempo de la celebración del contrato, los daños imprevisibles.[697]

Mientras que, continuando con Domínguez M. (2.017), la culpa del acreedor si afectará la cuantía reparable del daño, pues en aplicación del artículo 1.189[698] del Código Civil, si la conducta negligente del acreedor favorece el

[694] *Ibidem*. p.276.
[695] *Ibidem*.
[696] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.274: El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo.
[697] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*.
[698] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.189: Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuirá en la medida en que la víctima ha contribuido a aquél.

incumplimiento del contrato, entonces la cuantía en la reparación se disminuirá en proporción a la colaboración de éste.[699] En este sentido apunta la abogada citada que:

> El resarcimiento puede reducirse cuando el acreedor:
> a. Ha concurrido a causar el daño.
> b. Cuando la actuación del propio deudor ha producido un beneficio al acreedor… [o]
> c. [Cuando] La negligencia del acreedor agravó el daño, en cuyo caso también la medida del resarcimiento se reducirá. Por ejemplo, cuando el acreedor se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar la magnitud del daño. Él podía hacer algo para impedir que el daño continuara agravándose y no lo hizo; o en positivo, el acreedor hizo algo que ha agravado el daño…[700]

En atención de todo lo cual, deberán revisarse y analizarse todos los hechos que envuelvan el incumplimiento contractual, para así poder determinar y probar el *quantum* del daño causado, y con ello proceder a su efectiva liquidación, en razón de lo cual, la cuantificación del daño, continuando con Domínguez M. (2.017), podrá ser: a) convencional, en aplicación de la autonomía privada, lo que se podrá realizar con la constitución de cláusulas penales, arras, fijación de intereses moratorios, u otros, b) legal, en los casos en que la Ley así lo fije, por ejemplo las disposiciones establecidas para la reparación de daños causados en los casos de las obligaciones que versan sobre cantidades ciertas de dinero, en cuyo efecto se deberá aplicar el contenido del artículo 1.277[701] del Código Civil, aunque esta puede afectar la reparación integral del daño, o c) judicial, si es impuesta por el órgano judicial; en efecto de lo cual, independiente de la forma en que se haya cuantificado el daño, la liquidación tendrá su momento en el tiempo en que

[699] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*.
[700] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*. pp.278-279.
[701] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.277.- A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños desde el día de la mora sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida.

se emita la sentencia definitiva por el órgano judicial que conozca de la causa.[702]

Sin embargo, al trasladarse este mecanismo de cumplimiento forzoso por equivalente, con carácter indemnizatorio, al incumplimiento de los contratos parasociales, como se ha referido, no siempre será fácil cuantificar monetariamente el perjuicio causado al socio o accionista ante el incumplimiento de la clausulas parasocietarias, siendo entonces que se deberá tener muy presente el derecho o los derechos societarios conculcados por el incumplimiento de la obligación extraestatutaria, recordando en todo caso, que todos éstos siempre tendrán un importante contenido económico, aunque versen sobre aspectos corporativos, administrativos o políticos desarrollados en la compañía.

Pues, el interés de las partes contratantes en estos acuerdos se ampara en el interés económico que envuelve a toda actividad comercial, sumándose el ineludible interés financiero de las partes contratantes en la sociedad mercantil en la que se celebra o con quien se celebra el contrato parasocial; aspectos sobre los cuales, se deberán cuantificar los daños y perjuicios causados, pues solo así se logrará la «reparación integral del daño».

4.2.2.3. Resolución del Contrato:

Además de la acción de cumplimiento forzoso y la respectiva acción de indemnización de daños y perjuicios causados, las partes contratantes cuentan con la acción de resolución del contrato, consagrada en la legislación venezolana en el artículo 1.167 del Código Civil, el cual dispone que:

[702] DOMÍNGUEZ, María C. *Op. Cit*.

> **Artículo 1.167:** En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello.

Con lo cual, las partes unidas a un vínculo contractual bilateral, tendrán la potestad de solicitar ante el órgano judicial competente, la terminación de dicho vinculo obligacional, requiriéndose para ello que la parte demandante haya verificado el cumplimiento de su propia obligación u ofrecido cumplirla, pues solo así podrá exigir de su contraparte la misma actitud; en este sentido, también será procedente el requerimiento de indemnización de daños y perjuicios causados.

Así las cosas, en acuerdo con Kepler (2.018):

> La doctrina [venezolana] exige ciertas condiciones para la procedencia de la acción, a saber:
>
> a) Es necesario que se trate de un contrato bilateral. Este requisito es exigido literalmente por el artículo 1167 del Código Civil Venezolano.
> b) Es necesario el incumplimiento culposo [o incumplimiento voluntario] de la obligación por la parte demandada. Por lo que respecta al carácter culposo del incumplimiento de la obligación, ello es evidente, porque de lo contrario, si el incumplimiento es debido a una causa extraña no imputable a las partes, se aplicarán las normas de la teoría de los riesgos y no las relativas a la resolución.
> c) El actor debe proceder de buena fe. En este sentido se dice que el actor debe haber cumplido u ofrecido el cumplimiento de su propia obligación…
> d) Es necesario que el juez decrete la resolución. El artículo 1167 del Código Civil exige expresamente la intervención judicial. Ella es necesaria, porque el juez debe determinar si hay o no incumplimiento culposo, y si el incumplimiento tardío, parcial o defectuoso es suficiente para que proceda la acción resolutoria.
> e) No es subsidiaria. En Venezuela, la acción resolutoria no es subsidiaria de cumplimiento, como se pretende en otros países. La parte accionante puede pedir o bien el cumplimiento, o la resolución, como lo ha previsto el artículo 1167 del Código Civil y exigir en ambos casos, el pago de daños y perjuicios.
> f) No es necesaria la mora del deudor. En la doctrina se discute si es necesario poner en mora al deudor. Buena parte de la doctrina

> así lo sostiene, pero sin darle mayor importancia a la cuestión, considerando que la demanda serviría para poner en mora al deudor, pero ello no es cierto, porque sólo la demanda exigiendo el cumplimiento es la que tiene esa consecuencia. [Subrayado propio][703]

Ahora bien, en acuerdo con este mismo autor, de la declaratoria de resolución del contrato se derivan ciertos efectos, así entre las partes, dicha acción producirá efectos liberatorios y restitutorios, siendo que los primeros son retroactivos, y con ello las partes quedan liberadas de sus obligaciones contractuales, como si éstas nunca hubieran sido pactadas, mientras que a través de los segundos, se ocasiona la restitución de las prestaciones ya verificadas antes de la demanda de resolución, lo que en ocasiones puede representar parte de la reparación e indemnización de los daños causados[704]; sumándose a estos efectos el deber de resarcimiento integral del daño, pues así lo establece la norma *supra* citada.

En base a lo cual, cualquiera de las partes del contrato parasocial que evidencie la falta de cumplimiento de las prestaciones acordadas por su contraparte, podrá accionar la resolución del contrato en apego al citado artículo 1.167 del Código Civil.

4.2.3. Mecanismos de Cumplimiento o *Enforcement* que se pueden establecer por las partes (autotutela) aplicables a los Contratos Parasociales en Venezuela:

4.2.3.1. Contrato de Seguro:

Como se ha expresado, el contrato de seguro posee un carácter indemnizatorio, pues el desembolso dinerario de parte de la empresa aseguradora siempre vendrá precedido de la materialización del hecho fijado

[703] KEPLER (2018). Resolución del Contrato. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de Junio de 2.020. Disponible en: https://es.m.wikiversity.org/wiki/La_acción_resolutoria
[704] *Ibidem*.

por las partes en el contrato, como el siniestro; pudiendo este siniestro estar representado por el eventual incumplimiento de una obligación pactada, es decir, se puede válidamente asegurar la responsabilidad contractual de las partes firmante por medio de un contrato de seguro; en cuyo orden, el contrato de seguro como mecanismo de autotutela, es factible a suscribirse con ocasión a un contrato parasocial, como mecanismo garantizador de las prestaciones dinerarias o de valor acordadas, teniendo este entonces un carácter resarcitorio, que se accionara en caso de incumplimiento, en los términos fijado por las partes, donde el desembolso de la empresa aseguradora vendrá a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las convenciones extraestatutarias.

En Venezuela, el contrato de seguro se encuentra regulado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora[705], regulándose en este cuerpo normativo el Seguro o Garantía de Fiel Cumplimiento, el cual busca garantizar el fiel, cabal y oportuno cumplimiento por parte del afianzado de todas y cada una de las obligaciones que resulten a su cargo y a favor del acreedor según el contrato entre ellos suscrito; en cuyo orden, sería valido en Venezuela, que las partes contratantes de una convención parasocietaria, garantizaran la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento, por medio de la póliza referida, tasándose previamente el importe que debería desembolsar la empresa aseguradora en caso de verificarse incumplimiento contractual.

4.2.3.2. Cláusula Penal:

La cláusula penal es un mecanismo de autotutela regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, en el Código Civil, en sus artículos 1.257

[705] Decreto Presidencial Nº 2.178 con rango, valor y fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora.

al 1.263, ambos incluidos; mecanismo este que operará por la libre voluntad de los contratantes y de acuerdo con el cual, para compeler el cumplimiento de una obligación, el acreedor solicita al deudor que se comprometa a dar o a hacer alguna cosa para ser cumplida en el supuesto de inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación principal[706], donde en todo caso, el acreedor no podrá reclamar al deudor en un mismo tiempo, la cosa principal y la pena fijada, a menos que ésta se hubiere estipulado por el simple retardo[707].

Por lo que éste mecanismo se configura en una forma de compensación o resarcimiento de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación contractual, fijado así por el mismo Código Civil venezolano[708], mecanismo éste que aunque no garantiza el cumplimiento material de la obligación principal, pues si garantiza o asegura el importe económico de la misma; razón por la cual, este mecanismo válidamente podrá ser una opción a tener en cuenta por las partes suscriptoras del contrato parasocial, por lo que como se acaba de mencionar, será una manera de constreñir el cumplimiento de estos pactos.

Done en todo caso, en aplicación de este mecanismo legal, el acreedor de cualquier obligación contractual valida, puede pedir al deudor que se haya constituido en mora, la ejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada[709], pues ésta es solo garantía de aquélla; mientras que si el deudor ha ejecutado parte de su obligación, éste no estará obligado a cumplir con la totalidad de la pena resarcitoria fijada, sino con una parte de la misma, pues la cláusula penal operará en proporción del incumplimiento presentado[710].

[706] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.257.
[707] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.258.
[708] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.258.
[709] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.259.
[710] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.260.

Por otra parte, si la obligación principal, es decir, la establecida como objeto del contrato que ha sido contraído con cláusula penal, es indivisible[711], se podrá incurrir en la pena por la contravención de uno solo de los que haya adquirido la obligación; y podrá demandársela, ya íntegramente al sujeto contraventor, o ya a cada uno de los demás obligados por su parte correspondiente, salvo siempre el recurso contra aquél por cuyo hecho se ha incurrido en la pena[712].

Mientras que si la obligación principal contraída con cláusula penal es divisible[713], entonces no se incurrirá en la pena sino por la parte correspondiente al codeudor que contravenga la obligación, y sólo por la parte que le corresponda cumplir en la obligación principal, sin que pueda obrarse contra los demás codeudores que la han cumplido, salvo que se haya establecido la cláusula penal para que no pueda hacerse parcialmente el pago y uno de los deudores impida que la obligación se cumpla totalmente, en cuyo caso se podrá exigir de él la pena íntegra, o bien solicitar a los demás sujetos pasivos la porción correspondiente, quedando a salvo para los últimos, la acción de regreso contra aquél por cuyo hecho se haya incurrido en la pena[714].

[711] ‘‘La obligación es indivisible cuando tiene por objeto un hecho indivisible, la constitución o la transmisión de un derecho no susceptible de división’’ (Código Civil de Venezuela, Artículo 1.250.), además ‘‘La obligación estipulada solidariamente no adquiere el carácter de indivisibilidad’’ (Artículo 1.251 *eiusdem*).
[712] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.261.
[713] ‘‘Aun cuando una obligación sea divisible, debe cumplirse entre el deudor y el acreedor como si fuera indivisible. La divisibilidad no es aplicable sino respecto de los herederos de uno y otro, los cuales no pueden demandar el crédito, o no están obligados a pagar la deuda, sino por la parte que les corresponde o por aquella de que son responsables como representantes del acreedor o del deudor.’’ (Código Civil de Venezuela, Artículo 1.252). Véase también, Artículo 1.253 *eiusdem*.
[714] Código Civil de Venezuela, Artículo 1.262.

4.2.3.3. Contrato de Prenda:

La prenda por su parte, entendida como garantía obligacional y siguiendo a Rodríguez M. (2.018) puede evocar diferentes acepciones, así, a través de este vocablo se puede hacer referencia: 1) al contrato constitutivo de prenda, 2) al objeto o bien que se constituye en garantía, o 3) al derecho real de prenda[715]; siendo todos éstos conceptos válidos.

En este sentido, en acuerdo con el citado autor y a los efectos de estas líneas, se tiene que prenda es:

> … aquel derecho real que un deudor o un tercero concede sobre una cosa mueble que le pertenece, en garantía de una obligación principal, con la finalidad de que, en caso de incumplimiento de ésta, el acreedor se satisfaga sobre la cosa con preferencia respecto a otros acreedores.[716]

Por lo que la prenda es además un contrato accesorio, cuyo objeto es la posesión o retención por parte del acreedor prendario de la cosa o bien que le es entregada en garantía, con la condición de ser devuelta a su propietario al satisfacerse la obligación principal, así lo establece el orden jurídico venezolano, en las disposiciones del Código de Comercio específicamente en los artículos 535 al 543, ambos inclusive y en el Código Civil, en sus artículos 1.837 al 1.854, ambos inclusive, aplicables en forma supletoria[717].

Por lo cual, y en atención a la prenda como garantía de obligaciones parasocietarias, se debe entender que ésta deberá recaer sobre las acciones de las que sea titular el socio o accionista obligado; en razón de lo cual, es

---

[715] RODRÍGUEZ, Mauricio G. (2018). La Prenda de las Acciones de la Sociedad Anónima. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil / Nº 1 – 2018*, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, www.sovedem.com. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 24 de junio de 2.020. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/1/RVDM_2018_1_05.pdf

[716] *Ibidem*. p.5.

[717] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 543.

pertinente exponer lo dicho por Rodríguez M. (2.018), quien refiere en relación a la prenda, que:

> A pesar de ser cada vez más frecuente en nuestra praxis su uso entre comerciantes, especialmente como garantía subsidiaria, el tema de la prenda de las acciones de la sociedad anónima es uno de los que menos ha estudiado la Doctrina y la Jurisprudencia venezolana. En efecto, dado que en Venezuela la prenda de acciones se regula con las muy generales disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil, aplicables en su mayoría a la prenda normal de cosas; aunado al hecho de la escasez de material doctrinario patrio relativo al tema, que pareciera no provocar un estudio extenso que mereciese siquiera un título aparte dentro de la bibliografía referente al derecho societario nacional, a lo que se le suma el menguado análisis efectuado por la jurisprudencia patria, se hace imperioso acudir a la normativa de otras legislaciones más avanzadas que si regulan expresamente la materia para analizar así las particularidades propias que se presentan en la pignoración de acciones que la hacen diferenciar sustancialmente de la prenda normal de cosas.[718]

En cuyo orden, debe tenerse en cuenta que como bien lo expresa el abogado citado, la prenda es un medio idóneo para garantizar obligaciones en el entorno societario mercantil, siendo así en mejor medida en las sociedades anónimas, pues como se explicó en líneas anteriores (Capitulo III), son éstas las sociedades con mayores prerrogativas económicas; en este sentido, siguiendo nuevamente a Rodríguez M. (2.018), la acción en la sociedad anónima es entendida como alícuota del capital social de la empresa, por lo que ésta en sí misma representa un título valor, encuadrando así en la categoría de «bienes muebles», por tanto susceptible de ser objeto de prenda[719].

Con lo cual, habrá plena validez en el contrato de prenda sobre acciones o sobre participaciones sociales, siempre que los estatutos de la compañía no dispongan otra cosa; sin embrago, continuando con Rodríguez M. (2.018)

[718] RODRÍGUEZ, Mauricio G. *Op. Cit*. p.1.
[719] *Ibidem*.

‘‘tomando en cuenta también que la acción otorga a su titular un complejo haz de derechos subjetivos, la prenda al proyectarse sobre la acción, adquiere unas particularidades muy singulares que la hacen diferir sustancialmente de la prenda normal de cosas’’[720].

Pues, en acuerdo con Rodríguez M. (2.018), el mencionado contrato tendrá un doble contenido, por una parte la realización del valor de la acción, pues éste será el valor que garantizará el crédito principal, es decir, el valor de cambio de la acción, y por otra parte, la posesión por parte del acreedor de las acciones dadas en prenda, las cuales estarán afectadas a la garantía.[721]

Mientras que en relación a los requisitos para la constitución de la prenda, expone Rodríguez M. (2.018) en atención a la legislación venezolana que este contrato deberá[722]:

. Redactarse en documento escrito. Así lo dispone el artículo 535 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 1.839 del Código Civil, de los que se desprenden que el acto constitutivo de prenda deberá tener fecha cierta, con la -expresión del lugar, día, mes y año[723]-, e igualmente deberá expresarse en el mismo, la declaración de la cantidad debida, pues es el monto del crédito garantizado, o por lo menos la expresión del monto máximo que se garantizará a través de la prenda, pues solo así se podrá descontar dicho monto de los haberes del deudor, que como es sabido son prenda común de los demás acreedores (artículo 1.864 del Código Civil).

[720] *Ibidem*. p.8.
[721] *Ibidem.*
[722] *Vid*. Requisitos para la prenda de las acciones nominativas, en RODRÍGUEZ, Mauricio G. *Op. Cit*.
[723] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 124.

Sin embargo, debe aclararse que el Código de Comercio también dispone que «entre partes»[724] ‘‘la certeza de la fecha del documento puede establecerse por todos los medios de prueba admitidos por las leyes mercantiles’’[725], por lo que de igual manera deberán tenerse en cuenta los artículos 124, 126 y 127 *eiusdem*.

. Registrarse en el libro de accionistas. Pues teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 296 del Código de Comercio el cual dispone que la propiedad de las acciones ‘‘se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros’’, debe entenderse que solo a través de este registro administrativo, la prenda constituida sobre acciones de la compañía, podrá tener efecto frente a la sociedad mercantil y demás terceros; sin menoscabo de las demás formalidades que al efecto se puedan establecer por los estatutos sociales.

. Otorgar la posesión de los títulos representativos de la acción. Pues es esté el fin de toda prenda, en este sentido aunque no sea habitual en la sociedad mercantil en la que tiene lugar el contrato accesorio de prenda la emisión física de títulos, este deberá hacerse al efecto de la posesión prendaria de las acciones dadas en garantía, salvo que se trate de una sociedad anónima abierta, que cotice sus acciones por oferta pública en el mercado de valores[726], en cuyo efecto podrá aquí realizarse la posesión accionaria con la inscripción en los registros sociales a través de las Anotaciones en Cuenta, mencionadas *supra* (Capitulo III).

[724] Por lo que frente a terceros siempre deberá existir acto escrito como prueba de la constitución de la prenda. *Vid*. Código de Comercio de Venezuela, Artículo 535, último aparte.
[725] Código de Comercio de Venezuela, Artículo 535, segundo párrafo.
[726] Teniéndose en cuenta el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Mercado de Valores y la Ley de Caja de Valores.

En todo caso, como bien lo expone Rodríguez M. (2.018), para el contrato de prenda sobre acciones sociales, deberá también tenerse en cuenta las disposiciones que al efecto puedan contener los estatutos sociales, ya que los mismos pueden contener limitaciones a la «libre transmisión de acciones», en la forma de: cláusulas que establezcan un derecho de adquisición preferente, cláusulas que subordinen la transmisión de acción a la autorización previa de la sociedad mercantil, cláusulas que establezcan que el adquirente de las acciones deba reunir ciertas condiciones, u otras cláusulas semejantes.[727]

Siendo primordial además, tener presentes los efectos que se generarán a partir del contrato de prenda y las implicaciones que tendrá como garantía de obligaciones parasocietarias en el derecho venezolano, en este sentido, de la celebración del contrato de prenda se generarán, como en todo contrato, derechos y obligaciones para las partes, así en la prenda sobre acciones de una sociedad anónima, en acuerdo con Rodríguez M. (2.018), se generan los siguientes efectos[728]:

. Derechos y obligaciones del deudor o tercero constituyente. En el contrato de prenda sobre acciones de una sociedad mercantil, el deudor o tercero constituyente, no pierde los derechos que le son propios en su condición de propietario de las acciones otorgadas en garantía, pues como ocurre en todo contrato de prenda el acreedor solo posee *animus pignoris*, pues como lo expone Rodríguez M. (2.018) ‘‘el derecho real de prenda es un derecho real de garantía cuyo contenido no conlleva pignorada al goce de la cosa’’[729], es decir, el deudor o tercero constituyente sigue en su cualidad de socio o accionista de la empresa,

[727] *Vid*. Limitaciones Estatutarias y la Prenda de Acciones, en RODRÍGUEZ, Mauricio G. *Op. Cit*.
[728] *Vid*. Efectos de la Prenda de Acciones, en RODRÍGUEZ, Mauricio G. *Op. Cit*. pp.29-46.
[729] RODRÍGUEZ, Mauricio G. *Op. Cit*. p.34.

pues su estatus no se menoscaba ni se extingue con la constitución de la prenda mercantil.

En este sentido, el constituyente sigue detentando el *animus domini,* por tanto dentro de la sociedad mercantil y frente a terceros siguen a su favor todos los derechos y obligaciones que le son conferidos por los estatutos sociales y la Ley, entre algunos, su derecho al dividendo, su derecho de voto, su derecho de suscripción preferente, así como su obligación de pagar todas sus acreencias frente la sociedad, que se encuentren pendientes, entre muchas más.

. Derechos y obligaciones del acreedor prendario. Por su parte el acreedor prendario a través del contrato de prenda adquirirá a su favor el derecho de poseer la acciones dadas en garantía, que como ya se mencionó, se hará a través de la posesión de los títulos representativos de las mismas, lo que a su vez le otorgará el derecho de retener[730] las acciones mientras el contrato este vigente; mientras que, de llegar el caso, vencido el plazo acordado sin la satisfacción del crédito principal, el acreedor prendario tendrá a su favor el derecho de vender o ejecutar judicialmente las acciones dadas en garantía (*ius distraendi*), pues así lo dispone el artículo 539 del Código de Comercio, el cual establece que en este supuesto ‘‘la autoridad judicial, a solicitud del acreedor, ordenará la venta de la prenda, estableciendo el modo y condiciones con que debe hacerse’’[731]; a cuyo efecto deberán seguirse las normas establecidas para la ‘‘ejecución de la prenda’’ del Código de Procedimiento Civil[732], dispuestas en su artículo 666 y siguientes.

[730] A cuyos efectos deberán tenerse en cuenta lo dispuesto en el Código de Comercio de Venezuela, en su Artículo 122 y en el Código Civil de Venezuela, Artículo 1.852.
[731] Código de Comercio de Venezuela, primer aparte del Artículo 539; en concordancia con el Código Civil de Venezuela, Artículo 1.844.
[732] Pues así lo fijo la extinta Corte Suprema de Justicia (1995), la cual estableció que ‘‘… para los casos de procedimiento de ejecución de prendas sin desplazamiento de posesión,

Sumándose a los anteriores, a favor del acreedor prendario, el derecho de preferencia (*ius prelationis*) sobre los montos obtenidos por la venta de las acciones en el procedimiento de la ejecución de la prenda, pues el acreedor prendario es un acreedor privilegiado en relación a los demás acreedores de su deudor.

Mientras que en correlación, el acreedor en el contrato de prenda, tendrá a su cargo la obligación o el deber de colaboración frente al deudor o tercero constituyente, cuando así lo requiera el deudor[733], y el deber de restituir las acciones dadas en prenda, al momento de la satisfacción del crédito principal.

Por todo lo anterior, este mecanismo será idóneo en aquellas relaciones contractuales parasocietarias en las que el deudor detente propiedad accionaria en la compañía, tal sería el caso de contratos extraestatutarios celebrados entre socios, aunque también será viable en aquellos suscritos entre sociedad y socios o entre socios y terceros, cuando sean los socios, los deudores de la obligación.

4.2.3.4. Mecanismos de compra y/o venta (*Put* y *Call Options*):

Como se ha mencionado, los mecanismos de *Put* y *Call Options*, se conciben en cierta medida como un tipo de cláusulas penales, pues la atribución de estos instrumentos en determinado contrato, se hace a través de una

habida cuenta, que en el vigente Código de Procedimiento Civil, conscientes su proyectistas de la insuficiencia de las normas del Código de Comercio, han establecido un procedimiento expedito y minuciosamente regulado para la ejecución de prendas, independientemente de su naturaleza civil o mercantil…'' (*Apud*. Rodríguez M. (2.018).). *Vid*. Nota al Pie Nº 48, en RODRÍGUEZ, Mauricio G. *Op. Cit*.

[733] Pues el deudor o tercero constituyente necesitaran de la colaboración del acreedor prendario en aquellas ocasiones en que, en cumplimiento de sus deberes o ejerciendo sus facultades, estos deban exhibir o presentar los títulos que corroboren la propiedad en las acciones otorgadas en prenda, ya sea frente a la sociedad mercantil o frente a demás terceros.

cláusula compromisoria en el que las partes pactan que frente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, se deberán enajenar o adquirir determinadas participaciones sociales o acciones en la compañía, a precios elevados o por el contrario disminuidos, en relación a los precios corrientes en el mercado para dichas participaciones o acciones.

4.2.4. Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) vigentes en Venezuela, aplicables a los Contratos Parasociales:

Establece la Comisión Andina de Juristas (2.001) que:

> La resolución alternativa de conflictos engloba el conjunto de procedimientos que permite resolver un litigio sin recurrir a la fuerza o sin que lo resuelva un juez. Es un mecanismo conducente a la solución de conflictos jurídicos por otras vías que no son la justicia institucional, tradicional u ordinaria. Teniendo en consideración los elementos que concurren, se puede decir que, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son aquellas formas de administrar justicia por medio de los cuales, de manera consensual o por requerimiento, los protagonistas de un conflicto ya sea al interior del sistema judicial o en una etapa previa- concurren legítimamente ante terceros a fin de encontrar la solución al mismo a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio cuya resolución final goza de amparo legal para todos sus efectos, como por ejemplo su ejecutabilidad. (*Apud*. Malavé L. (2.015).).[734]

Así las cosas, ante cualquier conflicto, las partes involucradas podrán acudir a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos tipificados por la Ley, en este sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su artículo 253 que: ‘‘El sistema de justicia está constituido por… los medios alternativos de justicia…’’, estableciendo además el articulo

[734] MALAVÉ, Luis. (2015). *Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Venezuela con referencia a la Legislación Comparada*. Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Derecho Penal. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 27 de Junio de 2.020. Disponible en: http://mriuc.bc.uc.edu.ve/bitstream/handle/123456789/1797/lmalave.pdf?sequence=1 p.27.

258 *eiusdem* que ‘‘La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos’’.

En este sentido, como bien lo señala Brett S. (2.009):

> Los cambios surgidos como consecuencia de la proulgacion de la constitucion de 1999, obliga no solo a los jueces, sino a los profesionales del derecho, como auxiliares del sistema de justicia, a revisar las diversas institciones interadoras del ordenamiento juridico y colocarlas en consonancia con la Carta Magna. Entre estas institciones se encuentra la conciliacion, que como alternativa de resolucion de conflictos en forma pacifica, que junto al arbitraje y a la maediacion, adquirieron rango constitucional.[735]

Además, sumándose a las anteriores disposiciones, se encuentra vigente en la legislación venezolana, lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 255 al 262, ambos inclusive, relativas a la transacción y a la conciliación y el articulo 800 *eiusdem* que se refiere a la conciliación de acreedores discordes, así como las disposiciones del Código de Comercio referentes a la Conciliación, que *infra* se indicaran.

En base a lo cual, ante los conflictos presentados entre las partes suscriptoras de un contrato parasocial, estas podrán acudir a la justicia alternativa para la resolución de sus conflictos, pudiendo hacerlo a través de los siguientes medios:

4.2.4.1. El Arbitraje:

Señala Brett S. (2.009), que:

> El arbitraje es uno de los medios de resolución de conflictos promovidos por la constitución, en el que las partes de común

[735] BRETT, Sandra (2009). *La Conciliación como Alternativa de Resolución de Conflictos en Forma Pacífica*. Trabajo Especial de Grado, presentado como Requisito Parcial para Optar al Título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 27 de Junio de 2.020. Disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR7612.pdf p.VIII.

> acuerdo delegan en uno o varios terceros, denominados árbitros, la resolución definitiva de una controversia sobre la cual tienen capacidad de disposición. Para Henríquez (2000, 37) ‘‘el arbitraje es una institución jurídica compuesta. Está integrada por el acuerdo de arbitraje y por el proceso arbitral. Estos dos elementos se confunden en una única realidad jurídica, que haya preponderancia de uno sobre el otro’’.
>
> El arbitraje al igual que los otros medios de resolución de disputas, tienen su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, que permite sustraer determinadas controversias al conocimiento y decisión de la potestad jurisdiccional, siempre y cuando no estén interesados el orden público y las buenas costumbres.[736]

En Venezuela, el arbitraje se rige por la Ley de Arbitraje Comercial[737] y por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, establecidas en sus artículos 608 al 629, ambos inclusive, relativos al Procedimiento Especial Contencioso de Arbitramento; así las cosas, establece el mencionado Código, que las controversias surgidas entre determinadas partes, pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio que las deba conocer o que las esté conociendo, siempre que dichas controversias versen sobre materias en las que pueda haber transacción[738].

En este sentido, establece la normativa adjetiva venezolana, que si el conflicto estuviere ya en juicio, el «compromiso arbitral» se formalizará en el expediente de la causa, caso contrario las partes establecerán dicho compromiso por instrumento auténtico, siendo necesario en ambos casos que las partes expresen las cuestiones que cada uno quiera someter al arbitramento, el número e identificación de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento, para lo cual, la aceptación de los árbitros y la constitución del

[736] *Ibidem*. p.34.
[737] LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL, Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.430, en fecha 07 de Abril de 1998.
[738] Código de Procedimiento Civil, Artículo 608.

Tribunal Arbitral se hará ante el Juez que venía conociendo de la causa o que debía conocer de la misma, si no se hubiere sometido a arbitramiento.[739]

En relación a lo cual, la Ley de Arbitraje Comercial, señala que:

> El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato [clausula compromisoria], o en un acuerdo independiente [compromiso arbitral].
>
> En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. [Así]. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.[740]

En todo caso, de acuerdo con la normativa señalada, el arbitraje puede ser institucional o independiente, en virtud de si se somete la controversia a un centro especializado en arbitramiento[741] o si se elige como árbitro a un tercero independiente, donde los árbitros podrán ser de derecho o de equidad (arbitradores), pues en acuerdo con la referida Ley:

> Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. [Mientras que] Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al

[739] Código de Procedimiento Civil.
[740] Ley de Arbitraje Comercial, Artículo 5.
[741] Pues el arbitraje institucional, en acuerdo con los Artículos 2 y 11 de la Ley de Arbitraje Comercial, es el que se realiza a través de los Centros de Arbitraje, que en virtud de dicha Ley, podrán ser: las cámaras de comercio, las asociaciones de comerciantes, las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, las cuales podrán organizar sus propios centros de arbitraje, que se deberán regir por los reglamentos de arbitraje comercial que cada uno de ellos emita al efecto. Como es el caso del «Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)» el cual como asociación civil sin fines de lucro, fundada en Venezuela el año 1999, se dedica a promover la conciliación y el arbitraje como métodos alternativos para la solución económica y efectiva de controversias comerciales, en el marco del ordenamiento jurídico nacional e internacional. *Vid*. https://cedca.org.ve/nosotros/

> interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. [En donde] Si no hubiere indicación de las partes sobre al carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho. [En todo caso] Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles.[742]

En acuerdo con la citada Ley, el arbitraje se deberá seguir por un proceso arbitral[743], a través de la formación o constitución de un Tribunal Arbitral, el cual funcionará por el tiempo fijado por las partes en el acuerdo respectivo, en razón de lo cual, si éstas no señalan el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses contados a partir de la constitución del tribunal, prorrogables de ser necesario, de oficio o a solicitud de parte; en este proceso, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio, para lo cual éste o cualquiera de las partes, podrán pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten.[744]

Así, en dicho proceso, el Tribunal Arbitral deberá realizar las audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes, y deberá decidir si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si por el contrario las actuaciones se deberán sustanciar solo sobre la base de documentos y demás pruebas presentadas; mientras que en el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias y los árbitros deberán resolver sobre impedimentos y recusaciones, tacha de testigos y objeciones a dictámenes periciales, así como cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse, pero las

[742] Ley de Arbitraje Comercial, Artículo 8.
[743] *Vid*. Ley de Arbitraje Comercial, Capítulo IV: Del Proceso Arbitral.
[744] Ley de Arbitraje Comercial, Artículos 19, 22, 26 y 28.

disputas que se puedan presentar de cualquier procedimiento de tacha no impide la continuación del procedimiento arbitral.[745]

En lo demás, el procedimiento arbitral debe culminar con un Laudo, que debe ser notificado a cada una de las partes, el cual debe ser dictado por escrito y firmado por el árbitro o los árbitros miembros del Tribunal Arbitral; este deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido lo contrario, y deberá constar en él la fecha en que fuere dictado y el lugar del arbitraje. En todo caso, el Laudo Arbitral será de obligatorio cumplimiento, y contra éste únicamente procederá recurso de nulidad si se incurre en alguno de los supuestos establecidos al efectos por la Ley de Arbitraje Comercial.[746]

En este sentido, el arbitraje es un mecanismo benéfico a la economía procesal, alterno a la jurisdicción ordinaria, cuyo resultado se resume en una decisión de obligatorio cumplimiento para las partes intervinientes, pues el Laudo Arbitral, posee fuerza ejecutiva y debe ser acatado en igual medida que las sentencias judiciales.

Así las cosas, para resolver mediante arbitraje los eventuales conflictos presentados por la ejecución de un contrato parasocial, las partes podrán establecerlo previamente en el mismo contrato, a través de una cláusula compromisoria, en el que los suscriptores pacten a través de la misma el deber de someter las eventuales controversias surgidas en la ejecución de las prestaciones extraestatutarias, a un procedimiento arbitral, ya sea institucional o independiente, o a través de un compromiso arbitral independiente al contrato parasocial, celebrado una vez que se presente dicho conflicto; debiéndose entender por los sujetos parte, en cualquiera de los dos casos, que las resultas de dicho procedimiento serán de obligatorio

[745] Ley de Arbitraje Comercial, Artículo 27.
[746] Ley de Arbitraje Comercial, Artículos 29, 30, 31, 43 y 44.

cumplimiento y que en todas sus fases se deberán aplicar las disposiciones legales vigentes en la materia de arbitramiento.

Siendo el arbitraje un mecanismo expedito, favorable a las diputas en materia comercial, las cuales demandan ser resueltas con prontitud, en este sentido, como señala Brett S. (2.009):

> A nivel internacional en la actualidad, el arbitraje se ha convertido en el principal método de resolución de controversias alrededor del mundo, en virtud de lo cual los países en su gran mayoría han promulgado la Ley de Arbitraje Internacional como parte de su sistema legal o han ratificado la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, como el caso de Venezuela.[747]

4.2.4.2. La Conciliación:

De acuerdo con Brett S. (2.009):

> La conciliación configura un acto, un procedimiento y un posible acuerdo. Como acto representa el cambio de los diferentes puntos de vista de las propuestas de las partes, las pretenciones contrapuestas. Como procedimiento comprende el conjunto de tramites y formalidades convencionales y legales para lograr concidencia entre las partes en conflicto y como acuerdo representa la forma de arreglo concertado entre estas.[748]

En este sentido Amado (2.005), define este mecanismo de solucion alterna como el:

> Procedimiento para la solucion directa y amistosa de las diferencias que puedan surgir de un determinado conflicto, mediante el cual las partes en controversia, con la colaboración de un tercero conciliador, ponen fin al conflicto celebrando un acuerdo. (*Apud*. Brett S. (2.009).).[749]

En todo caso, siguiendo a Brett S. (2.009), la conciliación podrá ser judicial o extrajudicial, en virtud de si el proceso conciliatorio es impuesto como fase

[747] BRETT, Sandra. *Op. Cit*. p.37.
[748] *Ibidem*. p.4.
[749] *Ibidem*. p.4.

previa ante audiencia de juicio en proceso judicial, o de si las partes hacen uso de este medio en forma privada; debiéndose tener presente igualmente que en ambas formas, el proceso conciliatorio se debe regir por los principios de equidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, empoderamiento o simetria de poder, veracidad, buena fe, celeridad y ecónomia procesal; resaltandose de entre éstos, el principio de confidencialidad, pues solo en aplicación de éste las partes tendrán la seguridad de ofrecer toda la informacion necesaria para que el conciliador pueda guiar adecuadamente el proceso, recordándose en todo caso, que bajo el amparo de la confidencialidad no se podrán resguardar hechos ílicitos o que atenten contra la seguridad de las personas.[750]

Por otra parte, continuando con Brett S. (2.009), la conciliación se caracteriza por la voluntariedad, la comunicación, la flexibilidad, por supuesto por la intervencion de un tercero conciliador y por la suscripcion del acuerdo satisfactorio para ambas partes; siendo que en ultima instancia este acuerdo de conciliación posee un carácter similar al de un contrato, pues aunque en su naturaleza jurídica, la conciliación sea una institucion del derecho procesal, solo se debe llegar a ésta por la libre voluntad de las partes, lo que traduce que en determinados casos, el acuerdo conciliatorio requiere homologación judicial.[751]

Mientras que en relación a la conciliación en la legislación mercantil venezolana, apunta Brett S. (2.009) que:

> El Código de Comercio al regular el procedimiento mercantil prevé la figura de la conciliación al establecer en su artículo 1.104 lo siguiente: ‘‘El juez podrá acordar aun de oficio la comparecencia personal de las partes para promover su conciliación…’’. Esta norma pone de manifiesto que desde 1955, la figura de la

[750] *Ibidem*.
[751] *Ibidem*.

> conciliación ha estado presente en los procedimientos contenidos en el ordenamiento jurídico venezolano…
>
> Igualmente el Código de Comercio contiene procedimientos especiales en los que plantea la conciliación de las partes en conflicto. Estos procedimientos son La Prenda y La Quiebra.[752]

En base a todo lo cual, el mecanismo o medio alternativo de resolución de conflictos relativo a la conciliación, perfectamente podrá ser empleada por las partes suscriptoras de un contrato parasocial, en cuyo orden, al igual que como se señaló en el mecanismo del arbitraje, en Venezuela las partes podrán acudir a un centro especializado que brinde de manera privada reuniones conciliatorias.

4.2.4.3. La Mediación:

En acuerdo con Brett S. (2.009):

> La mediación es un medio de solución de conflictos no adjudicativo, donde las partes involucradas en una controversia confían la posibilidad de resolverla a un tercero. Para Hoet-Linares (2005,64), ‘‘la mediación es un sistema de negociación asistida, en el que un tercero imparcial y neutro, el mediador, tiene el papel de facilitar la negociación entre las partes’’, es decir el mediador asiste a las partes y busca que cada uno determine su propio interés y entienda el de la otra parte, logrando un basamento racional de posiciones, para producirlas e intercambiarlas en el desarrollo del procedimiento.[753]

Por lo cual, la mediación guarda similitudes con la conciliación, siendo la principal diferencia entre ambas figuras, el rol del mediador y del conciliador, puesto que el primero solo buscará moderar los encuentros o negociaciones entre las partes; así, como señala Brett S. (2009), las principales diferencias entre estas figuras son:

---

[752] *Ibidem*. pp.21-22.
[753] *Ibidem*. p.30.

> 1.- En la conciliación, el conciliador no solo facilita la comunicación entre las partes en conflicto, sino que puede evaluar situaciones, exponer opiniones y proponer soluciones para lograr el acuerdo conciliatorio. En la mediación, el mediador solo facilita la comunicación sin proponer posibles formas de solución.
>
> 2.- En la conciliación, el conciliador tiene un papel protagónico; en la mediación el protagonismo lo ejercen las partes que acuden al procedimiento de mediación.[754]

En este sentido, la mediación es más propicia para conflictos moderados en los que las controversias no hayan avanzado significativamente y en las cuales las partes modestamente establezcan una solución por sí mismas, con la expectación del mediador escogido al efecto, siendo así factible incluir en las cláusulas de los contratos parasociales que en primera instancia, las controversias que puedan surgir en la ejecución de las cláusulas extraestatutarias se sometan a mediación ante el tercero por ellas elegido.

[754] *Ibidem*. pp.33-34.

CONCLUSIONES

El tema de los contratos parasociales, sin duda, es un tema controvertido, pues al presentarse como una forma negocial paralela a la reglamentación interna de las sociedades mercantiles, nacen en torno a éstos la discusión acerca de su validez jurídica, pues a lo largo de la historia se han ido incorporando a los ordenamientos jurídicos como formas contractuales atípicas, que encuentran su base legal en la vigencia del Principio de la Autonomía de la Voluntad, que a su vez enmarca la Libertad de Contratación y la Libertad Contractual de todo sujeto de derecho, principios validos en el entorno contractual mercantilista, que junto a la Libertad Económica, sientan los fundamentos de Derecho de estos contratos en la dinámica empresarial moderna; por ello, aunque sus orígenes se ubican en Francia, éstos desde su nacimiento hasta la actualidad, se han ido extendiendo a diversos órdenes jurídicos de manera gradual.

Siendo esto así, los contratos parasociales constituyen hoy día, un avance para el Derecho Societario de cualquier país, pues tienen la particularidad de llenar los vacíos o lagunas que se pueden presentan, tanto en el contrato de sociedad como en los estatutos sociales o incluso en la normativa mercantil, convirtiéndose en una herramienta jurídica útil en los diversos tipos de entidades comerciales (sociales o unipersonales), pues se presentan como un negocio innovador que pueden suscribir socios o accionistas entre sí, socios o accionistas con la propia entidad comercial o entres socios o accionistas, en su condición de tal, con terceros no asociados a la empresa, que posean algún interés legítimo en las transacciones internas de la misma; potenciándose en todos ellos, el desarrollo empresarial y resguardándose diversidad de derechos e intereses vigentes en el entorno societario.

Siendo esto así, en razón de que los contratos parasociales podrán tener un contenido diverso, de índole económico, societario, político - corporativo o disciplinario; pues podrán abocarse a la regulación de las relaciones entre los socios o accionistas dentro de la compañía – como lo son, los contratos parasociales de relación – figurando entre estos, los pactos de no agresión, pactos de confidencialidad, pactos *tag-along*, pactos *drag-along*, pactos en *startups*, pactos de *vesting*, pactos de *lock up*, pactos de *good leaver* o *bad leaver*, pactos con *crowdfunding*, entre muchos más, podrán también tener como objeto la organización del control y funcionamiento de la sociedad mercantil – siendo éstos, contratos parasociales de organización – entre los que destacan los sindicatos de voto o de acciones, los sindicatos de administración, los pactos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*, los protocolos familiares y los pactos sobre quórums especiales o mayorías reforzadas.

Así también, podrá negociarse a través de estos contratos, beneficios para la sociedad – siendo entonces, contratos parasociales de atribución – destacándose entre otros, los pactos sobre aportaciones suplementarias o de financiamiento de parte de los socios o accionistas, los pactos sobre exclusividad de productos y los pactos de adquisición preferente.

Lo cual, hace innegable la utilidad práctica de estos contratos en cualquiera de las etapas operativas de las sociedades mercantiles, desde las fases previas a su constitución formal – pactos de socios futuros – hasta sus últimas fases de expansión comercial, pues en fase semilla, estos contratos se pueden centrar en los aportes que los socios fundadores entregarán al proyecto empresarial, en etapa temprana, pueden asegurar los compromisos adquiridos dentro de la sociedad mercantil ya constituida, en etapa de crecimiento, podrán posicionar la empresa en el mercado y buscar una empresa más competitiva, en etapa de expansión, podrán extender la

empresa a varios mercados y en última instancia, podrán estos contratos gestionar la salida de la empresa al mercado de valores, caracterizándose los contratos parasociales en todas estas etapas, por imponer obligaciones adicionales a las establecidas en el contrato de sociedad y estatutos sociales, para ampliar el margen reglamentario de la empresa en pro de su desarrollo económico, asegurando a su vez, la protección de los derechos e intereses de sus socios o accionistas.

Razones estas, que llevaron a Colombia y a España, a reconocer y aceptar la celebración de los contratos parasociales en el interior de las entidades comerciales tipificadas en ambos ordenamientos jurídicos, que aunque aún presentan vacíos legales importantes, han logrado sentar diversos precedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales, igualmente importantes.

Así, en Colombia el tema de los contratos parasociales o «acuerdos de accionistas» como se denominan en este país, actualmente poseen un buen reconocimiento normativo y jurisprudencial, pues en primer lugar, Colombia regula de manera expresa la celebración y efectos de los contratos parasociales en las sociedades anónimas, visto así en la Ley 222 de 1.995, en la Ley 964 de 2.005 y en la Ley 1258 de 2.008 (todas vigentes), de cuyos textos se verifica la regulación en la celebración y efectos de los contratos parasociales celebrados en las sociedades anónimas de capital cerrado (Ley 222) y en las sociedades anónimas inscritas en el mercado de valores (Ley 964) estableciendo estas normativas, el reconocimiento de los sindicatos de voto entre socios que no sean administradores de la compañía, siempre que cumplan con las formalidades de escritura y deposito ante las oficinas administrativas de la sociedad, a través de la entrega de un ejemplar del acuerdo al representante legal de la sociedad, así como, en las sociedades

anónimas inscritas, el deber de su publicación ante el Registro Mercantil correspondiente y ante el Registro Nacional de Valores y Emisores.

Así como, la celebración y efectos de los contratos parasociales en las sociedades por acciones simplificadas (Ley 1258), reconociéndose para éstas, no solo la celebración de los sindicatos de voto, sino la suscripción de acuerdos de accionistas sobre «cualquier asunto licito», y sin limitación para los accionistas que a su vez sean administradores de este tipo de compañías, conservándose el deber de escritura y el deber de depósito de estos contratos, ante las oficinas administrativas de la sociedad mercantil.

Y en segundo lugar, la Superintendencia de Sociedades de Colombia, como órgano rector de las entidades comerciales de este país, ha dictaminado viable la celebración de los contratos parasociales en sociedades distintas de la anónima, a pesar de la falta de regulación expresa en estas otras sociedades, ello en aplicación de los preceptos generales establecidos en el Código de Comercio colombiano para suplir el silencio de la Ley, siendo criterio reiterado de esta instancia, la aplicación de los principios de analogía jurídica en conjunto con la aplicación de los preceptos contractuales generales, como es, el ejercicio del principio obligacional de la Autonomía Privada – dentro de sus límites respectivos – y las reglas generales del Derecho común, entre éstas, las relativas a los usos del comercio; haciéndose así en este país, extensiva la regulación de los acuerdos de accionistas, que en principio solo se estableció para las sociedades anónimas, a las demás formas societarias de Colombia, como lo son, las sociedades comerciales y las empresas unipersonales.

De lo cual, en Colombia para las sociedades de responsabilidad limitada, aplica la remisión legal establecida en el artículo 372 del Código de Comercio, que dispone la aplicación de las normas de sociedad anónima en

lo no previsto para la sociedad de responsabilidad limitada, y en los demás tipos societarios, el articulo 1 *eiusdem* y el artículo 8 de la Ley 153 de 1.887, que establecen el principio de analogía, así como la remisión legal a la normativa obligacional establecida en el artículo 822 del Código de Comercio colombiano.

Observándose así el amplio reconocimiento que poseen los contratos parasociales en Colombia, corroborándose esto a través de la solución de diversos casos llevados a instancia judicial e institucional, entre los que destacan, el Caso Vermont y el Caso Santana Fruits, que sentaron precedentes importantes en este ordenamiento jurídico, pues se reconoció a través de los mismos, la validez de los acuerdos de accionistas en el seno societario y se procuró asimismo, en la resolución de estos casos, el resguardo los derechos e intereses de los accionistas suscriptores, pues estableció la Superintendencia de Sociedades de Colombia en dichos procesos, que de no existir causa de nulidad o anulabilidad, los acuerdos de accionista son de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes, y que al cumplir los extremos legales de publicidad, los mismos también serán plenamente oponibles a la entidad comercial en la que se celebren, pudiendo accionar las partes suscriptoras, las prerrogativas societarias a que hubiera lugar.

Mientras que en España, aunque la regulación normativa de los contratos extraestatutarios o «pactos parasociales» somo se conocen en este país, ha sido más cautelosa, con una trayectoria legal marcada por disposiciones prohibitivas, hoy día, es un asunto con un tratamiento jurisprudencial importante, cuyos preceptos han logrado colmar los vacíos legales en relación al tema, pues aunque normativamente solo se encuentra regulación expresa para los contratos parasociales celebrados en las sociedades anónimas cotizadas (Ley de Sociedades de Capital de 2.010 y Ley del

Mercado de Valores de 2.015), éstos son una realidad práctica aceptada en los diversos tipos societarios de este país.

Así, en España es válida la celebración de pactos parasociales en las sociedades anónimas cotizadas, siempre que éstos tengan por objeto la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales de la sociedad, o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en dichas sociedades, o pactos que con el mismo objeto, se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por estas entidades, imponiendo esta Ley, como requisito *sine qua nom* para que dichos pactos produzcan efectos jurídicos, la publicación del contrato parasocial como hecho relevante, ante la propia sociedad mercantil, ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores y ante el Registro Mercantil en el que la sociedad este inscrita; estableciéndose además ciertas pautas en relación a los pactos parasociales cuyo contenido se involucre con la operatividad por parte de las sociedades anónimas cotizadas en los Mercados Secundarios Oficiales de Valores.

Debiéndose entonces aplicar para la celebración de pactos parasociales en los demás tipos societarios de este país, las disposiciones referidas a los contratos y obligaciones mercantiles en general, establecidas en el Código de Comercio y Código Civil, en aplicación de la remisión legal establecida en el artículo 50 del Código de Comercio español, y los criterios jurisprudenciales pronunciados al efectos, emitidos a través de los diversos casos sometidos a la instancia administrativa y judicial, destacándose algunos casos emblemáticos, como lo son el Caso Munaka, el Caso Keops, el Caso Hotel Atlantis Playa y las sentencias relativas al Grupo Konrad, de cuyos dictámenes y fundamentos de Derecho, se observa el reconocimiento en España de los pactos parasociales como verdaderos contratos, con plena fuerza obligatoria entre las partes que los suscriben, el reconocimiento de la

aplicación del principio de la buena fe y la interdicción del abuso del derecho en la celebración y ejecución de los mismos y la aplicación de doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica de ser necesario, así como los supuestos excepcionales para la oponibilidad de dichos contratos ante la sociedad mercantil.

Pudiéndose afirmar que a pesar de que la trayectoria normativa de España, ha sido recelosa en la aceptación de los pactos entre socios celebrados al margen del estatuto social, son actualmente una realidad en el seno empresarial de este país, en razón de la aplicación de los diversos dictámenes judiciales y administrativos que validan estos contratos en España, en apoyo de los preceptos contractuales generales establecidos en la normativa mercantil y civil de este ordenamiento jurídico, aplicables a los contratos parasociales por remisión legal; correspondiendo así en este país, el mérito a la jurisprudencia española, pues son los Tribunales españoles los que se han ocupado de regular este asunto, subsanando a través de sus criterios, los vacíos legales que en relación al tema, presentan esta legislación.

De lo cual, la base legal aplicable en materia de contratos parasociales en España, en aplicación de los preceptos de analogía establecidos en el artículo 2 del Código de Comercio y en aplicación de la remisión legal del artículo 50 *eiusdem*, son las normas generales de contratación, entre éstas la Libertad Contractual consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil de este país, cuya validez jurídica ira determinada por la interpretación *lato sensu* del artículo 119 III del Código de Comercio y del artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital, cuya interpretación jurisprudencial, establece que en España no hay prohibición expresa para la celebración de los contratos parasociales, sino una limitación de oponibilidad de los mismos ante la

sociedad mercantil – si se mantienen reservados entre los socios – por ser en dichos casos, la sociedad, un tercero en la relación jurídica.

Configurándose entonces en España, como principal fundamento de Derecho para la celebración de los contratos parasociales, los principios de la Autonomía de la Voluntad y la Libertad Contractual establecidos en el Derecho común.

Aspectos estos, que sin duda pueden orientar la regulación de los contratos parasociales en el ordenamiento jurídico venezolano – en el que los mismos, poseen un carácter completamente atípico – pues de los sistemas jurídicos estudiados se observan aportes relevantes; en este sentido, al querer incorporarse la figura jurídica del contrato extraestatutario en el Derecho Societario de Venezuela, éste debe nutrirse de la experiencia jurídica extranjera, para así sentar bases sólidas en la incorporación de esta figura contractual en el ordenamiento jurídico nacional.

Así, en primer término, no se debe ignorar las dificultades que se pueden presentar – para las partes contratantes y para terceros – en aquellos casos en que se celebre el contrato parasocial y éste no sea debidamente comunicado a la sociedad mercantil en la que se ha suscrito el mismo, pues de la experiencia normativa y jurisprudencial de Colombia y España, se observa que el carácter reservado u oculto del contrato parasocial, es uno de los principales frenos a la eficacia societaria del mismo, pues se limita así, la oponibilidad del contrato parasocial frente a la sociedad mercantil.

Así mismo, no se deberá olvidar que el contrato parasocial, no deberá contrariar los preceptos imperativos fijados por el orden normativo para cada tipo social, es decir, no podrá el contrato parasocial desconocer o desnaturalizar las instituciones societarias típicas preexistentes, siendo en

todo caso, que el contrato extraestatutario debe es ampliar el margen reglamentario de la sociedad mercantil, sin sobrepasar los límites legales.

De lo cual, ante la total falta de regulación normativa de los contratos parasociales en el sistema jurídico venezolano, una de las formas de empezar a incorporar su regulación en el entorno societario de Venezuela, teniendo en cuenta los aspectos *supra* mencionados, será a través de su «regulación estatutaria», en apego de la normativa mercantilista venezolana, que fija como principal fuente de regulación interna de las sociedades mercantiles, la «Voluntad Social».

En cuyo orden, se podrá reconocer en el entorno societario venezolano, la válida celebración de contratos parasociales, recordando en todo momento, que en razón de su naturaleza contractual, estos contratos solo deberán tener como límite, las disposiciones normativas de orden público – las disposiciones societarias imperativas – la moral y las buenas costumbres, siendo que serán contratos válidos, a pesar de su carácter atípico, siempre que las partes contratantes obren con plena capacidad, que manifiesten libremente su consentimiento, que pacten sobre objeto valido y que haya una causa licita en dicha negociación.

En razón de lo cual, como también enseña la experiencia normativa extranjera, el contrato parasocial deberá ceñirse a la normativa obligacional, que encuadra la Teoría General de los Contratos, pues dichas disposiciones enmarcan la validez jurídica de todo contrato, incluidos los mercantiles, a cuyo efecto también se abocaran las disposiciones normativas referidas a las obligaciones mercantiles, pues indudablemente el contrato parasocial impone prestaciones comerciales, propias del mundo empresarial.

De donde, ante el incumplimiento contractual de las obligaciones parasocietarias, la jurisprudencia de Colombia y España, han aplicado los mecanismos de cumplimiento propios del Derecho Civil – vía remisión legal – cuando dicho incumplimiento proviene de las partes contratantes sin participación de la sociedad mercantil, y ante la verificación de oponibilidad ante el ente social, se ha permitido en estos ordenes jurídicos, la impugnación de acuerdos sociales que desconozcan o contravengan los contratos parasociales, que han sido debidamente depositados o comunicados a la instancia social.

Siendo entonces necesario, al incorporar la regulación estatutaria de los contratos parasociales en las sociedades mercantiles venezolanas, adicionarlos de tal forma, que puedan ostentar oponibilidad societaria, para que llegado el caso, pueda compelerse a la Asamblea de Accionistas a no desconocer ni contravenir los contratos extraestatutarios válidos, que han sido debidamente depositados ante la sociedad mercantil.

No quedando duda, como ha enseñado la experiencia extranjera analizada en este trabajo, que serán plenamente válida la aplicación de los mecanismos o *enforcement* del Derecho Obligacional, tales como la acción de cumplimiento forzoso – *in natura* o por equivalente – la acción de indemnización de daños y perjuicios o en todo caso, la resolución del contrato, donde además cobra vital importancia, el uso que se podrá hacer de los medios de garantía contractual, tales como el contrato de seguro, el contrato de prenda sobre acciones, las cláusulas penales o el uso de cualquier otro mecanismo establecido convencionalmente, como sería el establecimiento de *put* o *call options*; siendo en todo caso, que ante las eventuales controversias nacidas con ocasión a la ejecución del contrato parasocial, será viable el uso de Mecanismos Alternativos de Resolución de

Conflictos (MARC), como el arbitraje, la conciliación o la mediación, que gozan en el orden jurídico patrio, de plena constitucionalidad.

Siendo así, que en los sistemas estudiados ha habido preocupación por ampliar la eficacia de los contratos parasociales, lográndose ello, con la aplicación de los mecanismos societarios – impugnación de acuerdos sociales – y de los mecanismos de cumplimiento de las obligaciones dados por el Derecho Civil, pues de se ha comprendido en dichos sistemas, la importancia empresarial de los contratos extraestatutarios; en razón de que como se ha dicho reiteradamente, son mecanismos jurídicos que mejoran el funcionamiento y operatividad de la sociedades mercantiles, brindando seguridad y confianza (pilares fundamentales en toda relación societaria) a los socios y a la sociedad misma, (aunque no sea parte contratante), ampliando la reglamentación interna de las compañías y llenando los vacíos presentes en los estatutos sociales o en Ley mercantil.

Siendo necesario entonces, que el ordenamiento jurídico de Venezuela reconozca y valide la celebración de contratos parasociales, pudiendo ocurrir esto, a través de su incorporación paulatina en la reglamentación interna de las compañías venezolanas, debiéndose para ello, superar los límites institucionales impuestos por los Registros Mercantiles que en apego exclusivo a la Ley – como es normal – olvidan las facultades o potestades que la misma Ley, confiere a los sujetos de derecho para la autorregulación de la gestión empresarial, siendo entonces primordial apostar por la defensa integral de la «Voluntad Social».

RECOMENDACIONES

En razón de la importancia que poseen los contratos parasociales en la práctica corporativa, y visto que son herramientas jurídicas idóneas para la regulación convencional de diversos asuntos empresariales, se recomienda adaptar en la práctica societaria de Venezuela, la experiencia jurídica extranjera en esta materia, para lograr así, el establecimiento de bases sólidas en torno a la regulación de estos contratos en el ordenamiento jurídico venezolano; para la cual, se sugiere a nivel académico e institucional:

- Potenciar el conocimiento sobre los contratos extraestatutarios, con el fin de adicionar su uso en la actividad societaria de Venezuela.
- Fomentar la protección de la Voluntad Societaria, acentuando su valor jurídico.
- Incentivar la adaptación de modelos parasocietarios extranjeros, que favorezcan al desarrollo empresarial de las sociedades mercantiles de Venezuela.
- Estimular – dentro de los límites legales – el dinamismo comercial, a través del apoyo de ideas innovadoras.
- Impulsar el desarrollo del Derecho Societario de Venezuela, con el fin de adaptarlo a la realidad de la actividad empresarial moderna.
- Promover – dentro de los términos normativos – la contratación privada, como principal fuente de autogestión empresarial.

REFERENCIAS

REFERENCIAS ACADÉMICAS Y DOCTRINARIAS

AMORÍN, Marcelo. (S/F). Convenios de Sindicación en las Sociedades Comerciales. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Ciudad de Montevideo, Uruguay. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 04 de octubre de 2.019. Disponible en: http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Amorin-Pisa-Convenios-de-sindicacion-en-las-sociedades-comerciales.pdf

ANTOGNOLLI, Santiago. E. (2012) ¿Qué es el Protocolo Familiar? [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 15 de julio de 2.019. Disponible en: https://degerencia.com/articulo/que-es-el-protocolo-familiar/

ARIZA, Juan C. (2002). *La Regulación del Derecho de Voto de los Accionistas en la Sociedad Anónima*. Trabajo de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2.019. Disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ2496.pdf

AVILEZ, Noelia. (S/F). Las Sociedades Mercantiles en Venezuela. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2.019. Disponible en: https://www.monografias.com/trabajos94/sociedades-mercantiles-venezuela/sociedades-mercantiles-venezuela2.shtml

BARBOSA, E. S. (1998) *Derecho Mercantil, Manual Teórico Práctico*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Quinta Edición D'vinni Editorial Ltda. Caracas, Venezuela.

BERMÚDEZ José R. y MARTÍNEZ Claudia M. (2012). Usos y Costumbres: más allá del Arbitraje y la Lex Mercatoria. En: Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morlés Hernández. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteavila, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, Vol. I, Temas Generales de Derecho Mercantil, pp. 285-337. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 19 de julio de 2020. Disponible en: https://ve.ontier.net/ia/bermudez-y-madrid-martinez-usos-mercantiles.pdft

BONMATÍ, Julio. (2011). Los Pactos Parasociales. Artículo de *AECE*. Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 09 de febrero de 2019. Disponible en: file:///C:/Users/PC03/Pictures/Dialnet-LosPactosProfesionales-3816229.pdf

BRETT, Sandra (2009). *La Conciliación como Alternativa de Resolución de Conflictos en Forma Pacífica*. Trabajo Especial de Grado, presentado como Requisito Parcial para Optar al Título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 27 de Junio de 2.020. Disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR7612.pdf

CABANA, María A. (2017). De los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia: Acerca de su Alcance y Desarrollo para su Implementación en los Municipios de Post-Conflicto. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 14 de Junio de 2020. Disponible en: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14606/1/DE%20LOS%20MECANISMOS%20ALTERNATIVOS%20DE%20SOLUCION%20DE%20CONFLICTOS%20EN%20COLOMBIA%20%281%29.pdf

CALVO, José A. (2015). Lo que gana una aceleradora con tu idea de negocios y lo que ganaras tú. *El País Economía*, *Sección Emprendedores*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.google.com/amp/s/cincodias.elpais.com/cincodias/2015/03/20/emprendedores/1426854293_958623.amp.html

CAMACHO, María E. (2005). Régimen Jurídico Aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia Colombiana. *Revista e – Mercatoria*, Volumen 4, Número 1. Colombia. [Revista en línea]. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625884.pdf

CAMARGO, Magda L. (2017) Los Pactos de Socios en el Derecho Colombiano. Vniversitas. Nº 135: 19-52. Artículo de investigación para la preparación de la tesis de magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 13 de Abril de 2.019. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/18926

CODEGLIA, Ana. (2019) ¿Qué es una startup? Todo lo que necesitas saber sobre el tema. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019. Disponible en: https://blog.hotmart.com/es/que-es-una-startup/

DELOITTE. (2012). Los Derechos de Drag y Tag Along. *Boletín Gobierno Corporativo*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2019. Disponible en: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/derechos-drag-tag-along.pdf

DÍAZ, Yaremy. (S/F). El Contrato como acto jurídico. Definición y estructura. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 12 de Julio de 2.019. Disponible en: https://www.monografias.com/trabajos96/contrato-como-acto-juridico-definicion-y-estructura/contrato-como-acto-juridico-definicion-y-estructura.shtml

DOMÍNGUEZ, María C. (2017). *Curso de Derecho Civil III, Obligaciones*. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A. Caracas, Venezuela. [Libro en línea]. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2019. Disponible en: http://andromeda.unimet.edu.ve/anexos/libroe/texto/Dominguez_Derecho.pdf

DST Finanzas Emprendedores CTP, Volumen 2. (2010). [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2.019. Disponible en: https://www.academia.edu/37362471/Finanazas_para_emprendedores

DUARTE, Nazly. (2.016). Regulación y discusiones sobre la amigable composición en Colombia. Blog de Derecho: de los Negocios. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2020. Disponible en: https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/regulacion-y-discusiones-de-la-amigable-composicion-en-colombia/#_ftn1

FELIU, Jorge. (2012). Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas. *Marcial Pons*. (pp. 7-12). [Trabajo en línea]. Fecha de Consulta: 20 de febrero de 2.019. Disponible en: https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689892.pdf

GARAY, Juan y GARAY, Miren. (2012). *Código de Comercio Comentado.* Editorial Corporación AGR, S.C. Reedición Febrero 2.012. Caracas, Venezuela.

GARCIA, Gonzalo. (2018). Derecho de adquisición preferente y activación del derecho de arrastre (Drag Along). *CYSAE*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.cysae.com/derecho-de-adquisicion-prefere/

GUERRERO, Carlos. (2019) Cómo redactar una cláusula Lock-up en un pacto de socios. *Emprenderalia Magazine*, *Sección "Creación de Empresas"*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.emprenderalia.com/como-redactar-una-clausula-lock-up-en-un-pacto-de-socios/

HENAO, Lina. (2013). Los Pactos Parasociales. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Nº 25. [Artículo en línea]. Fecha de consulta:

20 de febrero de 2.019. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a08.pdf

HERNÁNDEZ, Katiuska y GUERRA, Danay. (2012). El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus Límites y Limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, Nº 6*. Universidad de Cienfuegos, Cuba. [Revista en línea]. Fecha de consulta: 02 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf

HIGUERA, Carlos D. y MONTEALEGRE, Laura S. (2018). Eficacia de los Pactos Parasociales dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano para suplir a los Riesgos de la Actividad Societaria. Monografía para optar por el título de abogado. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. [Monografía en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2019. Disponible en: https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17662/HigueraVillalbaCarlosDavid%20y%20MontealegreTovarLauraSofia%202018.pdf;jsessionid=8871C707AD1528601C04B72E821E45FE?sequence=3

KEPLER. (2018). Resolución del Contrato. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de Junio de 2.020. Disponible en: https://es.m.wikiversity.org/wiki/La_acción_resolutoria

MADURO, E. (1993). *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Octava Edición, Editorial Texto C.A. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

MALAVÉ, Luis. (2015). Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Venezuela con referencia a la Legislación Comparada. Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Derecho Penal. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 27 de Junio de 2.020. Disponible en:http://mriuc.bc.uc.edu.ve/bitstream/handle/123456789/1797/lmalave.pdf?sequence=1

MANCÍA, Pablo. (2019) Tipos de Pactos de Socios. *Delvy, Law & Finance*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019. Disponible en: https://delvy.es/tipos-de-pactos-socios/

MÁRQUEZ. (2016). Cuentas en Participación. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 07 de febrero de 2020. Disponible en: http://iuriscont.blogspot.com/2016/10/cuentas-en-participacion.html?m=1

MEDINA, Flor M. (2013). Medios de Impugnación de las Decisiones de las Juntas Directivas de las Sociedades Anónimas en Venezuela. Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2019. Disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS7665.pdf

MEJÍA, Darío A. (2014). Los acuerdos de accionistas. Evolución y aplicación en Colombia. *Revista de Derecho Privado Nº 52*. ISSN 1909-7794. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 03 de abril de 2.019. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223011

MELICH, José (1999). La Interpretación de los Contratos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*. Valparaíso, Chile. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2.019. Disponible en: http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/434/407

MORILLAS, María J. (2012) Prólogo, en FELIU, Jorge. (2012). Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas. *Marcial Pons*. (pp. 7-12). [Trabajo en línea]. Fecha de Consulta: 20 de febrero de 2.019. Disponible en: https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689892.pdf

MORLÉS, A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil*, *Tomo II: Las Sociedades Mercantiles*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. p.1088

MORLÉS, Alfredo. (2005). El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones Nominativas de la Sociedad Anónima. *Ética y Jurisprudencia Nº 412005.* [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 06 de junio de 2020. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/4/uvm_2005_4_11-32.pdf

NOVAK, Fabián. (S/F). Los Principios Generales del Derecho la Buena Fe y el Abuso del Derecho. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2019. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302416.pdf

OLMOS, Vicente. (2017). Los Pactos Parasociales, una visión histórico-práctica. Trabajo fin de Master para obtener el Título de Grado en Derecho, Universidad Internacional de La Rioja. Santander, España. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2.019. Disponible en: https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6515/OLMOS%20ROS%2c%20VICENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

PAZ-ARES, Cándido. (2003). El *Enforcement* de los Pactos Parasociales. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, Nº 5/2.003. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 25 de julio de 2.019. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf

PAZ-ARES, Cándido. (2011). La Cuestión de la Validez de los Pactos Parasociales. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de julio de 2.019. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf?id=3361

PEDROSA, Steven J. (2020). Anotación en Cuenta. *Economipedia*: *Educación Financiera y de Economía.* [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 09 de junio de 2.010. Disponible en: https://economipedia.com/definiciones/anotacion-en-cuenta.html

PÉREZ, Ana (2016). ¿Qué tipos de acciones hay?, *Finanzas y Economía*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 06 de Junio de 2020. Disponible en: www.finanzzas.com/tipos-de-acciones

PÉREZ, José L. (2015). La solidaridad de las obligaciones mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1687-1706. ISBN 978-84-89315-79-2. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2.019. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20950/solidaridad_perez_serrabona_RIO_2015.pdf

PÉREZ, Martha A. (2012). Revisión del estado actual de la Teoría de las Obligaciones y Contratos Civiles y Mercantiles de cara a su posible unificación. Trabajo investigativo para obtener el título de Licenciada en Derecho. Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Managua, Nicaragua. [Trabajo en línea]. Fecha de consulta: 26 de marzo de 2019. Disponible en: http://repositorio.uca.edu.ni/436/1/UCANI3204.PDF

RBUJAN. (2013). ¿Para qué sirven los estatutos de una sociedad? [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 04 de octubre de 2.019. Disponible en: https://www.pymesyautonomos.com/legalidad/para-que-sirven-los-estatutos-de-una-sociedad/amp

ROBLETO, Christian A. (2.013). La sindicación de acciones. *Revista de Derecho* ISSN 1993-4505 / No. 16, 2013 / páginas 81-130. [Artículo en línea]. Fecha de

consulta: 04 de octubre de 2.019. Disponible en: https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1488/1294

RODRÍGUEZ, Mauricio G. (2018). La Prenda de las Acciones de la Sociedad Anónima. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil / Nº 1 – 2018*, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, www.sovedem.com. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 24 de junio de 2.020. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/1/RVDM_2018_1_05.pdf

RUAN, Gabriel. (2015). Aspectos Tributarios de las Cuentas en Participación. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nº 154, Páginas: 391-436 Issn: 0798-1457*. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 07 de febrero de 2.020. Disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2015/BolACPS_2015_154_391-436.pdf

RUIZ, Javier y TORREGROSA, Elena. (2.009). España: Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTS de 6 de Marzo de 2009). Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 24-2009: Foro de Actualidad. Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2379/documento/articuloUM.pdf?id=3054

SÁEZ, María I. (2.009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces. *Revista para el Análisis del Derecho*. www.indret.com. InDret Nº 3/2009. [Revista en línea]. Fecha de consulta: 08 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138031/188676

SAN VICENTE, Aida del C. (S/F). El Principio de Autonomía de la Voluntad*. Teoría del Derecho.* [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 13 de abril de 2.019. Disponible en: http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf

SÁNCHEZ, Bermejo. (2014). Características de las Obligaciones Mercantiles. Málaga-Abogados. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2.019. Disponible en: https://www.sanchezbermejo.com/caracteristicas-de-las-obligaciones-mercantiles/

SÁNCHEZ, Rosana. (2017). *Algunas consideraciones sobre la voluntad societaria en las sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico mercantil venezolano*.

Tesis de maestría no publicada. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, Venezuela.

SERRANO, Antonio. (2018). El Crowdfunding y la Financiación Empresarial. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 14 de octubre de 2019. Disponible en: https://www.antonioserranoacitores.com/el-crowdfunding/

SERRANO, Antonio y GARCÍA, Cintia. (2019) ¿Qué es el Protocolo Familiar? Guía Definitiva. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 15 de julio de 2.019. Disponible en: https://www.antonioserranoacitores.com/que-es-protocolo-familiar/

SIMENTAL, Víctor A. (2.008) *Enfoque Actual de la Teoría General del Contrato*. Editado por Servicios Académicos Internacionales para eumed.net. p. 91. [Libro en línea]. Fecha de consulta: 04 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/index.htm

SORO, Olivier. (S/F). El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada en la Contratación: Génesis y Contenido Actual. Colección Jurídica General Reus. España. [Monografía en línea]. Fecha de consulta: 13 de abril de 2.019. Disponible en: https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas9788429019087_principio_autonomia_voluntad_web.pdf

SAN CRISTÓBAL, Susana (2012). Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Negociación, Conciliación, Mediación, Arbitraje, En el Ámbito Civil y Mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013) 39-62 / ISSN: 1133-3677. Universidad Antonio de Nebrija. Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de Junio de 2.020. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf

S/A. (S/F.) *Product Life Cycle Stages: Growth.* [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2.019. Disponible en: http://productlifecyclestages.com/product-life-cycle-stages/growth/

TOLOSA, Luis A. (2017). De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. Estudio Socio-Jurídico 19(2). Bogotá, Colombia. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 29 de marzo de 2.019. Disponible en: http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701

VIERA, A. Jorge. (2012). La Interpretación de los Contratos Privados en el Ordenamiento Jurídico Español. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. [Artículo en línea]. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2.019. Disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/31553072_La_interpretacion_de_los_contratos_en_Derecho_privado_espanol

REFERENCIAS NORMATIVAS

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Publicada en la Gaceta Constitucional de Colombia Nº 114, en fecha 04 de julio de 1991.

DECRETO 410 DE 1.971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Publicado en el Diario Oficial de Colombia (Año CVIII) Nº 33339, en fecha 16 de junio de 1.971.

LEY 153 DE 1.887. Por medio de la cual se adiciona y reforma los Códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año XXIII) Nº 7151, en fecha 28 de agosto de 1.887.

LEY 222 DE 1.995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un Nuevo Régimen de Procesos Concursales y se dictan Otras Disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXXXI) Nº 42156, en fecha 20 de diciembre de 1995.

LEY 466 DE 1.998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Publicada en el Diario Oficial de Colombia Nº 43.335, de 08 de julio de 1998.

LEY 640 DE 2.001. Por cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia Nº 44.303, de 24 de enero de 2.001.

LEY 964 DE 2.005. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLI) Nº 45963, en fecha 08 de julio de 2.005.

LEY 1258 DE 2.008. Por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLIV) Nº 47194, en fecha 05 de diciembre de 2.008.

LEY 1563 DE 2.012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLVII) Nº 48489, en fecha 12 de julio de 2.012.

LEY 1564 DE 2.012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial de Colombia (Año CXLVIII) Nº 48489, de fecha 12 de julio de 2.012.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

LEY DE 17 DE JULIO DE 1.951. SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 199, del 18 de julio de 1.951.

LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 7, del 8 de enero de 2.000. Referencia: BOE-A-2000-323

LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 162, del 07 de julio de 2012. Referencia BOE-A-2012-9112.

LEY 50/1980 DE CONTRATO DE SEGURO, Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 250, del 17 de octubre de 1.980. Referencia BOE-A-1980-22501.

LEY 24/1988 DEL MERCADO DE VALORES. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 181, del 29 de julio de 1.988. Referencia BOE-A-1988-18764.

LEY 60/2003 DE ARBITRAJE. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 309, del 26 de diciembre de 2.003. Referencia BOE-A-2003-23646.

REAL DECRETO DE 22 DE AGOSTO DE 1.885. Por el que se publica el Código de Comercio. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 289, del 16 de octubre de 1.885. Última modificación: 29 de diciembre de 2.018. Referencia: BOE-A-1885-6627.

REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1889. Por el que se publica el Código Civil. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 206, del 25 de julio de 1.889. Referencia: BOE-A-1889-4763.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1564/1989. Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 310, del 27 de diciembre de 1.989.

REAL DECRETO 1784/1996. Por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 184, del 31 de julio de 1.996. Referencia: BOE-A-1996-17533. Última modificación: REAL DECRETO 195/2017. Por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 54, del 4 de marzo de 2.017. Referencia: BOE-A-2017-2307.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 161, del 03 de julio de 2.010. Referencia: BOE-A-2010-1054. Última modificación: LEY 31/2014. Por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 293, del 04 de diciembre de 2.014. Referencia: BOE-A-2014-12589.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 4/2015. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 255, del 24 de octubre de 2.015. Referencia: BOE-A-2015-11435. Última modificación: REAL DECRETO 1464/2018. Por el que se desarrollan el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Publicado en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Número 313, del 28 de diciembre de 2.018.

LEGISLACIÓN VENEZOLANA

CÓDIGO CIVIL. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de Julio de 1982.

CÓDIGO DE COMERCIO. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 475 Extraordinario, de fecha 21 de Diciembre de 1955.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 4.209 Extraordinaria, de fecha 18 de septiembre de 1990.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.453, Extraordinaria, de fecha 24 de marzo de 2000.

DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.204 CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.076, de fecha 10 de febrero de 2001.

DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.402. CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.154 Extraordinario, de fecha 19 de noviembre de 2014. Reimpreso por fallas en los originales, en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 40.557, de fecha 08 de diciembre de 2014.

DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.422, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.156 Extraordinario, de fecha 19 de noviembre de 2014.

DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2.176, CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE MERCADO DE VALORES. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.211 Extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 2015.

DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2.178 CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.211 Extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 2015. Reimpreso por fallas en los originales, en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.220 Extraordinario, de fecha 15 de marzo de 2016.

LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL, Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.430, en fecha 07 de Abril de 1998.

NORMAS INTERPROFESIONALES PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE COMISARIO. Resolución emanada de la Federación de Colegios de Licenciados en Administración de Venezuela – FECLAVE (Resolución DN-43/20110923-EP), la Federación de Colegios de Economistas de Venezuela – FEDECON (SERPE 04) y la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela – FCCPV (SECP 6). De fecha 17 de agosto de 2011. Caracas, Venezuela.

RESOLUCIÓN Nº 019. Requisitos Únicos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocios Jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 40.332, de fecha 13 de enero de 2014.

REFERENCIAS INSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIALES

JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES DE COLOMBIA

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Providencia, 23-04-2013. (Proedinsa Calle & Cía S. en C. vs. Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2.019. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Proedinsa_23_04_2013.pdf

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto Nº 2013-801-080, 18-07-2013. (Martín Alberto Morelli Socarrás vs. Cidela Ltda. y Santana Fruits S.A.S.) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2.019. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/A_Cidela_18_07_2013.pdf

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Instancia de consulta, Oficio Nº 220-042665, 08-05-2019. (REF: Acuerdo de Accionistas que impone obligaciones a un socio) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 21 de Octubre de 2.019. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-042665_DE_2019.pdf

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº C-934/13 (Jorge Eduardo Zamora Acosta - acción pública de inconstitucionalidad, contra el artículo 900 del Decreto 410 de 1971, “Por el cual se expide el Código de Comercio”, que contempla la anulabilidad de un negocio jurídico que haya sido consentido por error, fuerza o dolo). [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2.019. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm

JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES DE ESPAÑA

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL. Sentencia Nº 145, 26-02-1.991. (Aurora, Marina y Jorge vs. Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao de fecha 27 de diciembre de 1988, Recurso de Casación). [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://supremo.vlex.es/vid/-203277987

ESPAÑA. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARÍAS, Resolución del 26-10-1989, (Leonardo Sánchez -Heredero Álvarez, en nombre de «Promociones Keops, Sociedad Anónima», vs. Negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de cesación, nombramiento de Consejeros y delegación de facultades de la Sociedad «Ciudalcampo, Sociedad Anónima»). Publicada en el Boletín Oficial del Estado «BOE» Nº 278, en fecha 20 de Noviembre de 1.989. [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/resolucion-18539214

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL. Sentencia Nº 551, 24-09-1987. («Hotel Atlantis Playa, S.A.», vs. Sentencia del 28-06-1985, de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife). [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2.019. Disponible en: https://supremo.vlex.es/vid/-77056841

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL. Sentencias JUR 140200 y JUR 140201, 06-03-2006. (Socios Minoritarios de «Turística Konrad-Hidalgo, S.L.» y «Camanchaca, S.L.», vs. Sentencia PROV 200427135, del 10-11-2003 / Recurso de Casación 368/2004) [Base de datos en línea]. Fecha de consulta: 17 de julio de 2.020 Disponible en: https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/sentencia-del-tribunal-supremo-sala-civil-del-6-de-marzo-de-2009-2009-05-04/

JURISPRUDENCIA DE VENEZUELA

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº 1420, 20-07-2006. (Milagros Coromoto de Armas Silva de Fantes, solicitud de Amparo Constitucional con fundamento en el Artículo 28 de la Constitución Nacional). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. [Sentencia en línea] Fecha de consulta: 27 de mayo de 2.020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1420-200706-05-2397.HTM

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº 585, 15-05-2015. (Pedro Luis Pérez Burelli, vs. Artículo 291 del Código de Comercio, Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. [Sentencia en línea] Fecha de consulta: 27 de mayo de 2.020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177159-585-12515-2015-05-0709.HTML

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia Nº RC.000158, 05-04-2017, (Alberto Armeni vs. Construcciones Habitacionales de Oriente Construhabita C.A., demanda de Nulidad de Asamblea). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. [Base de datos en línea] Fecha de consulta: 27 de mayo de 2.020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/197512-RC.000158-5417-2017-16-885.HTML

ANEXO

PROPUESTA DE MODELO DE CLÁUSULAS ESTATUTARIAS QUE PERMITAN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS PARASOCIALES EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE VENEZUELA

ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD MERCANTIL ‘‘MODELO, SA’’

…

CAPÍTULO ‘‘__’’
DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES O EXTRAESTATUTARIOS

CLÁUSULA PRIMERA
DE LA POTESTAD DE CELEBRAR CONTRATOS PARASOCIALES

Los accionistas de la sociedad ‘‘MODELO, SA’’ en el libre ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, podrán celebrar los contratos que estimen necesarios para la buena gestión corporativa de la compañía, para la obtención de beneficios empresariales, para la protección de sus derechos societarios, o para cualquier otro fin licito que surja en el normal desenvolvimiento de las relaciones societarias; los cuales deberán ser ejecutados en el seno social, ampliando de esta manera la disciplina societaria impuesta en estos Estatutos.

CLÁUSULA SEGUNDA
DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN LOS CONTRATOS PARASOCIALES

Los contratos parasociales a que se refiere la cláusula anterior podrán ser suscritos:

1° Por todos los socios de la compañía, en cuyo orden se denominarán pactos o contratos parasociales omnilaterales,
2° Entre pocos socios de la compañía,
3° Por todos los socios de la compañía o parte de ellos y la sociedad mercantil ‘‘MODELO, SA’’,

4° Por todos los socios de la compañía o parte de ellos y terceros no socios ni accionistas de la empresa, si relaciones comerciales así lo hacen conveniente.

CLÁUSULA TERCERA
DE LAS MATERIA OBJETO DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES

Los contratos parasociales podrán tener como objeto:

1° **La ampliación o mejoramiento de la organización corporativa de la sociedad mercantil ‘‘MODELO, SA’’**, en cuyo orden los sujetos intervinientes, sin perjuicio de otros contratos parasociales con fines similares, podrán suscribir contratos que regulen el ejercicio del derecho de voto en las asambleas de accionistas o sindicatos de voto, contratos de arbitraje, entre éstos, contratos de arbitraje para deshacer situaciones de bloqueo o *deadlock*; contratos sobre quórums especiales o de mayorías reforzadas; y, protocolos familiares.

2° **La atribución de beneficios para la compañía ‘‘MODELO, SA’’**, en virtud de lo cual, los sujetos intervinientes sin perjuicio de otros contratos parasociales con fines similares, podrán suscribir contratos de no competencia con la entidad mercantil, contratos sobre aportaciones suplementarias, contratos de adquisición preferente para la sociedad y pactos sobre exclusividad de productos.

3° **La Protección de las relaciones societarias**, en cuyo orden los sujetos intervinientes, sin perjuicio de otros contratos parasociales con fines similares, podrán suscribir contratos que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en la compañía, contratos de no agresión, contratos de confidencialidad, contratos *Tag-Along* o sobre Derecho de Acompañamiento, contratos *Drag-Along* o sobre Derecho de Arrastre, contratos de *Vesting*, contratos de *Mentoring*, contratos de *Lock Up*, contratos de *Good Leaver* y *Bad Leaver* o de Buen y Mal Retiro, contratos de Financiamiento o de *Crowdfunding*, contrato con Aceleradora/Incubadora, contratos de Inversión con Fondos de Inversión de Capital Riesgo o *Venture Capital*, u otros semejantes.

4° **Cualquier otro asunto lícito**, no enunciado en los numerales anteriores.

CLÁUSULA CUARTA
DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES

Los contratos parasociales que se constituyan en el seno de la sociedad mercantil ‘‘MODELO, SA’’, deberán suscribirse siempre en forma escrita, por instrumento privado o público.

CLÁUSULA QUINTA
DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES

Los contratos parasociales que se suscriban en el seno de la sociedad mercantil ‘‘MODELO, SA’’, serán válidos si cumplen con los requisitos fijados por la normativa comercial y obligacional civil, referentes a la validez de los contratos en general, tanto en lo relativo a las formas y los términos consagrados en el Código de Comercio para la realización de la oferta y la aceptación, como en las disposiciones del Código Civil referidas al cumplimiento de los requisitos esenciales, como lo son la capacidad de los sujetos intervinientes, el consentimiento sin vicios, un objeto que pueda ser materia de contrato y una causa licita.

CLÁUSULA SEXTA
DE LA OPOSICIÓN DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES

Para que los contratos parasociales que se celebrados en el seno de la sociedad mercantil ‘‘MODELO, SA’’ sean oponibles ante esta sociedad y ante terceros, deben las partes suscriptoras, depositar un ejemplar original en las oficinas de la Junta Directiva de la compañía, a los fines de su publicación ante la sociedad mercantil, en caso contrario los contratos parasociales solo serán oponibles entre las partes contratantes.

Sección Primera: Publicidad de los Contratos Parasociales:
La Junta Directiva de la compañía deberá colocar los contratos parasociales al alcance de todos los accionistas, para que cualquiera de ellos, que acredite su condición de socio pueda acceder a su contenido y realizar su revisión y consulta.

Sección Segunda: Comunicación a los Accionistas de los Contratos Parasociales Suscritos:
En las convocatorias a las Asambleas de Accionistas y al inicio de los procesos deliberativos en las mismas, se deberá hacer mención de los contratos parasociales vigentes en la compañía.

CLÁUSULA SÉPTIMA
DE LA EFICACIA DE LOS CONTRATOS PARASOCIALES

Los contratos parasociales celebrados en el seno de la sociedad mercantil ‘‘MODELO, SA’’, serán plenamente eficaces si se verifican en la suscripción de los mismos, el cumplimiento de todos los requisitos expuestos en las cláusulas precedentes, por lo que la Junta Directiva en Asamblea de Accionistas no podrá computar el voto proferido en contravención a un

contrato parasocial valido que haya sido debidamente depositado conforme a la cláusula sexta de estos estatutos.

Sección Primera: De los Mecanismos de Cumplimiento:
Las controversias surgidas en la ejecución de los contratos parasociales celebrados en la compañía ‘‘MODELO, SA’’ se podrán resolver en dependencia del incumplimiento presentado, por los mecanismos de cumplimiento establecidos en esta sección.

Parágrafo 1º: De los Mecanismos de Autotutela:
Las partes suscriptoras de los contratos parasociales celebrados en la compañía ‘‘MODELO, SA’’, podrán acordar libremente, a manera de mecanismos coercitivos que refuerce sus compromisos contractuales, el establecimiento de medidas de cumplimiento, en atención de lo cual, en modo enunciativo se refieren las siguientes:

a) La inclusión en el contrato parasocial de cláusulas penales,
b) La constitución de garantías, fianzas o prendas de acciones,
c) La estipulación de mecanismos de compra o venta de acciones, que imponen en el caso de la primera, la obligación para el accionista incumplido de adquirir las acciones del accionista cumplido a un precio superior al del mercado y en el caso de la segunda, la obligación para el accionista incumplido de vender sus acciones al accionista cumplido a un precio menor al del mercado.

Parágrafo 2º: De los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos:
Sin perjuicio de los demás mecanismos de cumplimiento, que las partes pueden establecer, las controversias surgidas en la ejecución de los contratos parasociales válidos, se podrán resolver a través de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos aceptados por el Derecho venezolano, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje.

Las partes suscriptoras del contrato parasocial, podrán igualmente someterse a las estipulaciones de la Ley de Arbitraje Comercial.

Parágrafo 3º: De los Mecanismos Societarios:
Los contratos parasociales válidos en acuerdo a las normas regulatorias en materia contractual que además cumplan con los requisitos de publicidad social exigidos en estos Estatutos (clausula sexta), podrán ser oponibles ante la Asamblea de Accionistas que debata sobre hechos pactados en los mismos, puesto que la publicidad del contrato parasocial ante la Junta Directiva de la compañía ‘‘MODELO, SA’’, lo dota de fuerza obligatoria en igualdad a estos Estatutos, por tanto todo socio podrá exigir su eficacia a través de los mecanismos que otorga el Derecho Societario para hacer eficaz los presentes Estatutos, como es el caso de la Impugnación de Acuerdos

Sociales manifiestamente contrarios a la Ley o a los Estatutos Sociales, siempre que la acción se intente en el tiempo fijado en la normativa mercantil venezolana y ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad.

De ser el caso, el Tribunal oyendo previamente a los miembros de la Junta Directiva, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de los Acuerdos Sociales suscritos en contravención de los contratos parasociales debidamente depositados, y ordenar que se convoque una nueva Asamblea de Accionistas para decidir sobre el asunto, la cual deberá cumplir con todas las pautas establecidas en estos Estatutos para su valida celebración.

Parágrafo 4º: De los Mecanismos de Cumplimiento *Inter Partes*:
El contrato parasocial válidamente celebrado será Ley para las partes contratantes, para asegurar su eficacia jurídica, además de los mecanismos enunciados en los parágrafos precedentes, se podrán emplear los medios establecidos por la normativa obligacional civil vigente en el país, otorgadas para la protección de los intereses contractuales en general, tales como la acción de cumplimiento forzoso, la resolución del contrato, las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios, u otras análogas ofrecidas por el Derecho venezolano.

Si la sociedad mercantil ‘‘MODELO, SA’’ es parte suscriptora del contrato parasocial o es su beneficiaria, podrá por sí misma como sujeto de derecho, intentar acción en juicio correspondiente.