



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**LA LIBRE NEGOCIACIÓN DE ACCIONES EN LAS COMPAÑÍAS
ANÓNIMAS Y EL DERECHO DE TANTEO O ACUERDOS PRIVADOS
CON TERCEROS AUTOLIMITANDO SU LIBRE NEGOCIACIÓN**

AUTORA:

SÁNCHEZ SELLÁN, LANDY ERICKA

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TUTOR:

ORTEGA TRUJILLO, GUSTAVO XAVIER

Guayaquil, Ecuador

15 de septiembre del 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Sánchez Sellán, Landy Ericka**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR:

f. _____

ORTEGA TRUJILLO, GUSTAVO XAVIER

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

MGS. LYNCH FERNÁNDEZ, MARÍA ISABEL

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, SÁNCHEZ SELLÁN, LANDY ERICKA

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La libre negociación de acciones en las compañías anónimas y el Derecho de Tanteo o Acuerdos Privados con Terceros Autolimitando su Libre Negociación** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2017

LA AUTORA:

f. _____

Sánchez Sellán, Landy Ericka



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Sánchez Sellán, Landy Ericka

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La libre negociación de acciones en las compañías anónimas y el Derecho de Tanteo o Acuerdos Privados con Terceros Autolimitando su Libre Negociación**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2017

LA AUTORA:

f. _____

Sánchez Sellán, Landy Ericka

INFORME URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, document metadata is shown: 'Documento: Trabajo de titulación 2 - Sánchez Sellán.docx (D30554166)', 'Presentado: 2017-09-14 15:15 (-05:00)', 'Presentado por: mwright@vidalwrightlaw.com', 'Recibido: maritza.reynoso.ucsg@analysis.urkund.com', and 'Mensaje: Trabajo de titulación 2 - Sánchez Sellán Dr. Ortega. [Mostrar el mensaje completo](#)'. Below the message, a green box indicates '0% de estas 22 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' (List of sources) panel is open, showing a list of references with expand/collapse icons. The sources include: '003 CONTENIDO CIENTIFICO DERECHO AMBIENTAL 2016.docx', 'http://recursosbiblio.uri.edu.gt/tesis/ortiz/2016/07/02/Morales-Kathryn.pdf', 'MERCANTI-LEY DE COMPANIAS.docx', 'Guamani Oscar_consulta Contabilidad y Costos.docx', 'leyes.docx', 'LIBRO-PROCED DISOL LIQ Y CANCEL DE CIAS EN ECUADOR. 1.10. entregadaoct2014.docx', and 'TESIS FINAL.docx'. At the bottom of the list, it says 'La fuente no se usa'. The bottom toolbar contains icons for 'Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

f. _____

ORTEGA TRUJILLO, GUSTAVO XAVIER

DOCENTE - TUTOR

f. _____

LANDY ERICKA SÁNCHEZ SELLÁN

ESTUDIANTE



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

Agradecimientos:

A Dios como guía y centro de mi vida.

A mis padres por su formación, ejemplo y devoción a la familia.

A mis hermanos con quien comparto mis memorias y mis sueños.

A mis amigos, en especial a María Paula Ramírez y a Blanca Figueroa, por brindarme su apoyo incondicional en cada una de mis decisiones.

A mi Tutor, el Dr. Gustavo Ortega Trujillo, por su paciencia y contribución en el presente trabajo de titulación.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

MGS. MARÍA ISABEL LYNCH FERNÁNDEZ
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

MARITZA GINETTE REYNOSO DE WRIGTH
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

CORINA ELENA NAVARRETE LUQUE
OPONENTE

La Libre negociación de acciones en las compañías anónimas y el Derecho de Tanteo o Acuerdos Privados con Terceros Autolimitando su Libre Negociación

Índice

Introducción	11
Capítulo I.....	12
Contrato de Sociedad.....	12
Capítulo II.....	13
Sociedades Mercantiles: Sociedades Anónimas.....	13
2.1 Capacidad, Formas de Constitución y Capital	14
2.4 Responsabilidad y administración.....	14
Capítulo III.....	15
Transmisibilidad de acciones	15
3.1 Legislación comparada.....	16
3.2 Aplicabilidad en el Ecuador	17
3.3 Acciones registradas en el mercado de valores	20
Capítulo IV	20
Derecho de tanteo	20
4.1 ¿Derecho real o derecho personal?.....	24
4.2 Elementos del derecho de tanteo	25
Capítulo V.....	25
Derecho de preferencia	25
5.1 Derecho de preferencia: ¿carácter imperativo o dispositivo?	26
Conclusiones	27
Bibliografía	29

RESUMEN

La libre circulación de capital o libre transferibilidad de la inversión efectuada en las sociedades anónimas es una característica innata de estas compañías que permite la libre salida y entrada de inversores, que fomentan su financiamiento. Este principio de libre negociabilidad de acciones es consagrado por la ley de compañías en su artículo 191 y 189, en los cuales se dispone que la negociación de acciones no admite limitaciones. Sin embargo, el código civil ecuatoriano faculta a los sujetos para celebrar contratos o convenciones que cumplan con sus requisitos de validez y sean compatibles al ordenamiento jurídico. Frente a esta disyuntiva, nos preguntamos, ¿es posible renunciar a esa prohibición y celebrar un compromiso Inter partes? ¿puedo estipular cláusulas con un accionista o un tercero por la cual me autoimponga una limitación al derecho de libre negociabilidad de mis acciones? Este pacto se conoce como derecho de tanteo y faculta a otro socio o a un tercero para adquirir las acciones que han sido colocadas en venta antes que otro, de allí su nombre right of first refusal. A diferencia del Derecho Español que admite tres tipos de restricciones para la transmisibilidad de acciones, la normativa nacional vigente prohíbe las restricciones estatutarias, y todas aquellas restricciones que sean contrarias al ordenamiento jurídico y al orden público, pero reconoce a el acuerdo de voluntades como fuente de obligaciones.

Palabras Claves: NEGOCIABILIDAD; SOCIEDAD; LIBREMENTE; PREFERENCIA; DERECHO DE TANTEO; COMPAÑÍA ANÓNIMA; CONVENIO PRIVADO.

ABSTRACT:

The free movement of capital or free transfer of investments made on stock corporations is an inherent characteristic of these companies that allows for the unrestricted right of entry and exit of investors who promote their financing. This principle of free transferability of shares is embodied on the 189th and 191st articles of the Ley de Compañías, in which it is stated that the negotiation of shares doesn't allow any limitation. However, the Ecuadorian Civil Code allows parties to celebrate contracts or conventions that fulfil conditions of permissibility and match the legal system. Faced with this dilemma, we ask each other, ¿It is possible to relinquish this prohibition and celebrate an inter partes pledge? ¿Can I provide clauses with a shareholder or with third parties in which there are self-imposed limits on my free transferability of shares? This pact is known as right of first refusal and allows another partner or third parties to acquire shares that were put on sale before someone else does, so their right of first refusal name. In difference with law in Spain, that allows for three kinds of restrictions for transferability of shares, current national law forbids statutory restrictions, and all other restrictions that are at odds with law and order, but gives recognition to agreements as a source of legal obligations.

Keywords: MARKETABILITY; COMPANY; UNRESTRICTED; PREFERENCE; RIGHT OF FIRST REFUSAL; STOCK CORPORATION; PRIVATE AGREEMENT.

Introducción

La constitución ecuatoriana reconoce y garantiza al individuo el derecho de libre asociación sin importar su finalidad, siempre y cuando no sea contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Estas asociaciones pueden perseguir o no fines de lucro, reciben el nombre de sociedades y en base a su objeto se clasifican en sociedades civiles o mercantiles. El contrato de sociedad mercantil es aquel contrato mediante el cual las partes se obligan a prestaciones comunes para el ejercicio de una actividad comercial. En el Ecuador, las sociedades mercantiles pueden clasificarse en sociedades de capital y sociedades de personas obedeciendo al motivo principal que las constituye. Estas sociedades pueden ser reconocidas de acuerdo con el contenido del estatuto que delimitara su forma societaria.

De acuerdo con el artículo 2 de la ley de compañías estas sociedades pueden ser en nombre colectivo; en comandita simple y dividida por acciones; compañía anónima; de responsabilidad limitada; y, compañía de economía mixta. Por principio general en derecho societario las acciones son libremente negociables, principio que no es aplicable a todas las sociedades comerciales sino concretamente a las sociedades anónimas y todas aquellas que tienen su capital dividido en acciones.

El contenido del presente trabajo se encuentra dividido en 5 partes, en el primer y segundo capítulo introducimos antecedentes, concepto, elementos y fuentes del contrato de sociedad, seguido de las especies de sociedades mercantiles contempladas por la legislación nacional siendo la sociedad anónima una de las dos clases de compañías más utilizadas en el Ecuador. En el tercer capítulo analizamos la transmisibilidad o negociabilidad de acciones, principio esencial de las sociedades de capital, su aplicabilidad en el derecho español y en el derecho ecuatoriano. Frente a esta libertad de negociación nos preguntamos ¿es posible convenir cláusulas que limiten la venta o enajenación de acciones en las compañías anónimas?

Para responder interrogante necesitamos examinar los derechos conferidos por ley al accionista, Por consiguiente, en el capítulo cuatro, se esboza la definición del derecho de tanteo, concepción que ha despertado una discusión doctrinaria en cuanto su acepción como derecho de interés exclusivamente personal para el accionista o de interés y cautela todos los socios de una compañía o de la compañía en general y así mismo como un derecho real o como derecho personal, por lo que estudiaremos sus elementos estructurales y su naturaleza jurídica para contradecir la corriente que parece seguirse en el Ecuador; Finalmente, en el capítulo cinco, explicamos el concepto del derecho de preferencia y su operatividad, pues a menudo en derecho el término preferencia suele confundirse con el de derecho de atribución, por lo que es preciso distinguir las características esenciales de estas instituciones jurídicas, que a su vez nos hace plantearnos si estamos ante un derecho de carácter imperativo o dispositivo, susceptible o no de renuncia y de acuerdos con terceros.

Capítulo I

Contrato de Sociedad

El ser humano por naturaleza tiende a asociarse en búsqueda de objetivos comunes que satisfagan sus necesidades, a lo largo de la historia podemos observar que la unión entre personas para desarrollar una actividad no es una novedad, pues desde la antigüedad y mucho antes desde sus orígenes, el hombre y con él la raza humana, ha evidenciado y experimentado su interdependencia natural y condiciones sociales, económicas, políticas, y culturales diversas que lo han hecho requerir de la colaboración o esfuerzo de sus semejantes. Hoy en día, por razones de competitividad y productividad, el Estado, en su afán de proteger a los particulares, ha propiciado un marco legal dentro del cual se regule el funcionamiento de estas actividades en conjunto bajo la figura del Contrato de Sociedad. Nuestro código civil define a la sociedad como un contrato voluntario por medio del cual, las partes se obligan a poner algo en común, con la finalidad de repartir los beneficios obtenidos de ello entre los socios. Al ser un acto declarativo por las partes, el contrato de sociedad para su perfeccionamiento debe cumplir con los requisitos comunes a todos los contratos, además de aquellas formalidades exigidas por ley, para cada tipo de sociedad.

Es importante distinguir entre la sociedad civil, que se rige bajo las disposiciones del código civil, y la sociedad mercantil, cuyo objeto está regulado por la ley de compañías y los estatutos internos. La ley que regula la sociedad depende íntegramente del tipo de actividad que ésta vaya a realizar, por ejemplo: las instituciones financieras están reguladas por el Código orgánico Monetario y Financiero y supletoriamente por la Ley de Compañías. El Código Orgánico Monetario Financiero señala cuál es el capital mínimo para la constitución de una entidad del sistema financiero y se remite a la Ley de Compañías en cuanto al procedimiento de constitución. En este mismo código, se establece que los bancos y compañías de seguros deben ser compañías anónimas, las cuales necesariamente deben contar con un directorio. En nuestra ley de compañías se plantea al socio la posibilidad de conformar dicho organismo, no es una imposición.

Por otro lado, el derecho privado faculta al individuo para realizar actos que no estén expresamente prohibidos por la ley, dando cabida al derecho convencional como fuente del contrato de sociedad.

Si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio. Lo que se traduce en que las partes se autoimponen restricciones para el futuro, puesto que, vinculadas o atadas por el contrato, ya no podrán comportarse como les parezca, sino que deberán cumplir las obligaciones que asumieron. (López, 1998, p. 267.)

Para el derecho societario, lo que se estipule dentro del contrato social es ley para las partes salvo, entre en conflicto con el ordenamiento jurídico. Bajo el principio pacta sunt servanda, la obligatoriedad del contrato radica en la voluntad de las partes de convenir libremente compromisos que no puedan eludir. Uno de los efectos del contrato de sociedad es el nacimiento

de una persona jurídica distinta, dotada de un patrimonio propio e independiente de los socios que la constituyen, bajo este patrimonio autónomo opera la limitación de responsabilidad de los socios. El patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica. El aporte es un elemento esencial del contrato de sociedad, en efecto, todo contrato conlleva una obligación implícita de dar, hacer o no hacer, de tal manera que, la obligación de dar, en las sociedades mercantiles, se traduce en la obligación que tiene el socio de pagar un aporte y, la obligación de hacer resulta aquella en virtud de la cual, la compañía le reconoce al socio la calidad de accionista. El capital de la sociedad refleja la totalidad de aportaciones efectuadas por los socios, permitiendo así, cuantificar e individualizar la participación de cada uno de ellos dentro de la compañía. Dependiendo de la naturaleza de la compañía el capital social estará representado por acciones o, por participaciones.

Las sociedades mercantiles pueden agruparse de acuerdo con el elemento esencial de su constitución en sociedades de capital o sociedades personalistas. Las sociedades personalistas, como su nombre lo indica, son aquellas en las que predomina el elemento personal, su principal componente son los socios por sus principios morales e intelectuales, es su capacidad de trabajo el rasgo que los motiva a asociarse; responden solidaria e ilimitadamente. Mientras que, en las sociedades de capital el socio es valorado en virtud de su aporte, prima la rentabilidad que aquel pueda brindar a la compañía. La responsabilidad del socio estará limitada al monto de su aporte. Un elemento que caracteriza a las sociedades de capital, denominado por la doctrina como elemento esencial de su constitución, es la libre negociación de acciones. En materia societaria la normativa principalmente aplicable es la ley de compañías, cuyos preceptos legales regulan cada una de las cinco especies de sociedades mercantiles contenidas en su artículo 2. No obstante, en el Ecuador, las dos clases de compañías más utilizadas son las compañías de responsabilidad limitada y sociedades anónimas.

Capítulo II

Sociedades Mercantiles: Sociedades Anónimas

Para continuar el estudio de las sociedades mercantiles, es necesario que realicemos un análisis respecto al artículo 143 de la Ley de Compañías, cuya disposición contiene la definición de compañía anónima. La sociedad anónima es un tipo de sociedad capitalista, constituida por un gran número de socios, cuyo capital está dividido en acciones negociables, dichas acciones confieren a sus titulares derechos políticos y económicos, estarán integradas por las aportaciones realizadas por los socios. Al decir que la compañía anónima es una sociedad del tipo capitalista, entendemos que, el capital podrá constituirse o aumentarse mediante suscripción privada y pública, que las acciones estarán representadas por títulos de carácter negociable, es decir que, la transferencia de dominio no requerirá del consentimiento de los demás accionistas como requisito previo para ejecutarse, sino que de acuerdo a los artículos 188 y 189 de la ley de compañías, se realizará mediante nota de cesión en el título o cartas adheridas al mismo, con firma de cedente y cesionario y, que la administración será independiente de la titularidad del capital, mandatarios amovibles, socios o no de la compañía.

2.1 Capacidad, Formas de Constitución y Capital

La capacidad que se requiere para constituir una compañía anónima es la civil. Todo aquel que es capaz de contratar, es capaz de comerciar, a excepción de aquellos que el código de comercio declara incapaz¹. La compañía anónima no podrá conformarse entre cónyuges, padres y menores no emancipados. Los bancos, compañías de seguro, capitalización y ahorro y, las compañías anónimas extranjeras necesariamente serán compañías anónimas. En cuanto a su forma de constitución, la compañía anónima puede realizarse por constitución simultánea o sucesiva. El contrato de sociedad se reputa perfecto desde su celebración por escritura pública, la inscripción en el registro mercantil le otorga personalidad jurídica a la compañía. Las sociedades de capital dividen su patrimonio en capital autorizado, que es el monto autorizado que podrá tener una compañía para suscribir y emitir acciones, en caso de superar este capital, se debe reformar el estatuto, capital suscrito que es aquel capital que el accionista se ha comprometido a pagar en un plazo de dos años, y capital pagado, que es el valor que los socios efectivamente han cancelado por las acciones que suscribieron. En las sociedades intuitu personae el capital está dividido en capital suscrito y capital pagado.

2.4 Responsabilidad y administración

En las compañías anónimas, la responsabilidad de los socios se limita al monto de su aporte lo que quiere decir que ante la contingencia o pérdida el socio no responde personalmente con su patrimonio, sino que es la sociedad la que se obliga hasta el límite de su capital y activos. La libre circulación de los capitales invertidos en ella es una de las principales características de este tipo de compañías que, vinculada con la limitación de responsabilidad del socio, puede favorecer al ejercicio abusivo de la persona jurídica en actividades ilícitas. Para desalentar y castigar este género de desvíos, y abusos del derecho societario, se ha introducido con fuerza la figura del levantamiento del velo societario, cuando se presenten anomalías o usos fraudulentos del contrato de sociedad que permitan deducir la existencia de actos de simulación, corrupción o fraude para perjudicar a terceros y en general a la sociedad.

El levantamiento del velo o desestimación de la personalidad jurídica societaria es un mecanismo jurídico en virtud del cual se elimina la separación entre el ente jurídico del socio y el ente social de la sociedad o compañía, unificándolos y haciendo al socio responsable de los actos de la compañía.- La teoría del velo fue creada para explicar el *“significado de la personalidad jurídica, según la cual se suponía que la personalidad es un velo que cubre la copropiedad que mantienen los socios durante toda la vida de la sociedad y que se disipa con su disolución”* (Cobles, 2008 , pág. 31). Efectivamente, al prescindir de la personalidad jurídica, se provoca una división entre el patrimonio de los socios y el patrimonio de la compañía, esta división es la base del derecho societario. La ley de compañías en su artículo 17, señala que los socios serán personal y solidariamente responsables cuando se cometan abusos a nombre de la compañía, específicamente quienes ordenaren, ejecutaren u obtengan beneficio de tales actos

¹ Art. 7, Código de Comercio.- [...]no pueden comerciar: 1.- Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos; 2.- Los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio por el Art. 242 del Código Penal, salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo; y, 3.- Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación; Art. 9.-El menor emancipado, de uno u otro sexo, puede ejercer el comercio, y ejecutar eventualmente actos de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por su curador[...]

ilícitos, por tanto, no podría alegarse la limitación de su responsabilidad para excusarse de la sanción. Se requiere de la declaración por sentencia de la existencia de fraude para poder ir por la vía de desestimación.

En cuanto a la administración, el administrador en las compañías anónimas puede ser libremente removido de sus funciones por acuerdo de junta general, aún, cuando el asunto no figure en el orden del día, caso contrario ocurre en las compañías de responsabilidad limitada, donde el administrador debe ser removido bajo causal señalada en el estatuto o por el incumplimiento de sus obligaciones establecidas en la ley. Tanto en las compañías anónimas como en las compañías de responsabilidad limitada, se prohíbe realizar operaciones ajenas a su objeto y la auto-contratación. La ley prohíbe que el representante legal contrate con la compañía con el fin de evitar un conflicto de intereses. Sin embargo, la doctrina 126 de la superintendencia de compañías establecía excepciones a esta prohibición. Si bien se pretende impedir que el socio administrador sacrifique el interés social por el bien particular, no se puede privar al socio de uno de sus derechos fundamentales como es la suscripción de acciones o derecho de preferencia. El administrador actúa en representación de la compañía y de sí mismo, pensar que éste tiene un interés contrapuesto al de la compañía resulta inadmisibles, debido a que el contrato de sociedad persigue un mismo objetivo que es el ánimo de lucro en beneficio de todos, tanto así, que la ley general de Bancos permite la contratación de préstamos de consumo entre un banco y su director siempre y cuando exista autorización de su directorio. Por tanto, un administrador es libre de suscribir acciones en proporción a su aporte en casos de aumento de capital, realizar contratos de mutuo y adquirir bienes o servicios contemplados dentro del giro ordinario de la compañía.

Capítulo III

Transmisibilidad de acciones

En el primer capítulo habíamos mencionado que las sociedades mercantiles en el Ecuador pueden agruparse en sociedades de capital y sociedades personales. La libre negociabilidad de acciones es una característica propia de las compañías de capital, a diferencia de las compañías personalistas que tienen carácter cerrado, este tipo de compañías admite la suscripción pública de capital, pues su principal rasgo es el de obtener mayor utilidad independientemente de la identidad o calidad del inversor, buscan facilidad de financiamiento para garantizar así su expansión en el mercado. Por principio general en derecho societario las acciones son libremente negociables, principio que no es aplicable a todas las sociedades comerciales sino concretamente a las sociedades anónimas. A través de la libre negociabilidad de las acciones, la ley quiere facilitar la entrada y salida de los flujos de capital que la sociedad anónima requiere para el cumplimiento de su objeto social. La ley quiere que el inversionista vea en las acciones de las compañías anónimas un instrumento de inversión que, a la vez que permita obtener la posibilidad de un rendimiento variable superior que la rentabilidad de los títulos de inversión de renta fija pueda además tener la seguridad de una convertibilidad de la inversión, por vía de la libre negociabilidad de sus títulos en el mercado.

3.1 Legislación comparada

La ley de sociedad española contempla la transmisibilidad libre y la transmisibilidad condicionada, siendo ésta última, la que contenga limitaciones expresas señaladas en la ley, en el estatuto o, restricciones del tipo convencional.

- Las restricciones legales, tienen carácter general y están consagradas por la ley. La ley de sociedades de capital española en su artículo 123, establece que los condicionamientos para la transmisión de acciones gozarán de validez cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén delimitadas expresamente en los estatutos. Adicionalmente establece que las cláusulas estatutarias que hagan intransmisible una acción serán consideradas nulas.
- Restricciones convencionales, o sindicatos de bloqueo, “*son convenios que condicionan la transmisibilidad de acciones sindicadas a terceros no sindicados otorgando o restringiendo el derecho de compra preferente*” (Enrique Zaldívar, 1975). El propósito de estos acuerdos es el de proteger el interés de los accionistas, a través de un pacto preferencial que permita perpetuar la existencia del bloque mediante la compra y venta de acciones dentro del mismo sindicato excluyendo a terceros.
- Restricciones estatutarias, buscan proteger el interés social, impidiendo el ingreso de personas que no reúnan determinados requisitos para ser socio. Las cláusulas estatutarias destinadas a prohibir la transmisión de acciones se reputan ilegales.

¿Son todas estas restricciones válidas o podrían considerarse ilícitas?

La práctica de las restricciones estatutarias debe garantizar la protección del interés social, su finalidad nunca podrá ser contraria a las buenas costumbres o al orden público, debido a que las instituciones jurídicas no pueden ser empleadas para cometer actos abusivos. La ley española admite las restricciones estatutarias en sus diferentes variantes como cláusulas de consentimiento, en las que se necesite la autorización o denegación del directorio o asamblea para que la transferencia de acciones sea eficaz, como cláusulas que exijan el cumplimiento de determinadas condiciones para ser adquirente y como cláusulas de opción, en la que el socio está obligado a comunicar su intención de enajenar a la sociedad o a los socios, previamente a ofertar a un individuo que no tenga la calidad de preferente. Ninguna de estas variantes de restricciones podrá atentar contra la buena fe contractual o con el ordenamiento jurídico. El estatuto deberá contener quien tiene la titularidad de este derecho de opción, el plazo límite que tiene para ejercerlo que es de treinta días y en caso de que no se ejerza a quien corresponderá legítimarlo. Al igual que en el derecho español, en el derecho ecuatoriano se prohíben las cláusulas estatutarias cuya finalidad sea la de prohibir la transmisión de acciones, sin embargo, la ley española admite el condicionamiento para la transferencia de acciones dentro del contrato social, en el Ecuador este tipo de cláusulas están estrictamente prohibidas.

De manera análoga, así como el derecho español define los parámetros dentro los cuales deben normarse las estipulaciones en el contrato social, el derecho ecuatoriano fija las normas que regulan la autonomía de la voluntad de las partes como fuente de las obligaciones. Como habíamos mencionado en el primer capítulo, bajo el principio *pacta sunt servanda* todo aquello

que han acordado las partes en virtud de la autonomía de su voluntad es obligatorio. Pero ¿son estos acuerdos privados contrarios a la prohibición establecida por nuestra ley de compañías? De acuerdo con nuestro código civil las obligaciones nacen por contrato o convención cuya validez está determinada por la capacidad legal de las partes, consentimiento, causa lícita y objeto lícito ¿Cuándo decimos que hay causa ilícita? Cuando el motivo para contratar está prohibido por la ley o es contrario al orden público y, ¿Cuándo existe objeto ilícito? Cuando el objeto vulnera el derecho público ecuatoriano.

3.2 Aplicabilidad en el Ecuador

Si bien es cierto, los socios o accionistas pueden convenir libremente en aquello que ellos consideren pertinente siempre que tales acuerdos no sean contrarios al ordenamiento jurídico, pero ¿son aplicables estas clases de restricciones en el Ecuador? La ley estatutariamente no admite limitación alguna, es decir que los socios no pueden estipular dentro del estatuto condiciones para la negociación de acciones. En concordancia a la ley de compañías, nuestro código civil establece que los actos que prohíbe la ley son nulos y por tanto carecen de valor alguno, exceptuándose del caso en que se designe otro efecto que el de nulidad e incluso aquellas cláusulas que contengan la renuncia de la acción de nulidad en actos o contratos que hayan sido declarados inválidos no dejarán de serlo debido a estas. Adicionalmente, la ley ecuatoriana contiene una delimitación específica sobre aquello que no pueden realizar las compañías mercantiles, y prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; por ende, los actos contrarios al contrato social se reputan nulos. Sin embargo, esto no obsta que bilateralmente se convenga algún tipo de limitación entre un accionista y otro, o entre un accionista y un tercero, pues se trataría de una imposición personal que las partes han consentido asumir libremente como es el caso del derecho de adquisición preferente, cuyo objeto es limitar al accionista que ha decidido colocar sus acciones en venta.

La ley de compañías en su artículo 207 numeral 6, concede derecho preferente a los accionistas de una compañía anónima para participar en un aumento de capital, suscripción que deberá realizarse en proporción a sus acciones dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de publicación por prensa de la resolución de junta general para tal efecto. Este derecho es facultativo del socio, esto es, que puede ejercerlo o no, por consiguiente, se podría decir que el derecho de preferencia es de carácter negociable considerando que habilita a su propietario o titular en disponer de este cuando así lo desee. En otras palabras, la libertad de negociación que ampara la posibilidad de enajenar acciones también faculta al socio para negociar su derecho para suscribir acciones. La Ley de Compañías en sus artículos 188 y 181, así como la ley de mercado de valores en sus artículos 32 y 35, establecen claras normas que impiden se establezcan limitaciones estatutarias o contractuales que establezcan requisitos o formalidades para la transferencia de las acciones o el derecho a suscribir acciones. De otra parte, hay normas en el derecho civil que establecen la autonomía de la voluntad, el artículo 1453 del código civil reconoce a la voluntad como fuente para producir obligaciones, pues el ser humano se obliga conforme a su propio querer, su actuar está asentado en el libre albedrío de manera que responde bajo su propia cuenta y riesgo. Bajo este argumento, ¿es posible pactar un derecho de tanteo? O ¿hay objeto ilícito en un convenio de tanteo? En este escenario, es el socio el que se obliga

con otro socio o con un tercero para cumplir con una prestación de hacer o no hacer; la obligación es consecuencia de un acuerdo de voluntades.

El artículo 11 del código civil, establece que los derechos conferidos por las leyes son susceptibles de renuncia siempre que solo mire al interés particular del renunciante. La prohibición del artículo 189 último inciso de la ley de compañías está orientada a proteger al socio de estipulaciones estatutarias o contractuales que limiten su derecho a la transferencia de acciones, pues el artículo 191 de la normativa antes señalada, establece que el principio de libre negociación de acciones no admite limitación alguna. Sin embargo, se debe considerar que este principio de libre negociabilidad de acciones atiende al interés individual del accionista pues su principal objetivo es el de beneficiar exclusivamente al socio y no al público en general. Por ende, las cláusulas contractuales, las estipulaciones o contratos que celebren los accionistas de una compañía anónima ecuatoriana por el cual se autoimponen limitaciones al derecho a la libre negociación de las acciones reconocidas en la ley, desde mi punto de vista, si son válidas, en tanto y en cuanto no se hayan impuesto en el contrato social (entre la sociedad y el socio), ni en contrato extra o fuera del estatuto que pretenda limitar erga omnes y a la compañía, la libre transferencia de las mismas.

Son válidas porque al realizarse fuera del Estatuto y en relaciones bilaterales entre socios y terceros no limitan el derecho reconocido por la ley por el cual la sociedad no puede limitarle al socio, ni el socio a la sociedad. Es una limitación que se autoimpone el socio. La limitación impuesta por la ley mira al interés individual del socio no al general del público, no al interés general de los demás socios, no al interés general de la compañía. Su incumplimiento y sus consecuencias punitivas solo pueden exigirse inter partes, esto es entre las partes contractuales que las acordaron. Del mismo modo, hay que tomar en cuenta que si bien es cierto la transmisibilidad de las acciones constituye un principio esencial de las sociedades anónimas, puesto que este permite recoger la mayor cantidad de capital posible y atraer potenciales inversores que aportarán al crecimiento de la compañía, parecería ilógico pensar que los socios querrían limitar este incentivo a la libre transmisibilidad, atentando contra ese lógico objetivo; sin embargo considerando otras circunstancias no menos importantes varios doctrinarios se han manifestado al respecto y han llegado a la conclusión de que no siempre las Sociedades Anónimas responden a este exclusivo criterio de libre movilidad de capitales.

Es muy frecuente que en el momento constitutivo se reúnan determinadas personas que quieren defender la integridad personal del grupo, basada en una comunidad de conocimientos técnicos; de creencias ideológicas; de intereses; en la pertenencia a una misma familia; en el interés de que un grupo no pierda la mayoría y el control sobre la sociedad (Pont, 1963), ante estos casos es común que en muchos países se use la figura de las cláusulas de Conocimiento, opción o tanteo, las cuales son emuladas con el Derecho de Tanteo.

Este tipo de cláusulas estatutarias que tienden a restringir el ingreso de personas que no reúnan ciertos requisitos para ser socio se encuentran prohibidas en el Ecuador, *“El Convenio privado por el cual se estipula que el accionista de una compañía necesita del consentimiento de otro accionista para enajenar sus acciones, es absolutamente nulo y por lo tanto carece de todo*

valor legal." (Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías, 1997, pág. 163), en efecto, una de las formas de negociar con las acciones de una compañía anónima, suele ser la de limitar o restringir el derecho a enajenarlas sin haberlas ofrecido con anterioridad a los socios no transmitentes, a través de los pactos conocidos como derecho de Tanteo, pues este acuerdo supone que la comunicación de la intención de venta de una participación social, corresponde en primer lugar a los socios preexistentes y en, caso de no ejercitarla ninguno, a la colectividad. Sin embargo, ¿no sería acaso posible pensar que limitar estas cláusulas, constituiría una limitación injusta a la autonomía de la voluntad de las partes que les permite contratar libremente acuerdos que solo miren al interés particular?

La naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima responde a grandes capitales y una gran cantidad de socios, al restringir la libre circulación de las acciones se limitaría la fluidez de contratación propia de estas compañías, forzándolas a constituirse por grupos reducidos de accionistas y por ende produciendo una afectación en su capital.

El derecho a transmitir la acción es un derecho inderogable que forma parte de las bases esenciales de la sociedad anónima, el cual se concreta en la facultad de disponer libremente de ellas cuando no esté expresamente limitado por los estatutos o por la ley (Pont, 1963).

Las acciones de una compañía anónima según nuestra legislación conceden una serie de derechos para quien sea su titular, los mismos que tienen el carácter de fundamental, dentro de los cuales se destaca la libre negociabilidad de acciones. El término libremente quiere decir sin impedimentos o trabas, el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, lo define como "*estado existencial del hombre en el cual este es dueño de sus actos y puede auto determinarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior.*" (Ossorio, 2006). Los socios pueden disponer de sus acciones independientemente de la aceptación de los demás accionistas de la compañía, la ley los faculta para renunciar o negociar su derecho cuando se origine como consecuencia de su voluntad y no de una estipulación del contrato social.

La libre negociación de acciones también se analizaba en la Doctrina de la Superintendencia de Compañías 65, donde se señalaba que dentro del contrato social de una sociedad anónima no podría incluirse estipulación alguna que limite la libre negociación de acciones, aún bajo concepto de renuncia. El artículo 189 de la Ley de Compañías, prohíbe establecer formalidades que no estuvieren contempladas dentro del estatuto o contrato social. ¿Es el derecho de tanteo un requisito previo para la transferencia de acciones? En la doctrina No. 141 de la Superintendencia de compañías se ratifican los derechos establecidos en la ley respecto de la libre negociación de las acciones, sin embargo, esto no contradice al llamado derecho al tanteo debido a que este no implica dependencia de un tercero que deba prestar consentimiento para que otro accionista transfiera su acción, sino únicamente una preferencia respecto al orden de oferta de determinadas acciones, es decir, que el accionista interesado en enajenar sus acciones siempre terminará enajenándolas si esa es su decisión, bien sea a favor del accionista que hace uso de su derecho de tanteo o a favor de un tercero; situación que no ocurriría en el evento que

se requiera del consentimiento previo, pues de ser así, atentaría contra la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas, convirtiéndolas en sociedades de responsabilidad limitada.

En suma, mirando al interés individual si es renunciable al tenor de lo establecido en el artículo 11 del código civil, y se encuadra en el principio de la autonomía de la voluntad que solo se limita cuando en ella se atenta contra el derecho de los demás y del interés público. Si esta limitación fuese tan absoluta y no pudiese prometer vender las acciones a una persona en específico. Al pactar un derecho de tanteo, en el fondo lo que existe es una promesa de celebrar un contrato que no produce obligación alguna salvo concurran las siguientes circunstancias como son que la promesa conste por escrito y que el contrato prometido no sea de los que la ley declare ineficaz. Es un convenio personal porque el socio se obliga personalmente sin involucrar a las acciones, implícitamente se está comprometiendo a un hecho futuro, obligándose a hacerle conocer la oferta primero a aquel con el que pacte el derecho de opción bajo el mismo precio y en las condiciones que el ofertante decida. El incumplimiento de esta promesa, faculta al tercero que no ha sido respetado en su derecho de tanteo o primera opción a iniciar acción indemnizatoria por daños y perjuicios, según lo acordado.

Formas de acuerdo:

- Prefiero a X en igualdad de condiciones, o en condiciones superiores;
- Prefiero a X si tiene la calidad de gerente general de la compañía;
- Prefiero a X si es el accionista mayoritario y cuenta con Y número de acciones;
- Doy a X la primera opción de compra, siempre que no me las compre Y;
- Vendo las acciones a X si me reconoce derechos adicionales al precio.

3.3 Acciones registradas en el mercado de valores

Los socios podrán disponer libremente de sus acciones, exceptuándose de aquellas acciones registradas en el mercado de valores, debido a que estas transacciones deben realizarse únicamente en el mercado bursátil. En este escenario, el interesado debe acudir necesariamente a un intermediario de valores autorizado, esto es, una casa de valores, que presentará al inversor las opciones de compra o venta de acciones disponibles en el mercado, explicando la rentabilidad que propone la compañía ofertante por dichas acciones dentro del mercado primario. En el caso de las personas que posean el diez por ciento o más del capital suscrito de una compañía registrada en el mercado de valores, la ley de mercado de valores en su artículo 35 señala que, tanto los administradores como representantes legales deberán informar a la Superintendencia de Compañías sobre la transferencia de acciones con cinco días término de anticipación a efectuarse la transacción. De manera que, los pactos celebrados entre socios gozarán de validez siempre y cuando sean compatibles con la ley.

Capítulo IV

Derecho de tanteo

El derecho de tanteo es un tipo de derecho de adquisición preferente que otorga a su titular la facultad de adquirir el derecho de propiedad sobre una cosa ajena, pagando el titular del derecho de tanteo el mismo precio y en las mismas

condiciones que lo iba a pagar el tercero, cuando se había proyectado enajenar la cosa a título oneroso. En conclusión, este derecho faculta para adquirir una cosa antes que otro, pagando el precio que éste asumiría. (Sepúlveda, 2003)

En otras palabras, es en virtud del derecho de adquisición preferente, que el titular de este derecho está facultado para adquirir determinada cosa antes que un tercero, cuando su propietario ha decidido ponerlo en venta, pues este último está obligado a comunicar su intención de vender o enajenar. La capacidad de venta del accionista ofertante está limitada en cuanto a la primera opción de compra, sin embargo, si los accionistas restantes no ejercen su derecho de preferencia, el ofertante es libre de ofrecer sus acciones a terceros ajenos a la compañía.

“Derecho que por ley, costumbre o convenio se concede a una persona para adquirir algo con preferencia de otros y por el mismo precio, en caso de enajenación a título oneroso.” (Cabanellas, 2003, pág. 134). El derecho de tanteo o right of first refusal, es un derecho contractual en el que se le ofrece a alguien y en el caso de sociedades anónimas o de capital, a un tercero o a un socio, la oportunidad de participar dentro de una transacción comercial. Es excluyente pero no es obligatorio. El accionista de una compañía anónima que pretenda vender la acción debe abstenerse inicialmente de incorporar nuevos accionistas a la compañía y por ende acudir en primer lugar, ante los accionistas existentes para que sean estos quienes acepten o rechacen la oferta de las acciones colocadas en venta. Este enfoque del derecho de tanteo, ya hemos dicho que en nuestra legislación no es admisible si consta como una limitación general al derecho a la libre negociabilidad de las acciones, impuesta por el estatuto o el contrato social. Creemos que si es posible en cuanto sea exclusivamente una limitación extra estatutos o contrato social y solo entre partes ajenas que no obliguen a la sociedad ni a los demás socios.

En el derecho civil guatemalteco, el derecho de tanteo es concedido como uno de los privilegios de los copropietarios dentro del régimen de la copropiedad, que, a diferencia de otras legislaciones como la española, no contempla el derecho de retracto o la posibilidad de inscribir este derecho en el registro general de la propiedad, para la legislación guatemalteca el derecho de tanteo es un derecho personal que no constituye un requisito formal dentro de una negociación jurídica pero que limita su ejercicio en cuanto sea respetado por los condueños antes de considerar hacer partícipe a un tercero no preferente. De acuerdo con el doctrinario Hohfeld, el derecho de tanteo es bilateral, está conformado por un por un deudor o copropietario vendedor, que tiene la obligación de comunicar su intención de enajenar o vender en los mismos términos que lo habría hecho con un tercero, y un acreedor o copropietario no vendedor que debe ejercer su derecho de tanteo dentro del plazo de 15 días después de la notificación de la propuesta de compraventa entre el copropietario vendedor y un tercero. Este derecho se configura sobre sujetos determinados, por tanto, es oponible únicamente a quien corresponde realizar la prestación, que en caso de incumplimiento faculta a su titular para accionar por daños y perjuicios. El Artículo 491 del Código Civil de Guatemala, dispone que los condueños tienen derecho a ser preferidos en la adquisición de derechos que otro copropietario pretenda enajenar a un tercero, sin que esto signifique que los primeros deban prestar su consentimiento para contratar, únicamente están obligados a informar la negociación que desean realizar para que, en efecto, sean los copropietarios preferentes quienes tengan la facultad de aceptar o rechazar

la primera oferta. En el ámbito mercantil, por principio general, la enajenación de acciones dentro de una compañía anónima no necesita del consentimiento de otros accionistas para gozar de validez. Sin embargo, se pueden establecer restricciones que limiten la transmisibilidad de acciones en la escritura constitutiva de la compañía. Pues como indica Morales Berreondo, al citar al tratadista García Rendón, *una de las principales características de la sociedad anónima es la de la libre transmisibilidad de los derechos del socio, por lo que el hecho de permitir pactar en los estatutos establecidos en la escritura constitutiva la forma de transmisión de las acciones, anula esta característica y principio (...)*. (Berreondo, 2016). Sin embargo, García Rendón también señala que en la práctica es lícito estipularse un derecho de tanteo como condición restrictiva en el contrato social, de modo que, cuando los socios deseen enajenar sus acciones, la sociedad como tal, tendrá derecho para adquirirlas bajo el mismo precio y en igualdad de condiciones. Para este doctrinario, la sociedad busca proteger los derechos de los socios que permanecen dentro de la sociedad frente a los que se separan de la compañía debido a que puede existir un conflicto de intereses entre los accionistas miembros de la sociedad y de aquellos que pretenden ingresar.

Como habíamos señalado en el capítulo tres, en España, las sociedades anónimas son libres de incluir dentro de sus estatutos un régimen independiente de transmisión de participaciones sociales en el que se establezca forma, precio, plazo y condiciones de adquisición de derechos, para ejemplificar, dentro de las condiciones para adquirir un derecho, se puede estipular que, en caso de no realizarse la transmisión proyectada en un plazo determinado, deberá reiterarse la notificación para un nuevo proyecto y que además no se reconocerá la calidad de socio a quien no haya adquirido las participaciones en conformidad con lo antes señalado². Por consiguiente, el contrato de compraventa es jurídicamente ineficaz cuando ha sido celebrado en ausencia de la comunicación de venta impidiendo el ejercicio del derecho de adquisición preferente de quien tenga su titularidad. Pues como lo señala el artículo 3 del código civil español, los actos contrarios al ordenamiento jurídico son nulos. Cabe recalcar que los derechos y obligaciones contraídos a efectos de una compraventa de acciones afectan solamente a aquellos que celebraron el contrato excepto en los casos que no se ejercite el derecho de tanteo, por lo que el incumplimiento de esta cláusula estatutaria de transmisión de participación social no afecta negativamente a la sociedad por cuanto el contrato de compraventa está subordinado a un hecho futuro incierto que podría o no ocurrir que tiene por objeto la mera oferta de venta, pero que sin embargo, da lugar a una acción por daños y perjuicios además de la sanción contemplada en el estatuto, pues cuando las condiciones son claras se estará al tenor de lo contenido dentro de ellas. Artículos 1089 y 1281 Código Civil Español.

En el año 2012, se presentó en primera instancia ante el Juzgado de lo Mercantil n° 6 de Madrid la demanda por la actora Da. Celia en la solicita la nulidad de la compraventa a favor de D. Julián y D. Leovigildo, bajo el argumento de que ella en su calidad de socia, había acordado con la compañía Jackets Jeans SL un derecho de tanteo por lo cual ella tenía el derecho de preferencia para adquirir 200 participaciones de autocartera de dicha compañía. El juez a-quo

² Puig Codina, S.A. y Jumarfe, S.A. v. D^a Felisa , D. Feliciano , D^a Martina , D. Camilo , D^a Valle , D^a Enma , D^a Maribel y la entidad Nueva Rumasa, S.A [2010]STS 1297/2010 118/2010 (Tribunal Supremo Sala de lo Civil).

se pronunció favor de la parte actora invalidando la compraventa y privando de la calidad de socios a los señores D. Julián y D. Leovigildo, quienes, al presentar recurso de apelación ante el tribunal provincial de Madrid, en sentencia No. 100/2013, Rollo de Apelación n° 37/2012 desestimaron lo decidido por el juez de primera instancia, pues el tribunal de alzada consideró que la actora carecía de un derecho de tanteo y retracto debido a que la mayoría de socios en junta general habían consentido en la transmisión a los ejecutivos del grupo, y señala como principal fundamento, que para que tenga validez el derecho de tanteo debe estipularse como cláusula en el estatuto.

Los acuerdos inter partes buscan proteger el interés de la sociedad, y asegurar el equilibrio y funcionamiento eficaz de la compañía, por lo que la doctrina admite la posibilidad de restringir parcialmente la libre negociabilidad de acciones y prohíbe las restricciones absolutas que secunden las actuaciones abusivas por parte de los socios. Ballentine, explica que la limitación a la transmisión de acciones puede provenir de mandato legal. Imposición gubernamental o acuerdo entre partes, estén estas conformadas por accionista y accionista o, accionista y un tercero ajeno a la sociedad. Cuando no exista disposición expresa de autoridad competente, las acciones son por principio general libremente negociables y, por ende, la sociedad debe admitir la adquisición de una acción realizada de buena fe. Finalmente, este autor, agrega, que los socios pueden incorporar en el estatuto limitaciones a la transferencia de acciones cuando no sean contrarias al orden público.

De igual manera, el código civil italiano en su el art. 2355 establece que se pueden incorporar condiciones especiales para la enajenación de las acciones nominativas. El derecho colombiano en su artículo 107 de la ley de sociedades de capital admite las restricciones estatutarias, y dispone que en caso de que no exista una regulación estatutaria para la transferencia de participaciones sociales, se seguirán las reglas fijadas en dicho artículo. En concordancia con el artículo 379 del código de comercio colombiano que manifiesta que el derecho de negociar libremente las acciones estará limitado cuando se estipule el derecho de preferencia a favor del accionista o la sociedad. En virtud de la autonomía de la voluntad, las cláusulas restrictivas de transmisión de acciones serán válidas cuando sean adoptadas en conformidad con la ley. El tratadista Broseta Pond, plantea la hipótesis de que un grupo minoritario de accionistas pudiera tener un interés divergente de aquel manifestado por la mayoría de accionistas en virtud de los cuales se estipularon las restricciones estatutarias, por lo cual estima necesario que estas condiciones deben regularse por parámetros mínimos de licitud. Sin embargo, como se ha manifestado en el capítulo tres y en concordancia con el autor García Rendón, este tratadista expresa que las restricciones estatutarias están orientadas a precautelar el bien social, excluyendo cualquier injerencia de naturaleza contrapuesta.

4.1 ¿Derecho real o derecho personal?

La doctrina explica que el derecho real³ es una figura introducida por el derecho romano, que señala la relación jurídica que existe entre un sujeto y determinada cosa, en contraposición del derecho personal⁴ que supone una relación existente entre personas. Los derechos reales se distinguen de los derechos personales por el objeto que persiguen, en el derecho real, el objeto es el bien específico mientras que, en el derecho personal, el objeto consiste en una prestación de dar, hacer o no hacer. El derecho real necesita de un título y un modo para su constitución, mientras que los derechos personales nacen de la ley, contrato o convención. Al ser el derecho real de carácter erga omnes, oponible frente a todos, se garantiza su efectividad e inmediata ejecución, excluyendo a cualquier tercero que pretenda derecho alguno sobre el objeto. Es aquí donde se produce la discusión, ¿puede ser considerado el derecho de tanteo como un derecho real o como un derecho personal?

Desde el punto de vista clásico, el derecho de adquisición preferente no puede ser considerado como un auténtico derecho real por cuanto no otorga a su titular una relación directa e inmediata sobre el bien. Sin embargo, en el derecho español se admiten ambas clases de naturaleza, en Suiza es consagrado como un derecho personal. En España, cuando el derecho de opción o tanteo es fijado por la ley se está ante un auténtico derecho real debido a que se concede la facultad de perseguir la cosa en manos de quien la tenga, pero, cuando el derecho de tanteo se origina mediante vía contractual, se considera que se está ante un derecho personal, pues no concede acción de reivindicación sino la acción indemnizatoria por daños y perjuicios. A pesar de esto, cuando el contrato es inscrito en el registro de propiedad, deja de ser un derecho personal para convertirse en un derecho real. Por otro lado, tanto el derecho suizo como el derecho alemán conciben al derecho de tanteo como un derecho de naturaleza personal.

La legislación mexicana lo llama derecho al tanto, y lo limita a casos donde exista una copropiedad de bienes y por tanto exista la obligación de notificar al copropietario la intención de transferir el dominio a un tercero, con el objetivo de que éste ejerza su derecho de primera opción de compra y no proceda la acción de retracto. Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones, el derecho mexicano incluye una tercera consideración que es el derecho de tanto como una limitación al derecho real de propiedad por cuanto se restringe al copropietario de disponer de su bien de forma autónoma. Al igual que en España, ciertos estados de México regulan al derecho de tanto con mayor severidad, sin embargo, no hay una consideración unánime que defina su naturaleza jurídica, siendo la más cercana la teoría del derecho personal, debido a la facultad que tiene un sujeto de exigir a otro una prestación.

³Derecho real: “todo ente que tiene una existencia concreta o abstracta, más, sin embargo, el bien es una cosa en cuanto ésta puede ser o es susceptible de apropiación y valoración patrimonial” Hattenhauer, Hans, Conceptos fundamentales del derecho civil: Introducción histórico-dogmática. pág. 41

⁴ Derecho personal: “es aquella relación jurídica en virtud de la que una persona determinada, llamada deudor, está vinculada a un comportamiento valorable para satisfacer un interés, aunque no sea patrimonial de otra persona determinada, llamada acreedor, que tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera.” Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de obligaciones, pág. 30

4.2 Elementos del derecho de tanteo

A nivel estructural, el derecho de tanteo está conformado por elementos objetivos, subjetivos, sustanciales y eventuales. El presupuesto de hecho se configura por la intención de enajenar o de vender la acción por parte del socio.

Elemento objetivo: es el bien patrimonial sobre el cual se quiere ejercer el derecho de preferencia. Objeto sobre el cual recae el derecho real o personal, según la caracterización que cada legislación le otorgue.

Elemento subjetivo: La relación jurídica está representada por un sujeto activo que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación, y un sujeto pasivo, que se obliga a favor de otro, en el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer. En el derecho de tanteo intervienen tres sujetos, el sujeto activo que es quien tiene el derecho a ser preferido en la compra del bien que ha sido colocado en venta, y el sujeto pasivo que es el propietario del bien cuya intención es la de vender o enajenar; y, por último, el tercer sujeto también llamado proponente, a quien el sujeto pasivo ha ofrecido vender, sin consulta previa del sujeto activo y del cual puede surgir el derecho del sujeto activo.

Elemento sustancial: Código Civil. Libro IV, título I, II y XII. Por último, existe un elemento eventual dividido en tres momentos: negocial o propositivo, modificación y, ejercicio optativo.

- a) Negocial o propositivo, el titular o propietario de las acciones manifiesta su deseo de enajenar o vender ofreciendo sus derechos a un tercero. Conviene precio, plazo, forma de pago e intereses. El acuerdo realizado entre el sujeto pasivo y el tercero es sustancial para el derecho de tanteo pues es en base a esta negociación que el sujeto activo reclama su derecho a ser preferido.
- b) Notificación, el propietario del bien o sujeto pasivo pone en conocimiento del sujeto activo las condiciones de venta pactadas con el tercer proponente.
- c) Ejercicio optativo, el sujeto pasivo tiene la facultad de contratar con el tercer proponente cuando el sujeto activo desee pactar condiciones distintas e inferiores a las estipuladas entre el sujeto pasivo y el tercero. La preferencia otorgada por el derecho de tanteo no comprende ventajas en cuanto a contratación sino en cuanto al orden de pactar.

Conforme a la legislación ecuatoriana, el derecho de tanteo está categorizado como un derecho personal por cuanto exista un convenio social que limite a un accionista para disponer de sus acciones, y lo obligue a comunicar su intención de vender a quien ejerza su derecho de tanteo antes de acudir a una persona ajena a la compañía, bajo las mismas condiciones de pago que pudiesen haberse pactado con ésta última.

Capítulo V

Derecho de preferencia

El derecho de preferencia es aquel que faculta al socio para participar en la suscripción de acciones a prorrata de su participación accionaria cuando se resuelva un aumento de capital. Este derecho únicamente opera cuando existe un incremento patrimonial real, es decir cuando la ampliación de capital proviene de una contribución efectiva realizada por el socio sea por aporte en numerario o especie, o sea por compensación de créditos, de modo que, el derecho de preferencia posee un contenido patrimonial y a la vez corporativo, pues como fue definido en

el primer capítulo, las acciones confieren a su titular derechos políticos y económicos, tales como intervenir en las decisiones de junta general y participar del patrimonio social aun antes de fijarse un incremento de capital. La resolución de aumento de capital debe satisfacer los requisitos contemplados por ley para tal efecto, además de contener la forma y el plazo de pago del mismo.

La ley de compañías señala cuatro medios admisibles de pago y establece que solamente podrá convenirse la elevación del capital social cuando se haya pagado al menos el cincuenta por ciento del capital inicial, los socios que se hallen en mora del pago de la suscripción original no gozarán del derecho preferente. De acuerdo con el modo en se realice dicho aumento, recibirá el nombre de derecho de atribución o derecho de preferencia. En el llamado derecho de atribución no existe una suscripción de acciones propiamente dicha, el aumento de capital se realiza por capitalización de reservas o por revalorización de activos. Si bien existe un incremento en el valor del capital social, esto no constituye un verdadero incremento patrimonial por tratarse del simple traslado de cuentas patrimoniales preexistentes dentro de la compañía, esto es, que el aumento proviene de una reclasificación de recursos internos más no de un efectivo aporte patrimonial. El artículo 74 de la ley de compañías señala que es preciso reglamentar la emisión de acciones delimitando las condiciones del contrato de sociedad a celebrarse con los suscriptores, y restringe el pago al veinte y cinco por ciento del valor de la acción cuando este se hiciera a plazos. Evidentemente, toda ampliación de capital produce pérdidas en tanto el contenido económico de la acción se diluye, pese a que el accionista incrementa el número de acciones de las cuales es propietario, la emisión de nuevas acciones implica la multiplicación de títulos, por ende, requiere la fragmentación de su valor a efectos de ser repartidas con las acciones preexistentes.

Por otra parte, el aumento de capital requiere de quorum decisorio por mayoría de votos o unanimidad de los accionistas de acuerdo con la modalidad de pago que se adopte. El aumento de capital por compensación de créditos requiere de la mayoría de votos, mientras que el aumento de capital por aportaciones en numerario o especie requiere unanimidad de los accionistas sólo cuando se eleve el valor de las acciones, pero no cuando se emitan nuevas acciones. La diferencia estriba en que, en el primer caso, todos los accionistas tienen que aportar nuevos recursos y en su defecto, sus acciones originales serán sustituidas por unas nuevas. En el segundo caso, los que suscriben acciones reciben títulos separados sin que se afecten los originales, bajo estos precedentes cabe interrogarnos si, ¿el derecho de preferencia tiene carácter imperativo o dispositivo? ¿es posible su renuncia?

5.1 Derecho de preferencia: ¿carácter imperativo o dispositivo?

Mantilla (1993) afirma que este derecho *“no puede renunciarse sino una vez que se ha perfeccionado, en virtud del acuerdo de aumento del capital social”* (p.361). Este derecho es de carácter imperativo, pero no es absoluto. Pese a que es concedido por el ordenamiento jurídico, el socio puede abstenerse de ejercer su derecho de preferencia frente a la eventualidad de defender su participación dentro de la compañía, pues si bien es cierto, uno de los problemas exponenciales que enfrentan los socios minoritarios es el abuso de poder por parte de los socios mayoritarios, que estratégicamente convienen un aumento de capital para excluir a aquellos que

se ven imposibilitados de suscribir nuevas acciones. Bajo el mismo sustento jurídico por el cual se permite convenir libremente un acuerdo de tanteo sobre las participaciones sociales por una imposición de la autonomía de la voluntad, también se faculta al socio para pactar un derecho de tanteo sobre un derecho de preferencia o suscripción de acciones, pues como hemos establecido el derecho de preferencia es de carácter imperativo, de manera que la renuncia a este derecho es admisible en conformidad al artículo 11 del código civil cuando se mire al interés particular del socio, como es el caso que se busca el bienestar individual del accionista en lugar del bien social de la compañía.

La superintendencia de compañías ha reglamentado la aplicación de este derecho mediante resolución en el que se señala el procedimiento, condiciones y plazos a los que debe sujetarse, 30 días de acuerdo con el reglamento de derecho de preferencia en compañías, artículo 7. Al ser el derecho de preferencia un derecho facultativo del socio es susceptible de renuncia y por ende puede ser objeto de negociación, el artículo 181 de la ley de compañías, señala que el representante legal de la sociedad tiene la obligación de poner a disposición de los socios el certificado de preferencia que podrá tener incorporado el derecho de preferencia que otorgará a su titular el derecho de suscribir el número de acciones determinadas en dicho certificado en igualdad de condiciones contempladas por la ley, las resoluciones de la compañía y el estatuto en el plazo de quince días hábiles posteriores a la fecha de la resolución de aumento de capital. Dicho certificado podrá ser negociado en la bolsa de valores o fuera de ella.

Conclusiones

Si bien es cierto los conceptos entre derecho de tanteo y derecho de preferencia pueden ser equiparables, una de las diferencias más significativas entre estos derechos es que el derecho de preferencia se relaciona concretamente con el derecho que tiene el socio para suscribir acciones nuevas mientras que el derecho de tanteo opera respecto a la cesión de la participación social. Adicionalmente, el derecho de preferencia es de carácter legal, mientras que el derecho de tanteo es de carácter convencional. Por esta razón, se podría definir al Derecho de Tanteo como el derecho preferencial que actúa cuando se autoriza un acto que posibilite la cesión de acciones a favor de una persona ajena a la sociedad, facultando a los socios o cualquier tercero para adquirirlas antes de que esto suceda, es decir que opera como una especie de cláusula en la que el titular del derecho puede intervenir en una operación comercial de aquel con el que suscribe el pacto antes de que éste entre en negociación con un tercero.

Por principio doctrinario y legislativo las acciones en una sociedad anónima son esencialmente negociables pues se facilita la participación de inversionistas que apoyen con su capital para el financiamiento de una compañía. La normativa nacional recoge este principio como un derecho fundamental del socio del cual no se lo puede privar, pero que es susceptible de renuncia en tanto solo afecte su interés particular, dicho de otro modo, el accionista es libre de convenir mediante pacto privado un derecho de tanteo con otro socio para que sea él quien tenga la primera opción de compra, exceptuándose aquellas acciones registradas en el mercado de valores las cuales únicamente pueden negociarse por una entidad intermediaria autorizada. Entiéndase esta estipulación como un paso previo para la transacción comercial, sin que esto

signifique que requiera de autorización o mucho menos constituya una formalidad, es tan solo la opción para adquirir preferentemente o rechazar primero. Pese a que en otras legislaciones se contempla la posibilidad de restringir estatutariamente la transmisibilidad de acciones, este tipo de cláusulas en el Ecuador están estrictamente prohibidas, es decir que, el estatuto no puede contener normas encaminadas a limitar la cesión de participaciones sociales.

Bajo el principio *pacta sunt servanda*, los socios son libres de convenir compromisos conforme a su voluntad, en tanto aquellos no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público. La prohibición contenida en el artículo 188 de la ley de compañías pretende proteger a los socios de los actos abusivos que pudieran ejecutarse al incluir en el contrato social restricciones estatutarias. Sin embargo, nuestro código civil ampara la renuncia de los derechos que miran al interés particular del individuo y en su defecto, permite la celebración de contratos que no contravengan al derecho público ecuatoriano, por tanto, una cláusula contractual celebrada por los accionistas de una compañía anónima por la cual se limite la transferencia de participaciones sociales es válida cuando ésta no haya sido originada por imposición del contrato social. La limitación impuesta por la ley de compañías vela por el beneficio exclusivo del accionista y por tanto el derecho de tanteo se encasilla en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes permitido por la legislación civil ecuatoriana. En definitiva, es posible convenir un derecho de tanteo frente a la libre negociabilidad de las acciones, pues el derecho de tanteo es compatible con la codificación civil vigente y no atenta contra la naturaleza jurídica de las compañías anónimas.

Bibliografía

- Ballantine, H. W. (1946). *Ballantine on Corporations*. Chicago: Callaghan.
- Berreondo, K. M. (5 de abril de 2016). *Biblioteca virtual Guatemala*. Obtenido de <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2016/07/02/Morales-Kathryn.pdf>
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo 3*. Buenos Aires: Heliasta.
- Capdevila, E. B. (2004). *Opción, tanteo y retracto*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Cobles, J. H. (2008). *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamericana*. Barcelona: Atelier.
- De la Mata Pizaña, F., & Garzón Jiménez, R. (2005-2011). *Bienes y derechos reales*. México: Porrúa.
- Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías*. (1997). Registro Oficial No. 141.
- Enrique Zaldívar, R. M. (1975). *Sociedades por acciones, sociedades anónimas y en comandita por acciones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Iglesias, A. N. (2000). *La empresa informativa*. Barcelona: Ariel Comunicación.
- Ley de Compañías. (1999). *Ley de Compañías*. Obtenido de <https://www.supercias.gov.ec/web/privado/marco%20legal/CODIFIC%20%20LEY%20DE%20COMPANIAS.pdf>
- María., J. L. (1998). *Los contratos. Parte General. Tomo I. Segunda edición actualizada*. . Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Molina, R. M. (1946/1993). *Derecho Mercantil*. México: Porrúa.
- Morales, A. I. (Octubre de 2009). *Biblioteca Central de la Universidad de San Carlos de Guatemala*. Obtenido de biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8056.pdf
- Ossorio, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pont, M. B. (1963). *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. Madrid: Tecnos.
- Rendon, M. G. (1993). *Sociedades Mercantiles*. México: Oxford.
- Sandoval, C. A. (2001). Transmisibilidad de acciones y sus restricciones. *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (pág. 217 a 231). Rosario: Universidad Argentina de la Empresa.
- Sepúlveda, P. G. (2003). Derechos de Adquisición Preferente. *Apuntes Jurídicos*, 18.
- Valle, A. R. (2007). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Sánchez Sellán, Landy Ericka**, con C.C: # **(0930511167)** autor/a del trabajo de titulación: **La libre negociación de acciones en las compañías anónimas y el Derecho de Tanteo o Acuerdos Privados con Terceros Autolimitando su Libre Negociación** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **15 de septiembre de 2017**

f. _____

Nombre: **Sánchez Sellán, Landy Ericka**

C.C: **0930511167**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La libre negociación de acciones en las compañías anónimas y el Derecho de Tanteo o Acuerdos Privados con Terceros Autolimitando su Libre Negociación		
AUTOR(ES)	Landy Ericka, Sánchez Sellán		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Gustavo Xavier, Ortega Trujillo		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de septiembre de 2017	No. DE PÁGINAS:	31
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho societario, derecho civil, derecho mercantil		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Negociabilidad, sociedad, libremente, preferencia, derecho de tanteo, compañía anónima, convenio privado.		
RESUMEN/ABSTRACT :	La libre circulación de capital o libre transferibilidad de la inversión efectuada en las sociedades anónimas es una característica innata de estas compañías que permite la libre salida y entrada de inversores, que fomentan su financiamiento. Este principio de libre negociabilidad de acciones es consagrado por la ley de compañías en su artículo 191 y 189, en los cuales se dispone que la negociación de acciones no admite limitaciones. Sin embargo, el código civil ecuatoriano faculta a los sujetos para celebrar contratos o convenciones que cumplan con sus requisitos de validez y sean compatibles al ordenamiento jurídico. Frente a esta disyuntiva, nos preguntamos, ¿es posible renunciar a esa prohibición y celebrar un compromiso Inter partes? ¿puedo estipular clausulas con un accionista o un tercero por la cual me autoimponga una limitación al derecho de libre negociabilidad de mis acciones? Este pacto se conoce como derecho de tanteo y faculta a otro socio o a un tercero para adquirir las acciones que han sido colocadas en venta antes que otro, de allí su nombre right of first refusal. A diferencia del Derecho Español que admite tres tipos de restricciones para la transmisibilidad de acciones, la normativa nacional vigente prohíbe las restricciones estatutarias, y todas aquellas restricciones que sean contrarias al ordenamiento jurídico y al orden público, pero reconoce a el acuerdo de voluntades como fuente de obligaciones.		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-980-135-980	E-mail: landyericka@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593-99-460-2774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			