

## **PROLOGO**

I.-Celebro la aparición de este libro y doy nuevamente las gracias a su autor por permitirme, por tercera vez, prologar una obra suya, ya que primero lo hice con el libro “*Due Diligence para Abogados y Contadores*”, que escribió junto con el Contador Eguía y luego lo hice con el libro “Transferencia del control accionario. Claves para su negociación contractual”, ambos para esta misma Editorial. Como también este libro ya tiene una “introducción” de su propio autor, donde se brinda un panorama sobre su estructura, en este Prólogo me limitaré a formular algunas referencias sobre sus contextos, general y particular, sobre el tema en sí y sobre los aportes realizados por el autor.

II.-El contexto general de la obra está constituido por nuestro flamante Código Civil y Comercial de la Nación, con vigencia desde el primero de agosto de 2015 y que constituye una nueva regulación del “Derecho Privado Argentino” cuyas principales características y novedades son las siguientes:

-Son fuentes del Derecho las leyes, la Constitución y los tratados de derechos humanos, debiendo tenerse en cuenta la finalidad de la norma y ser interpretada por los jueces conforme con los principios y valores jurídicos mediante decisiones razonablemente fundadas, teniendo en cuenta la buena fe y no admitiendo el abuso de derecho.

-Se favorece la capacidad de las personas humanas, la igualdad y el trato no discriminatorio en todas sus formas.

-Se regulan en forma general y especial a las “personas jurídicas privadas” y se da carácter de tal al “consorcio de propiedad horizontal”.

-Se admiten el matrimonio con separación de bienes, el divorcio unilateral y las uniones convivenciales.

-Se unifican la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, introduciéndose la prevención del daño y un concepto ampliado de “dolo”.

-Se regula una parte general de “títulos valores”, respetándose la preeminencia de las leyes especiales (letra de cambio y pagaré, cheques, etc.) y se agregan reglas para el caso de pérdida, sustracción o destrucción de títulos y de libros de registros.

-Se introducen nuevos “derechos reales” como son los “conjuntos inmobiliarios”, el “tiempo compartido”, los “cementeros privados” y el derecho “de superficie”, que antes era solo forestal.

-Se reduce la “porción legítima” que le corresponde a los herederos forzosos, se admite el “pacto de herencia futura” en la empresa familiar, y se limitan los efectos de la acción reipersecutoria contra terceros en casos de donaciones.

-Se reducen los plazos de prescripción liberatoria, pasando el plazo general de diez a cinco años.

-Se establecen normas en materia de Derecho Internacional Privado en un capítulo especial.

III.-El contexto particular del libro resulta del tratamiento dado por el nuevo Código a los “contratos”.

Al respecto, cabe recordar que uno de los objetivos, largamente reclamados por parte de la doctrina y realizados en el nuevo Código, era el de la unificación de las obligaciones y de los contratos civiles y comerciales.

Al respecto, el Código Civil y Comercial presenta ahora a todos los contratos unificados, entre los que pueden discernirse las siguientes categorías:

a.-De contratos puramente civiles como la renta vitalicia (art. 1599), el juego y la apuesta (art.1609).

b.-De contratos civiles que eran también utilizados en las actividades comerciales, como son la permuta (art.1172), la locación (art.1187), los contratos de obras y servicios (art.1251), comodato (art.1533), donación (art.1542), cesión de derechos (art.1614) y transacción (art.1641).

c.-De los contratos duplicados, o sea que tenían una distinta regulación en sede civil y en sede comercial, los que son la compraventa (art.1123), el mandato (art.1319), mutuo (art.1525), fianza (art.1574), depósito (art.1356) y prenda común (art.2219).

Al respecto, corresponde afirmar que estos contratos fueron “comercializados” en tanto en ellos se dio, en general, preferencia a la solución comercial por sobre la solución civil, la que aparece regulada como regla, mientras que la solución civil queda, en algunos casos, como excepción conforme con las circunstancias.

Ejemplo de ello son, en materia de compraventas, la venta de cosa ajena (art.1132), la señal confirmatoria (art. 1059), y la obligación de entregar factura que se presume cuenta liquidada (art.1145).

d.-De los contratos típicamente comerciales regulados por el código de comercio o leyes incorporadas al mismo como el leasing (art.1227), transporte (art.1288), consignación (art.1335), corretaje (art.1345), algún contratos bancario ya tipificado (cuenta corriente art.1393), cuenta corriente común (art.1430) y fideicomiso (art.1666)

e.-Contratos ahora tipificados: Por otra parte, el nuevo Código incorpora y da estatuto legal a una serie de contratos comerciales que no tenían tipicidad jurídica, aún cuando existían en la realidad negocial y eran reconocidos por doctrina y jurisprudencia, como son algunos contratos bancarios no legislados (depósito, art.1390; préstamo y descuento, art.1408; y apertura de crédito, art.1410; caja de seguridad, art.1413; y custodia de títulos, art.1418), sin perjuicio de una parte general y de normas para consumidores bancarios (arts.1378 y 1384), factoraje (art.1421), agencia (art.1479), concesión (art.1502), suministro (art.1176), franquicia (art.1512), bursátiles (art.1429) y arbitraje (art.1649), incorporando además la cesión de posición contractual (art.1636).

En estos contratos, cabe destacar también la tendencia a la limitación de responsabilidad, como en el caso de la franquicia donde se establece que los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (art. 1520 inc. b).

f.-Contratos trasladados: Finalmente, el código recibe de la ley societaria a los contratos asociativos dándoles una mejor formulación, incorporando reglas generales (1442) y ampliando su uso también a favor de sujetos no son empresarios ni sociedades: negocios en participación (art.1448), agrupaciones de colaboración (art.1453), uniones transitorias (art.1463) y consorcios de cooperación (art.1470)..

g.-Contratos en leyes especiales: Otros contratos quedan fuera del Código, en leyes especiales, como las sociedades (19.550 y 26.994), los seguros (17.418), la prenda con registro (art.2220 CCCN y D.ley 15.348/46) y la transferencia de fondo de comercio (11.867).

IV.-En cuanto al tema en sí, la cuestión de las “tratativas precontractuales” no estaba prevista en el Código de Velez Sarsfield, aunque era ampliamente conocida por la doctrina.

La cuestión consiste en determinar si existe responsabilidad precontractual y en qué supuestos, a consecuencia de la ruptura de negociaciones que podrían haber concluido en la celebración de un contrato y, además, quién debe cargar con el pago de los gastos realizados y daños sufridos durante la negociación de un contrato que no se va a celebrar.

Al respecto, la intención del nuevo Código, siguiendo a sus Proyectos antecedentes, fue la de superar la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, para tender a una expresión unitaria de lo ilícito.

El nuevo sistema de responsabilidad precontractual se sustenta en el presupuesto de la libertad de contratar o de no hacerlo y, sobre tal base, las tratativas precontractuales o “pourparlers” son actos voluntarios y lícitos que preceden o pueden preceder a la formación del contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad.

En dicho ámbito aparecen una serie de deberes de conducta como son los de “cooperación”, de “información” y de “custodia”.

El nuevo Código, luego de afirmar la libertad de contratación (art. 990), establece expresamente los deberes de buena fe (art. 991) y de confidencialidad (art. 992).

Por su parte, el art. 993 resulta las “cartas de intención”, estableciendo su interpretación restrictiva y que solo tienen la fuerza de una “oferta” si cumplen con todos sus requisitos.

Partiendo de tan limitado número de normas, el autor construye un magistral desarrollo teórico que inicia con el tratamiento de la responsabilidad precontractual y de la “carta de intención” tanto en el Código derogado como en la legislación comparada, especialmente en el “common law”.

Luego analiza con gran desarrollo, precisión y casuística a la nueva normativa y al procedimiento del *due diligence*, del que es experto, destacando particularmente lo que denomina los “escenarios de conflictividad”, donde señala aspectos del diseño práctico.

V.-En la última parte, el libro trata el tema de la transferencia del control accionario arribando a consecuencias sobre sus atributos: su esencia contractualista, su objeto complejo, su alcance “para societario”, los requisitos para que la aparición de pasivos ocultos funcionen como atribución de responsabilidad, y los efectos y consecuencias jurídicas sobrevinientes al momento del “cierre”.

Por nuestra parte completamos las magistrales lecciones brindadas por el autor señalando que en todos los casos de transferencias de acciones, deberá tenerse en cuenta un nuevo régimen legal que resulta no solo de la Ley General de Sociedades sino de específicas normas del Código Civil y Comercial.

Tales reglas pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1.-Naturaleza.

-El Código ratifica la disposición de la ley de sociedades respecto de que las acciones son “títulos valores” (art. 226 LGS) disponiendo que no se le aplican las normas de los bienes registrables (art. 1815).

2.-Titulares

-En la Sociedad Anónima Unipersonal (SAU), todas las acciones pueden ser de un solo titular (art. 1º LGS).

-La titularidad de acciones por parte del Estado no modifica el carácter de persona de derecho privado de la sociedad anónima (art. 149 CCCN).

3.-Clausulas estatutarias sobre acciones.

-Se regula el “pacto de preferencia” y admite su reciprocidad y transmisibilidad a terceros (art. 997).

-Se admite la “cláusula de autorización” como condición suspensiva (art. 999).

-Se reconoce expresamente la facultad estatutaria de excluir uno o más herederos (art. 2380 segundo párrafo).

-Se admite sujetar las controversias societarias y sobre acciones al arbitraje (art. 1651).

4.-Acciones escriturales y libro de registro de acciones

-El Código regula la expedición de comprobantes de saldos de títulos valores no cartulares (art. 1851), en norma aplicable a las “acciones escriturales” (art.208 último párrafo, ley de sociedades).

-En caso de sustracción, pérdida o destrucción de libro de Registro de Acciones, el Código establece en los arts. 1876 a 1881 un procedimiento de denuncia, publicaciones, verificaciones ante un perito judicial y sentencia judicial ordenando confeccionar un nuevo libro y las inscripciones respectivas.

-También se prevé la posibilidad de decretar una intervención judicial de la sociedad cuando se denuncia el extravío de su libro de Registro de Acciones (art. 1881).

5.-Transferencia de acciones y matrimonio.

-En matrimonios con comunidad de ganancias y en caso de acciones gananciales, el Código exige expresamente el asentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (art.470 b), sin perjuicio de que su infracción no es oponible a terceros portadores de buena fe (art. 1824).

-Si se emiten acciones para capitalizar utilidades, las nuevas acciones tienen carácter de bien propio del socio, sin perjuicio del derecho de recompensa del otro cónyuge (art. 491 CCCN).

-En caso de divorcio, tiene atribución preferencial el cónyuge que adquirió las acciones o formó la sociedad, aunque excedan su parte y dando garantías por el saldo (art. 499)

-En caso de matrimonio por separación patrimonial nada se exige para la transferencia e, inclusive, un cónyuge puede transferir sus acciones al otro (art. 1002, inc. d, contrario sensu).

6.-Compraventa de paquete accionario.

-Además de las “tratativas precontractuales” ya referidas, se prevé una “opción preliminar” para comprar o vender acciones, con vigencia hasta por un año (arts. 994 y 996 CCCN). La doctrina controvierte la duración limitada cuando se trata de contratos ya celebrados.

7.-Donacion de acciones:

-No siendo cosas muebles registrables no se exige la escritura pública para la donación, pudiendo hacerse por instrumento privado (art. 1552 CCCN).

-La acción reipersecutoria del legitimario contra los terceros adquirentes de bienes registrables no procede en el caso de donación de acciones (art. 2458).

-Entre co-herederos, puede desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero la cuota legítima (art.2458) y se dispone una prescripción adquisitiva de la acción de reducción si poseyeron la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459).

-Ademas, conforme al art. 2461, los legitimarios que consintieron la enajenación no pueden reclamar la imputación y la colación del excedente.

8.-Convenio de sindicacion de acciones.

-Queda sujeto al régimen de los “negocios asociativos” en tanto contrato de organización que no implica una sociedad (art. 1442), por lo que produce plenos efectos entre las partes (art. 1447)

-Cuando tengan por objeto la conservación de la unidad de gestión de la empresa o la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones sobre “Pacto de herencia futura” (art. 1010, segunda parte, CCCN)

-El convenio puede reputarse como un “contrato conexo” del de sociedad o del de adquisición de las acciones y, por ende, el incumplimiento del mismo puede dar lugar a la resolución de aquellos (art.1075)

-Puede pactarse la indivisión voluntaria del paquete accionario hasta por diez años (art.2000 CCCN).

-Las instrucciones y límites dados al apoderado del síndico de acciones para votar en las asambleas son oponibles a los accionistas y a la sociedad si las conocieron (art. 362 CCCN), por lo que podría invocarse su incumplimiento para anular el voto y la decisión asamblearia.

9.-Fideicomiso sobre acciones

-El contrato de fideicomiso debe inscribirse en el “registro público” que corresponda, que no es el Registro de Acciones (art. 1669).

-Se admite que se incorporen acciones a un fideicomiso “en garantía” (art.1680) y el consiguiente voto del fiduciario, que podrá ser beneficiario pero no fideicomisario (art. 1672)

-Si el 100% de las acciones se incorporan a un fideicomiso, no se produce una causal de disolución por unipersonalidad (arts. 94, 94 bis y 100 in fine LGS).

10.-Muerte del accionista.

-La intervención de los herederos forzosos en la sociedad no es automática y requiere siempre intervención judicial (art. 2327)

-Puede imponer la indivisión forzosa del paquete accionario por diez años el cónyuge supérstite que sea el principal socio o que haya participado plenamente en la explotación de la sociedad (art. 2332 CCCN), o el heredero en similar situación (art. 2333 CCCN).

-Hay atribución preferencial de las acciones, en caso de sucesión, al cónyuge o al heredero que participó en la formación de la empresa salvo cláusula estatutaria sobre la continuación con todos los descendientes (art. 2380)

11.-Regimen fiscal

-Impuesto a las ganancias por la transferencia onerosa (15% art.90 L.I.G.)

-Impuesto a la transmisión gratuita de bienes (Prov. de Buenos Aires y Entre Ríos).

VI.-Concluyo este prólogo felicitando muy especialmente a su autor, el Dr. Rodolfo G. Papa, por su enorme capacidad de estudio, investigación y sistematización, producto sin duda de su brillante trayectoria.

Al respecto corresponde destacar que es abogado corporativo en Argentina y que se capacitó profesionalmente en el distrito financiero de la ciudad de Londres (Inglaterra), obteniendo una maestría de post-grado. Es académico e investigador en una serie de prestigiosas universidades privadas de nuestro país. Ha escrito, con este, cinco libros de su autoría, participado en varias obras colectivas, y posee más de un centenar de publicaciones jurídicas en su especialidad. Además, desde el año 2011, ha dictado capacitación ejecutiva en América Latina (Perú, Colombia y Panamá), todo lo que permite calificarlo como un “joven Maestro” en los temas de su especialidad.

Finalmente, felicito a la Editorial Errepar por la edición, reitero mi alegría por la aparición de esta obra y auguro que en muy breve plazo ella ganará un lugar de privilegio entre los estudios para el logro de la excelencia en las prácticas jurídicas y en las soluciones judiciales en torno de las “negociaciones precontractuales”.

Buenos Aires, Junio de 2016.

Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H).