

Jorge Ugarte Vial (2016). *Pactos sobre transferencia de acciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 412 pp.

Puede extrañar que un profesor de Derecho Civil como quien escribe comente un libro que a primera vista debería ser de interés solo para quienes estudian o ejercen la profesión en materias de Derecho Comercial o Bursátil. Pero lo cierto es que más allá del título y de su misma temática, el trabajo que ofrece el profesor de la Pontificia Universidad Católica en este volumen pulcramente editado por la Editorial Jurídica de Chile, combina con virtuosismo las especificidades técnicas de las operaciones comerciales, y específicamente, las relativas a acciones societarias, con las reglas, principios e instituciones que proporciona el Derecho Civil, que no por nada es considerado el Derecho Común del Derecho Privado, sino de todo el Derecho.

De partida, porque el foco del libro está en los llamados “pactos” por los cuales se regula la transferencia del dominio de acciones de sociedades anónimas y de sociedades por

acciones, y resulta necesario calificar jurídicamente dichos pactos, primero como contratos y luego como contratos típicos o innominados. Luego, saldrán a la palestra las cuestiones relacionadas con la oferta irrevocable, el contrato de promesa, la admisibilidad de la promesa unilateral, el plazo de caducidad de las condiciones, el sentido y alcance de la nulidad de la condición meramente potestativa, el efecto relativo y absoluto de los contratos, la inoponibilidad, la nulidad por causa ilícita, las obligaciones alternativas, la validez de las cláusulas de no enajenar, la ejecución de las obligaciones de hacer y de las de no hacer, la protección de los terceros de buena fe, y muchas como estas, en las que el autor, antes de examinar su aplicación a los pactos que analiza, debe tomar posición en las discusiones que se observan en la doctrina civil.

Otro desafío que Jorge Ugarte ha debido enfrentar, y del cual pensamos que sale sobradamente airoso, es la de lidiar con figuras negociales que han sido creadas en el ámbito jurídico anglosajón por lo que no resulta sencillo considerarlas a la luz de las categorías de nuestro sistema de tradición codificada. El resultado es más que satisfactorio y confirma que nuestras instituciones jurídicas no tie-

nen por qué ser minusvaloradas frente a las forjadas en el *Common Law*. Es de agradecer al autor que, junto con dar el nombre en inglés con el que se conocen estos pactos, los explique y les acuñe una denominación que puede ser comprendida y utilizada por lectores no familiarizados con la terminología inglesa que pareciera predominar en el ámbito de los negocios. Una tercera labor emprende el autor, y que resultará especialmente útil para los no expertos en este tipo de operaciones accionarias, es explicitar los intereses reales y los propósitos prácticos que mueven a los accionistas a celebrar estos pactos y al hacerlo nos revela la trascendencia social y económica que ellos tienen.

El libro se compone de dos grandes partes: en la primera se describen, se califican jurídicamente y se define su validez en el Derecho chileno, de todos aquellos pactos de transferencias de acciones que presentamos un “tipo social”, caracterizado por la práctica y los usos contractuales. En la segunda parte, en cambio, se estudian los efectos de estos pactos y cuáles son las acciones jurídicas que proceden para obtener su oportuno y pleno cumplimiento.

Se analizan, en primer lugar, los pactos que constituyen contratos preliminares que una vez cumplidas las condiciones dan derecho a la celebración de un contrato definitivo en cuya virtud se procederá a la transferencia de las acciones. Los más simples son la opción de compra de acciones (*call option*) y la opción de venta de acciones (*put option*), sujetas al cumplimiento de diversas modalidades, incluida la mera voluntad del beneficiario de la opción de comprar o de vender. Más

complejos son los pactos por los cuales se otorga una opción alternativa de comprar o vender acciones (*buy/sale option*) y aquellos en los cuales se otorga una preferencia para la adquisición de acciones: pacto por el cual se otorga al beneficiario el derecho a igualar la oferta de compra de un tercero (*right of first refusal*) o el derecho a primera oferta (*right of first offer*). En tercer término, se analizan los pactos que regulan la venta conjunta de varios accionistas a un tercero, donde se encuentra el pacto que concede el derecho a uno de los accionistas a adherirse a la venta de las acciones que hace otro accionista a un tercero (*tag along right*), el que concede el derecho a uno de los accionistas para obligar a otro a que venda sus acciones a un tercero junto con las propias (*drag along right*). Finalmente, el análisis culmina con dos últimos acuerdos: los pactos de permanencia, esto es, aquellos por los cuales se conviene que los accionistas se obligan a permanecer en la sociedad hasta cumplirse un plazo o condición y los pactos de selección de accionistas, a través de los cuales se condiciona la transferencia de acciones a la aprobación de un órgano de la sociedad o de otros accionistas.

El autor acude a las categorías contractuales generales del Derecho Civil, como la promesa de celebrar un contrato y el contrato de opción. En esta labor debe enfrentarse a algunas dificultades como el cuestionamiento de la validez de la promesa unilateral, la invalidez de la condición meramente potestativa del art. 1478 del *Código Civil*, y el plazo máximo por el cual pueden mantenerse vigentes las condiciones. Para poder adaptar nuestro Derecho a

las exigencias de configuración de estos pactos se ve en la necesidad de apoyar las posiciones doctrinarias a favor de la validez de la promesa unilateral e, incluso, propiciar que su estatuto legal se aplique de manera análogica a otros contratos preliminares. También postula lecturas innovadoras o no tradicionales a varias normas o criterios normativos como, por ejemplo, que, si bien la doctrina fija en diez años el plazo máximo de cumplimiento de las condiciones, en el caso de estos pactos la condición podría durar mientras se encuentre vigente la sociedad, aunque ello supere los diez años. Asimismo, limita fuertemente el alcance de la norma que dispone la invalidez de la condición meramente potestativa (art. 1478 del *Código Civil*), primero adhiriendo a la opinión ya asentada por la doctrina civil de ella no se aplica a las condiciones meramente potestativas de la voluntad del acreedor y, luego, sosteniendo que tampoco se aplicaría a las condiciones que dependen de la voluntad del deudor, pero que no “consisten” en su sola voluntad.

No son menores los aportes originales contenidos en el libro cuando se examinan los efectos de este tipo de pactos. El autor parte rechazando la tesis tradicional de que el efecto relativo de los contratos implica que estos son siempre inoponibles a los terceros, y asume la posición de que los contratos tienen un efecto absoluto en el sentido de que todo contrato es oponible a los terceros, no solo como hecho social sino como estatuto jurídico que debe ser por respetada por ellos evitando conductas que puedan interferir en su buena ejecución. Como en la mayoría de los pactos se incluye una prohibición

de enajenar acciones, el autor debe indagar también sobre el controvertido asunto relativo a la validez y eficacia de las cláusulas de no enajenar y llega a la conclusión de que con ciertas condiciones dicha limitación es válida como una obligación de no hacer. Sin embargo, tiene un audaz planteamiento sobre los medios del acreedor para hacer frente al incumplimiento de dicha obligación: según Jorge Ugarte Vial el art. 1555 del *Código Civil* al referirse a la posibilidad de que el acreedor, en caso de infracción de una obligación de no hacer, puede exigir que se destruya la “cosa hecha”, si ello es posible y necesario para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, no se refiere exclusivamente a una obra material sino, también, a lo que, se puede, es una “obra jurídica”, como el contrato en virtud del cual el accionista obligado por el pacto enajena sus acciones a un tercero en contravención a este. La “destrucción” de este contrato tendría dos vías: una, la inoponibilidad al accionista afectado de la enajenación efectuada a un tercero, por tratarse de un acto realizado en fraude en la medida en que se hayan cumplido las formalidades de publicidad del pacto previstas en el art. 14 de la Ley de Sociedades Anónimas, de modo que pueda concluirse que el tercero sabía o podía saber que al adquirir las acciones estaba interfiriendo indebidamente en el pacto de accionistas y ayudando al vendedor a incumplir dicho convenio. La segunda vía, postulada por el autor, es la de pedir la nulidad absoluta de la enajenación por causa ilícita. En ocasiones, aclara, esta última será la única idónea para la parte perjudicada por

el incumplimiento del pacto, porque la mera inoponibilidad no satisface plenamente sus intereses: por ejemplo, en el pacto de venta conjunta de acciones (*tag alone right*), si el otorgante vende sin avisar al beneficiario, el que se declare inoponible esa venta no le provee utilidad alguna, en cambio, la nulidad absoluta permitirá que las acciones enajenadas vuelvan al patrimonio del otorgante y pueda así cumplirse el pacto. Un cierto desajuste se produce en este caso, ya que la nulidad arrasaría con todo el acto jurídico yendo mucho más allá de lo que sería necesario para satisfacer a la parte perjudicada por el incumplimiento. Se explica que Jorge Ugarte vacile y termine por afirmar que esta nulidad tendría, a semejanza de la acción pauliana, un efecto relativo, es decir, el acto solo sería invalidado en lo estrictamente necesario para que el acreedor defraudado pueda ejercer su derecho, manteniendo validez en todo lo demás. Se observará que en el fondo lo que late a la propuesta del autor es la aplicación del fraude pauliano a todo incumplimiento de un pacto de accionistas, a tal punto que llega a desdibujarse la sanción de la nulidad para terminar con caracteres propios de la mera inoponibilidad.

Esto parece ser indicio de que hay algo forzado en el planteamiento aparentemente lógico y sin fisuras que entrega el autor sobre la eficacia de estos pactos, y que no se han sopesado las consecuencias que podría tener la extensión de sus conclusiones a otros contratos de ordinaria celebración que no son pactos de accionistas, pero en los que se establecen deberes de transferencias de todo tipo de cosas:

contratos de promesa, de opción, de compraventa, de permuta, transacción, etc. Parece excesivo sostener que todo incumplimiento doloso, en el sentido de consciente, sea constitutivo de fraude no solo por parte del contratante incumplidor sino, también, del tercero que contrata con él, estando este al tanto de la existencia del deber de su cocontratante o, incluso, sin conciencia de ello, pero debiendo haberlo sabido. Nos parece discutible igualmente que se piense que el art. 1555 con la destrucción de la obra, haga alusión a una obra jurídica y no material. Si fuera así no se entendería la alternativa que entrega el texto de la norma en cuanto a autorizar al acreedor lleve a efecto la destrucción “a expensas del deudor”, lo que no tendría sentido si se refiriera a la ineficacia de contratos celebrados en infracción de un deber de no hacer.

Los efectos prácticos que podría ocasionar la aplicación de estas tesis son difíciles de dimensionar, pero puede pensarse que siendo coherentes finalmente debería considerarse que contratos como la promesa o la compraventa, no tendrían meros efectos obligacionales, sino que pasarían a tener efectos reales en favor del contratante que se hace acreedor de la transferencia, modo que tendría derecho a perseguir la cosa toda vez que haya sido enajenada a terceros, bastando que se pueda acreditar que estos “deberían haber sabido” la existencia de ese contrato por medidas de publicidad, como una inscripción registral del mismo.

Pensamos que en este punto el afán en sí loable del autor por defender la obligatoriedad de los pactos de accio-

nistas, lo ha llevado a construir soluciones que pueden ser extremas y perjudiciales para la seguridad del tráfico jurídico.

Sin perjuicio de estas aprehensiones, he de decir que estamos ante una obra contundente, bien fundamentada y, además, lo que no es poco, bien escrita, con un castellano a la vez simple, sobrio y elegante. Una excelente sistematización de los temas, con párrafos

breves que llevan su propio epígrafe explicativo, así como un índice de materias, son elementos que, sin duda, colaboran para hacer de esta obra un instrumento útil tanto para el foro como para la academia.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
PROFESOR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES