

Impacto de la nueva regulación de los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación en el régimen de la fusión de sociedades

Héctor Demian Scaianschi Márquez

Sumario

El trabajo parte del presupuesto de que los efectos típicos de la fusión de sociedades se generan como resultado de la celebración de un contrato. La Ley General de Sociedades N° 19.550 ha recibido esta impronta y utiliza las expresiones “compromiso previo de fusión” y “acuerdo de fusión”, que constituyen designaciones con fuertes connotaciones contractuales. Sin embargo, los actos referidos de esta forma son piezas y cumplen un rol en un procedimiento típicamente societario, cuya regulación se ocupa casi exclusivamente de estos aspectos corporativos.

Se plantea entonces la cuestión concreta de caracterizar al compromiso previo de fusión, determinar su relación con el contrato de fusión y los efectos que genera entre las partes. Concluimos que el compromiso previo de fusión es un contrato estructuralmente autónomo que puede calificarse como un contrato de sociedad en sentido amplio ya que reúne las siguientes notas características: origen negocial, existencia de un fin común y la contribución de todos los socios a su realización.

A partir de esta definición, se abordan preliminarmente ciertos problemas relacionados al carácter del vínculo que se constituye entre las sociedades durante el procedimiento luego de la celebración del compromiso previo de fusión. Básicamente, nos preguntamos qué posibilidades tienen las sociedades de poner fin al procedimiento luego de su otorgamiento (antes y después de la aprobación de las asambleas) y cuáles son las consecuencias del desistimiento unilateral. Asimismo, vinculado con la anterior, se plantea la posibilidad de que las partes incluyan otros pactos, como el establecimiento de condiciones resolutorias o cláusulas penales.

La categorización del compromiso de fusión como un contrato de sociedad en sentido amplio nos conduce a defender la aplicación a su respecto de la nueva regulación de los contratos asociativos, en particular, las normas generales contenidas en los artículos 1442 a 1447 del Código Civil y Comercial de la Nación. Más concretamente, se analizan las consecuencias conectadas a la aplicación de los lineamientos incorporados en el artículo 1443 (la nulidad o el incumplimiento de las prestaciones comprometidas por una de las partes) y del principio de libertad contractual que fuera especialmente plasmado para las figuras asociativas en el artículo 1446.

El apartado I se dedica a una breve descripción del nuevo “subsistema” de Derecho de sociedades, la noción de sociedad en sentido amplio y su relación con los contratos asociativos en la regulación establecida en el nuevo ordenamiento civil y comercial. En el apartado II se intentan exponer en apretada síntesis cuáles son los principales problemas conectados a las consecuencias contractuales del otorgamiento del compromiso previo de fusión. El apartado III resume el tratamiento que ha recibido en el Derecho comparado, principalmente a nivel europeo, la relación entre los aspectos corporativos y contractuales de la fusión de sociedades y, por último, en el IV se ensayan alguna de las conclusiones que derivan del enfoque adoptado sobre esta temática.

I. Los “sistemas” y “subsistemas” en el Derecho privado. La relación del Derecho de sociedades con la regulación de los contratos asociativos

El afán por diseñar el Derecho positivo de acuerdo a una noción preconcebida de “sistema” es una tendencia fuertemente arraigada en los juristas de Europa continental y de su área de influencia. Es probable que tengan razón quienes afirman que este modo de concebir el Derecho no sea más que un espejismo; sin embargo, también es innegable que las obras que se construyen tras esa ilusión pueden estar mejor o peor concebidas y guardar mayor o menor semejanza con ese “paraíso de conceptos” en el cual el orden jurídico se ordena prolijamente en cuadros de categorías.⁴²¹

⁴²¹ Sobre la crítica al formalismo o pensamiento dogmático en el Derecho privado, entre otros, *vid.* HESSELINK, M. W., *The new European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 13; SCHAUER, F., “Formalism”, en *Philosophy of law. Classic and contemporary readings*, MAY, L y BROWN, J. (Eds.), Wiley-Blackwell, Oxford, 2010, pág. 34; ATRIA, F., “Legal Reasoning and Legal Theory Revisited”, en *Law and Philosophy*, vol. 18, núm. 5, 1999, p. 539.

Por ello, en tantotécnica de construcción legal, ésta no merece mayores observaciones si es que el sistema se estructura de forma razonablemente adecuada y logra cumplir las funciones centrales del Derecho privado. Evidentemente, no trataremos aquí de evaluar en qué medida el Código Civil y Comercial de la Nación (“CCC”) cumple, en líneas generales, con este objetivo. Simplemente, nos proponemos realizar unos comentarios iniciales sobre el modo en que se reformuló el “subsistema” del Derecho de sociedades o asociaciones y tratar su impacto en el caso concreto de ciertas cuestiones que se plantean en relación a las figuras reguladas en el artículo 83 1) y 4) de la Ley General de Sociedades (“LGS”), esto es: el compromiso previo de fusión y el acuerdo de fusión.

La reformulación que trajo consigo el CCC abandonó el sistema consistente en regular el contrato de sociedad civil dentro del Código Civil (artículos 1648 y ss. del derogado Código Civil) y ubicar dentro de cuerpos normativos mercantiles (primero en el Código de Comercio y luego en la Ley de Sociedades) la tipología que los operadores tenían a su disposición para vehicular la organización de sus esfuerzos en pos de un fin común. En este aspecto el CCC supone, al menos, una mejora en cuanto a la prolijidad del diseño del cuadro de categorías. Encontramos ahora una regulación general de los contratos asociativos (artículos 1442 a 1447) junto a una serie de figuras especiales (artículos 1448 a 1478), muchas de las cuales se trasladaron desde la LGS. La transmigración afectó a las figuras que carecían de personalidad jurídica, siendo éste, junto con el “fin predominantemente de lucro”, los criterios ordenadores del nuevo “subsistema”. Como resultado, por un lado, el CCC regula los fenómenos asociativos que conducen a la creación de una persona jurídica cuyo fin no es “predominantemente” de lucro (Título II, Capítulo II) y los fenómenos asociativos que se estructuran en un plano netamente obligacional sin derivar en la creación de una nueva entidad. Por otro lado, se reserva a la LGS la regulación de las sociedades en sentido estricto, que serían aquellas entidades con personalidad jurídica y fin “predominantemente” de lucro⁴²².

¿Es adecuado este nuevo diseño? En cuanto a la cuestión de la nueva distribución geográfica, en ese terreno no hay modelos que a priori sean correctos, lo importante es que el resultado sea claro y coherente de forma de simplificar la tarea de los operadores jurídicos. Otro tanto puede decirse en

⁴²² Sobre el criterio adoptado por CCC para la distinción entre las figuras asociativas y societarias, *vid.* HEREDIA, P., “Artículos 1442 a 1478”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t. VII, LORENZETTI, R. (Dir.), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, ps. 345 y ss., y los *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* allí parcialmente transcritos, en especial, p. 341.

relación a los criterios de clasificación, de cualquier modo, a nivel teórico— con la advertencia de que las conclusiones en este ámbito no tienen por qué trasladarse automáticamente al diseño de los textos positivos—los dos ejes utilizados (el fin “predominantemente” de lucro y la personalidad jurídica) constituyen criterios de cierta artificialidad que trocean un fenómeno que es esencialmente unitario. Y es que todo este conjunto puede englobarse en el concepto de Derecho de sociedades en sentido amplio, concepto que se construye en base a la presencia de tres elementos nucleares: origen negocial, existencia de un fin común y contribución de todos los socios a su realización.⁴²³ En este sentido, como ha resaltado cierta doctrina, el Derecho de sociedades no es más que “tecnología de la organización”⁴²⁴; trata sobre las distintas técnicas para la organización de dichos esfuerzos comunes que, en algunos casos, se encauzan a través de alguno de los tipos cerrados establecidos en el menú legal y, en otros, se estructuran en base al establecimiento de un conjunto de vínculos de naturaleza obligacional.⁴²⁵ Pero, más allá de las peculiaridades de cada una de ellas, en su primera esencia, en todos los casos nos encontramos ante contratos o redes de contratos.⁴²⁶

Partiendo de esta premisa, podría echarse en falta la existencia de una regulación de las bases normativas de los negocios de asociación u organiza-

⁴²³ Vid. PAZ - ARES, C., “La sociedad en general: caracterización del contrato”, en *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. (Dir.), t. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 430; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. 1, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 284; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ - CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 1, 3º ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, ps. 287 y 288.

⁴²⁴ Vid. PAZ - ARES, C., “Título VIII. De la sociedad”, en *Comentario del Código Civil*, PAZ - ARES, DIEZ PICASSO, BERCOVITZ, CODERCH (Dir.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1299.

⁴²⁵ Vid. PAZ - ARES, C., “Título VIII. De...”, op. cit., p. 1316; GARRIGUEZ, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7ª ed., Madrid, 1976, ps. 329 y 330; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO - GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 285; QUESADA SÁNCHEZ, A. J., *La sociedad civil sin personalidad en el derecho español. Concepto y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2007, p. 3 y ss.

⁴²⁶ Vid. HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R., “The essential role of Organizational Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 110, 2000, ps. 391 a 393 y 433, quienes analizan esta idea a efectos de determinar qué es lo que agrega la organización corporativa a los resultados que las partes podrían obtener en un plano estrictamente contractual. Para una síntesis breve de la discusión en torno a la naturaleza de las sociedades (principalmente en conexión con el debate en torno a los aspectos de gobierno corporativo), vid. DIGNAM, A. y LOWRY, J., *Company Law*, 5 ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 359 y ss.

ción con este alcance amplio. Y este vacío no parece ser colmado por las no-veles disposiciones sobre contratos asociativos en la medida que el artículo 1442 del CCC expresamente establece que dichas disposiciones no se aplican a las sociedades⁴²⁷. El prolijo trazo de fronteras en el CCC—que, reiteramos, puede ser bienvenido en ciertos aspectos—no parece reconocer la dimensión contractual de los fenómenos societarios (en sentido estricto) y el hecho de que la LGS regula, en lo medular, únicamente los aspectos corporativos de aquellos, existiendo problemas a su respecto que deben solucionarse desde el Derecho contractual.

En los párrafos que siguen veremos muy brevemente esta problemática en relación al vínculo generado entre las sociedades que participan en una fusión tras la celebración del compromiso previo de fusión previsto en el artículo 83 de la LGS.

II. Los problemas conectados a la naturaleza del vínculo que se constituye entre las sociedades tras el otorgamiento del compromiso previo de fusión

La suscripción de un compromiso previo de fusión es uno de los requisitos exigidos por el artículo 83 de la LGS para alcanzar los efectos típicos de la operación. Fuera de la descripción de su contenido, la norma no ofrece otros datos que permitan profundizar en la caracterización de esta figura, lo que es relevante a efectos de determinar su régimen jurídico completo y responder una serie de interrogantes.

Por ejemplo: ¿Cuáles son las consecuencias de que una de las sociedades desista unilateralmente del procedimiento luego de otorgado el compromiso previo de fusión pero antes de que las asambleas de las sociedades intervinientes resuelvan su aprobación? El artículo 86 de la LGS establece que cualquiera de las partes puede dejar sin efecto el compromiso previo de fusión si no se han obtenido todas las resoluciones sociales aprobatorias en el plazo de tres meses; ¿pero ello implica que esta facultad está restringida antes de que se cumpla dicho término? ¿Podrían las partes acordar un plazo menor o mayor-

⁴²⁷ Vid. HEREDIA, P., “Artículos 1442 a ...”, op. cit., ps. 348 a 351 (quien enfatiza que: “la terminante declaración del artículo 1442 permite inferir una voluntad legislativa, cierta y concreta, que descarta las interpretaciones de un sector de la doctrina proclives a ver en estos casos expresiones de un fenómeno societario”); URBANEJA, A., “Arts. 1442 a 1478”, en *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, t. V, CLUSELLAS, E. (Coord.), Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 244.

para el ejercicio de esta facultad? O, lo que constituye una cuestión de suma relevancia práctica: ¿pueden las partes reservarse la posibilidad de dejarlo sin efecto por otros motivos diferentes a la falta de aprobación, acordando una serie de condiciones resolutorias?

Asimismo, ¿qué sucede después de la aprobación del compromiso previo de fusión por las asambleas de accionistas de las sociedades? El citado artículo 86 dispone que las resoluciones sociales pueden ser revocados por las propias asambleas mientras no se haya otorgado el acuerdo de fusión. Ahora bien, ¿puede reservarse el directorio esta misma facultad bajo ciertas condiciones, es decir, establecer condiciones resolutorias que operen luego de la aprobación de las asambleas?

Y esto nos lleva a preguntarnos si es taxativo el contenido preceptuado por el artículo 83 1) de la LGS y, más concretamente, si las sociedades pueden libremente incluir otras estipulaciones en el compromiso previo de fusión, como la inclusión de penalidades para el caso de desistimiento unilateral o falta de aprobación por la asamblea de una de las sociedades. Todavía hay más problemas con relevancia práctica que podemos plantearnos, como la posibilidad de que las asambleas modifiquen los términos del compromiso previo de fusión acordado por los administradores y, finalmente, ya entrando en el análisis del acuerdo de fusión regulado en el artículo 83 4) de la LGS, encontramos la cuestión de determinar cuáles son los “justos motivos” que permiten demandar su rescisión como autoriza el artículo 87 de la LGS y si pueden las partes ya acordar en el compromiso previo de fusión o en el mismo acuerdo de fusión un elenco de circunstancias que podrían operar como “justos motivos”.

Ninguno de estos problemas encuentra una solución que pueda apoyarse en disposiciones de la LGS. Si bien todos ocurren en el marco de un proceso típicamente societario, se vinculan con las aristas propiamente contractuales del mismo, y así es como deben ser abordados para empezar a tejer las respuestas.

III. Tratamiento del vínculo entre las sociedades en el curso de la fusión en el Derecho comparado: el caso europeo y la distinción entre la regulación de los aspectos contractuales y los corporativos del procedimiento

La LGS utiliza las palabras “compromiso” o “acuerdo” que tienen ambas fuertes connotaciones contractuales. Similar es la situación en algunas legislaciones de los Estados Unidos, por ejemplo, la General Corporation Law del Estado de Delaware habla de “*agreement of merger or consolidation*” y casi la misma expresión utiliza la *Section* 1101 del California Corporations Code del Estado de California. Más allá de la cuestión terminológica—que, en sí mis-

ma, carece de trascendencia—el problema con este enfoque es que incorpora esas reminiscencias contractuales en un cuerpo de normas que no se ocupa de este aspecto. Esta conjunción puede provocar cierta confusión, como la idea de que existen dos contratos, uno preliminar (el compromiso previo) y uno definitivo (el acuerdo de fusión), tal como veremos en el apartado siguiente.

La experiencia europea ofrece una solución más adecuada en este aspecto. La regulación de la fusión de sociedades en los Estados miembros de la Unión Europea ha experimentado un proceso de convergencia a impulso de la intervención legislativa de los órganos comunitarios. La Directiva 78/8555/CEE⁴²⁸—conocida como la Tercera Directiva de Derecho de sociedades y sustituida en forma relativamente reciente por la Directiva 2011/35/UE⁴²⁹—sentó las grandes líneas del procedimiento que, en lo que nos interesa, se instrumenta por una secuencia de actos compuesta por tres grandes hitos: i) un “proyecto de fusión” otorgado por los administradores al inicio del procedimiento y que cumple un rol funcional análogo al compromiso previo de fusión de la LGS, ii) el acuerdo de las asambleas de socios que debe aprobar el “proyecto de fusión”, y iii) el otorgamiento de la escritura de fusión que cumple la función del “acuerdo de fusión” de la LGS.

Vemos que, para referir al acto en el que los administradores documentan el acuerdo sobre todos los puntos esenciales de la operación, la Directiva optó por el término “proyecto de fusión” (que es el que actualmente se recoge en el Derecho interno de los países europeos) eludiendo así toda referencia a la naturaleza jurídica de este acto.⁴³⁰ Se apartó del modelo del Derecho alemán que hablaba en el artículo 341 de la Aktiengesetz (hoy sustituido por el artículo 4 de la Umwandlungsgesetz) de un “contrato de fusión”

428 Tercera Directiva 78/855/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la fusión de las sociedades anónimas, de 9 de octubre de 1978 (DOCE L 295, de 20 de octubre de 1978).

429 Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (texto codificado), DOCE de 29 de abril de 2011.

430 *Vid.* MASCARDI, F., “La fusione di società nel diritto comunitario”, en *Revista della Società*, Nov.-Dic. 1991, fasc. 6°, p. 1742; FICKER, H., “The EEC Directives on Company Law Harmonisation”, en *The Harmonisation of European Company Law*, SCHMITTHOFF, C. (Ed.), UK National Committee of Comparative Law, London, 1973, págs. 77 y 78. En Estados Unidos, adopta una solución similar el capítulo 11 de la Model Business Corporation Act, que en la *section 11.2 (c)*, califica como “*plan of merger*” al documento que firman los administradores al inicio del procedimiento y que, de regla, debe ser sometido a la aprobación de las asamblea de accionistas.

(“*Verschmelzungsvertrag*”)⁴³¹. Esta postura de la Directiva respondió propiamente a la intención de no tomar partido en la polémica que enfrentaba, principalmente, a quienes abordaban el instituto desde un enfoque contractualista contra los partidarios de una concepción “corporativa” que veía en la fusión un fenómeno propio del Derecho de sociedades⁴³².

Sin perjuicio de ello, la opción de la norma comunitaria es razonable y refleja una idea que, en nuestra opinión, es clave para comprender el régimen jurídico de estas operaciones: las normas específicas sobre la fusión de sociedades la abordan desde una óptica estrictamente societaria, atendiendo a la estructuración de un complejo de garantías que tutelan los intereses de los sujetos que pueden verse afectados por la operación (básicamente, socios, acreedores y trabajadores)⁴³³. A nivel europeo esta técnica se ha venido puliendo y muestra una complejidad bastante mayor que el de la LGS, lo que se comprueba con la simple lectura del contenido del proyecto de fusión en con-

431 *Vid.* LUTTER, M. y DRYGALA, T., “4. Verschmelzungsvertrag”, en *Umwandlungs-gesetz. Kommentar*, LUTTER, M. y WINTER, M. (Dir.), Verlag Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2004, p. 210.

432 Para una síntesis al respecto en la bibliografía reciente, *vid.* MAGLIULO, F., *La fusione delle società*, 2ª ed., Ipsoa, Milano, 2009, ps. 50 y ss.; MARTÍ MOYA, V., *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles: preparación, adopción e impugnación de acuerdos*, Comares, Granada, 2010; SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión (Artículos 233 a 251)”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), t. VII, Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 91; EMBID IRUJO, J. M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO, I.; EMBID, J. M. (Coord.), vol. III, Tecnos, Madrid, 2001, ps. 2232 y 2233. Para una análisis del estado de la polémica al momento de dictarse la Directiva, *vid.* CHEMINADE, Y., “Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes”, en *Rev. Trim. Droit Com.*, 1970, ps. 17 y ss.; URÍA, R., “La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. 1, núm. 2, 1946, ps. 116 y ss.; GARRIGUEZ, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 3, Revista de Derecho mercantil, Madrid, 1949, p. 1274; FERRI, G., “Le società”, en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. X, t. III, VASSALLI, F., (Dir.), UTET, Torino, 1971, p. 688; TANTINI, G., *Le modificazioni dell’atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 216; MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de Sociedades Mercantiles*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, ps. 24 y 108. En Argentina refiere al punto: SOLARI ACOSTA, O., *El acto de fusión societaria. Acuerdo definitivo de fusión*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 18 y 19.

433 En general sobre la estructuración de este “complejo de garantías”, *vid.* PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas, Madrid, 1998, ps. 611; LARGO GIL, R., “La simplificación paulatina ¿e imparable? del procedimiento para la fusión de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Fr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Tobío Rivas, A., Fernández-Albor Baltar. Á. y Tato Plaza, A. (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 225 y 228

traste con el que la LGM requiere para el compromiso previo de fusión. Por su lado, el aspecto contractual de la operación constituye un tejido elaborado por las propias sociedades participantes bajo la égida del principio de libertad contractual y que existe en forma paralela a la secuencia de actos prevista en las normas societarias.

En suma, la Directiva—y las legislaciones que se adaptaron a sus lineamientos—tiene la virtud de adoptar un lenguaje neutral que mantiene la diferencia entre estas dos esferas, por consiguiente, nos sugiere con claridad la idea de que no deben buscarse las respuestas a los problemas mencionados en el punto anterior en las normas societarias sino que los aspectos contractuales se deben abordar desde el Derecho contractual.

IV. Aplicación de la regulación de los contratos asociativos al vínculo generado por el otorgamiento del compromiso previo de fusión

Los efectos de la fusión de sociedades se alcanzan por medio de la celebración de un contrato. ¿Debe identificarse dicho contrato con el compromiso previo de fusión o el acuerdo de fusión mencionados en el artículo 83 de la LGS? El lenguaje de la ley evoca la existencia de una secuencia a dos pasos, análoga al modo en que se desenvuelve la mecánica de los contratos preliminares (contrato preliminar - contrato definitivo)⁴³⁴. Sin embargo, la utilización de estas nociones en este campo genera ciertos inconvenientes (por ejemplo: ¿cómo juega el acuerdo de la asamblea de accionistas—que se interpone entre el negocio preliminar y el definitivo—en la mecánica del contrato preliminar?). No es ésta la oportunidad para abordarlos, pero, lo que sí interesa destacar aquí, es que por esta clase de dificultades es que consideramos preferible la tendencia europea que, en sede societaria, contiene una regulación que se concentra exclusivamente en la dimensión corporativa de la operación, regulando al “proyecto de fusión” de forma exhaustiva y con bastante mayor precisión que la LGS y sin asignarle un contenido contractual⁴³⁵.

434 Postura que ha sido defendida por algunos autores en Europa para explicar el funcionamiento de la relación entre el proyecto de fusión y el contrato de fusión. En España, vid. EMBID IRUJO, J. M., “Comentario al artículo 234”, op. cit., ps. 2239 y ss; MARTÍ MOYA, V., *El procedimiento de fusión...*, op. cit., p. 44. En Italia, vid. TANTINI, G., “Trasformazione e fusione delle società”, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. VIII, Galgano, F. (Dir.), Cedam, Padova, 1985, p. 302.

435 Sobre la concepción del “proyecto de fusión” como un acto corporativo interno de cada sociedad participante en la fusión, vid. CORTÉZ DOMÍNGUEZ, L. y PÉREZ TROYA, A., “Fusión de Sociedades”, en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mer-*

Ahora bien, no es posible evadir que la LGS conjugó en el mismo acto estas dos dimensiones y, en tal sentido, el convenio previo de fusión debe caracterizarse como un contrato. Consideramos que se trata de un contrato autónomo aunque, en su funcionalidad, constituya un negocio preparatorio del acuerdo final de fusión. En lo que más interesa, cabe calificarlo como un contrato “asociativo”, entendiendo por tal, como mencionamos en el apartado I, a aquel que vincula a dos o más partes que comprometen ciertas prestaciones para la realización de un fin común. También asimilable con un concepto amplio de sociedad (en función de los tres elementos nucleares que referimos al inicio) estructurada en base al establecimiento de un conjunto de vínculos de naturaleza obligacional.

Los tres elementos que conforman el concepto están embebidos en la definición del artículo 1442 del CCC. La designación allí elegida (contratos “asociativos”) no es objetable y, por el contrario, tiene la virtud de diferenciarlos de los contratos plurilaterales (como los denomina el artículo 1420 del Código Civil italiano) en la medida que estos últimos pueden no tender al desarrollo de ningún “fin común”, concepto este último que, por esta misma razón, se constituye en el eje central de la noción⁴³⁶. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que entre las partes que negocian el compromiso previo de fusión, junto a la existencia de un fin común—y la consecuente convergencia de intereses en este aspecto—también subyace un conflicto de intereses que se manifiesta claramente en la negociación de la relación de cambio.⁴³⁷ Esto no es distinto a lo que ocurre en el caso de la constitución de una sociedad en la que se realizan aportes en especie, la valuación de los aportes (y la relación de cambio en la fusión no es más que eso: la valuación del aporte de cada sociedad a la nueva empresa en común) siempre encierra una contraposición de

cantiles, URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA (*Dirs.*), t. IX, vol. 2, Civitas, Madrid, 2008, ps. 105 y 107; SCARDULLA, F., “La trasformazione e la fusione delle società”, en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Cicu, A. y Messineo, F. (*Dirs.*), Giuffrè Editore, Milán, 2000, p. 331; MERCADAL VIDAL, F., “El proyecto de las modificaciones estructurales”, en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Estudios*, Rojo, A., Cortes, L., Campuzano, A. y Pérez Troya, A. (*Coords.*), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 62.

⁴³⁶ Vid. DIENER, M. C., *Il contratto in generale*, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 64; QUESADA SÁNCHEZ, A. J., *La sociedad civil sin personalidad en el derecho español. Concepto y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2007, ps. 13 y 15.

⁴³⁷ Destaca este dato BUONOCORE que habla del: “...naturale contrasto di interessi tra i soci delle società fondende” (BUONOCORE, V., “Le modificazioni dell’impresa societaria”, en *Riforma del Diritto Societario*, Buonocore, V. (*Coord.*), G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 221).

intereses⁴³⁸. Asimismo, junto al hecho de que en todo negocio asociativo existe un “conflicto de intereses”, también, por otro lado, en todo contrato existe una suerte de comunidad de los mismos en la medida que son herramientas de colaboración económica cuyo objetivo es maximizar la riqueza y satisfacer el interés de todos los involucrados⁴³⁹.

En fin, la distinción entre contratos sinalagmáticos y asociativos, como toda clasificación, es relativa y, en cierta medida, artificial⁴⁴⁰, pero, de cualquier modo, en las figuras asociativas se advierte una predominancia de la convergencia de intereses, lo que responde a la relación muy directa que existe entre la satisfacción del interés individual y el común, cosa que no necesariamente sucede en los contratos sinalagmáticos donde el fracaso del contrato como herramienta de maximización de la riqueza global no significa que una de las partes no pueda resultar beneficiada en un plano estrictamente individual.

Concluimos entonces que el convenio previo de fusión es un contrato asociativo y, en cuanto tal, es pertinente convocar las normas del CCC que regulan esta categoría a efectos de respaldar las soluciones a los problemas mencionados en el apartado II.

La primera consecuencia de esta caracterización es que rige a su respecto el principio de libertad contractual, que se recoge en este ámbito en el artículo 1446 del CCC, lo que supone que las partes pueden articular libremente el vínculo siempre dentro de los límites referidos en el artículo 958 del CCC.

438 En relación a la convivencia de intereses convergentes y contrapuestos en figuras asociativas, *vid.* QUESADA SÁNCHEZ, A. J., *La sociedad civil...*, op. cit., p. 16; SCARDULLA, F., “La trasformazione e la...”, op. cit., p. 304; FERRI, G., *Manuale di Diritto Commerciale*, 5ª ed., UTET, Torino, 1980, p. 236. Con un carácter más comprensivo en relación a distintas manifestaciones de la contraposición de intereses entre los socios, *vid.* CARRARA PEREA, A., “Abuso de derecho de la mayoría, conflictos de intereses y lesión del derecho de información en la Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital”, en *La reforma del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*, Gómez Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, ps. 56 y 57.

439 *Vid.* VON MEHREN, A., “A general view of Contract”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, (Chapter 1), Von Mehren, A. (Ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, ps. 64 a 66; POSNER, Eric A., “Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?”, en *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2002-2003, ps. 856 y ss.; FARNSWORTH, E. A., *Farnsworth on Contracts*, vol. 1, 3ª ed., Aspen Publishers, 2003, p. 8.

440 Sobre los límites entre las nociones de “*antagonismed'intérêts*” y “*communauté d'intérêts*”, *vid.* MALAURIE, P., AYNÉS, L. y STOFFEL - MUNCK, P., *Droit Civil. Les obligations*, 6ª ed., LGDJ, Paris, 2013, p. 204.

La aplicación de esta idea, que parece tan simple, es de suma trascendencia. Veamos. En principio, el convenio previo de fusión tiene un contenido y unos efectos predeterminados, o quizá más bien insinuados, por la LGS. Su contenido es el indicado en el artículo 83 y el artículo 86 sugiere que las partes no pueden deshacer unilateralmente el vínculo salvo en la hipótesis allí especialmente prevista, es decir, cuando transcurran más de tres meses sin ser aprobado por las asambleas de todas las sociedades participantes. Por supuesto que sería muy fácil para cualquiera de las sociedades desligarse del vínculo por medio de no articular los pasos necesarios para obtener el pronunciamiento de la asamblea en ese plazo. Nada dice la norma sobre esta posibilidad, ni impone a los directores el deber de no obstaculizar el pronunciamiento de las asambleas. De todas formas, este sería el contenido típico del negocio.

Entonces, al amparo del principio de libertad contractual, cabe admitir que las partes puedan ampliar este contenido e incluir los términos y condiciones que estimen convenientes. Se podrán establecer las condiciones para poder rescindir el compromiso previo de fusión, más allá de la falta de aprobación en el plazo de 3 meses, y así, por ejemplo, incluir esta facultad para el caso que se sucedan cambios de circunstancias, el incumplimiento de ciertas obligaciones asumidas por las partes para el período intermedio, o por el relevamiento de ciertos datos durante el due diligence de las empresas involucradas. En estos casos, la desvinculación decidida por una parte en base a alguna de las circunstancias pactadas no expondría su responsabilidad en ningún sentido. Incluso podría extenderse el plazo de 3 meses, descartando la facultad rescisoria por un lapso mayor, o sujetarse la ruptura unilateral del vínculo al pago de penalidades.

A su vez, también es posible que las partes asuman diferentes obligaciones de hacer o no hacer, aplicables al período intermedio hasta que la fusión despliegue su eficacia. A estas obligaciones pueden adicionarse otros pactos específicos, estableciendo, por ejemplo, al incumplimiento de las mismas como condición resolutoria del contrato o acordando una liquidación anticipada de daños para estos supuestos.

En segundo lugar, es aplicable el artículo 1443 del CCC que establece las consecuencias normativas centrales de la categoría de los contratos asociativos. Allí se regula cuál es el impacto sobre el contrato de dos situaciones diferentes: la nulidad del contrato respecto de una parte y el incumplimiento de los compromisos asumidos por una de ellas. La idea central es que dichas contingencias no se contagian al contrato en su globalidad siempre que no afecten al núcleo que define a la categoría, esto es, al “fin común”. Se sienta de esta forma el criterio de “materialidad” que rige en sede de contratos asociativos en lugar del regulado en los artículos 1083 y 1084 del CCC para

los contratos bilaterales. El mismo parámetro es el que debe guiar la interpretación del alcance de los “justos motivos” que pueden justificar la rescisión del acuerdo de fusión antes de su inscripción. En ambos casos, el contrato en su totalidad se verá afectado en la medida que reciba un impacto en la propia base que permite articular la satisfacción del interés de los socios.