

**XIV JORNADAS DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2018
Corrientes - Argentina

XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2018 Corrientes -Argentina / Estefanía Daniela Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
548 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-344-3

1. Análisis Jurídico. I. Acosta, Estefanía Daniela II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN N° 978-987-619-344-3

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Octubre de 2019

GARANTÍAS IMPLÍCITAS EN LA “COMPRVENTA” DE PAQUETES ACCIONARIOS

Company, Jaime
companyjaime@gmail.com

Resumen

Se analiza si en un negocio jurídico de cesión de posición contractual, cuyo objeto es un conjunto de acciones, existen garantías implícitas en cabeza del transmitente por pasivos ocultos o disimulados en las tratativas previas al perfeccionamiento del contrato.

Palabras claves: Transferencia, Acciones, Garantía

Introducción

El presente trabajo versa sobre un tema de “calificación jurídica” atinente a una *fattispecie* propia del derecho societario.

La cuestión de hecho se encuentra demarcada por el negocio de “transferencia de paquetes accionarios”, cuya adquisición, en variadas oportunidades es susceptible de otorgar a su adquirente el control interno o institucional del ente societario (conf. Art. 33, LGS).

En tal sentido, en un análisis sistémico de nuestro derecho positivo, se encuadra, en primer lugar a tal situación fáctica, en el contrato nominado de “cesión de posición contractual”, previsto en el capítulo 27 del Título IV, del Libro III del CCyCN, en razón de que la causa fin del contrato de referencia subyace en la posición de socio que asume el adquirente, con los derechos económicos y parapolíticos, deberes y obligaciones del caso, en relación a la sociedad.

No obstante, el meollo del presente, gira sobre la calificación jurídica de la conducta del transmitente de las acciones, reñida con el principio elemental del derecho de los contratos, el principio de la Buena Fe, en tanto que *en el marco de las tratativas contractuales tendientes a la “venta” de sus acciones, oculta o disimula pasivos propios de la sociedad mercantil (contratante cedido), en flagrante violación de lo dispuesto en los artículos 9, 729, 961, 991, 1061 y 1067, CCyCN.*

Consecuentemente, el interrogante visceral a tratar, será saber si en caso de no encontrarse expresamente pactadas garantías por la aparición de pasivos ocultos al momento de contratar, de todas formas el transmitente deberá garantizar los mismos, siendo operativa la obligación de saneamiento como un elemento natural del negocio, o, si por el contrario, el adquirente deberá apelar a la normativa común de las nulidades o resolución del contrato.

Materiales y método

Para la elaboración del presente se debió acceder a bibliografía diversa, tanto en materia civil como mercantil (societaria), empleando en su desarrollo un método de investigación bibliográfico y comparativo, identificando coincidencias y divergencias entre los expertos en la temática, trabajando sobre la base de una antigua discusión pero en el marco de la legislación actual, pos Ley 26.994.

Discusión y resultados

i) El negocio base

Se entiende por paquete accionario “...un conjunto organizado de acciones que se califica por atribuir a una o más personas una situación de control de derecho, u otra posibilidad de participación relevante y estable en el efectivo ejercicio del poder de una sociedad anónima determinada...”¹, hoy deberíamos agregar a las S.A.S., tipo social creado por Ley 27.349.

Tal contexto negocial es de notable complejidad, bien señala ZUNINO, “...el contexto no solo perjudica al acreedor medio sino también al eventual adquirente de la empresa societaria, ya que nunca puede determinar

¹ VERON, ALBERTO VICTOR, Tratado de los Conflictos Societarios, Ed. La Ley, año 2006, pág. 798

con seguridad el verdadero pasivo por el que eventualmente deberá responder: las auditorías, las retenciones en previsión de pasivos ocultos, las especificaciones contractuales kilométricas no alcanzan por lo común para contener la inseguridad jurídica que implica adquirir una empresa por medio del paquete accionario...”².

En dicho orden de ideas, VERÓN enseña la necesidad de elaborar estados contables especiales, “...no sólo porque generalmente difiere su fecha con la del balance de ejercicio, sino también porque éste puede servir como elemento informativo de lo que se negocia, mas no contiene las especificidades propias de un estado patrimonial concertado por las partes para llevar adelante la operación de cesión, a punto tal que pareciera “ser que es preferible no formalizar la operación ante la negativa del vendedor de acordar la confección de una balance especial, ya que éste va a estar elaborado en orden a esta operación concreta, estará formulado en su rubros con una teleología diferenciada de la que tienen el balance habitual de ejercicio...”³.

Lo dicho denota la importancia del cumplimiento del “deber de información”, derivación lógica del principio general de la Buena Fe, ya destacado, tanto en cabeza del transmitente, como del adquirente, quien al momento de contratar tiene el deber de auto-información en tanto que el acuerdo de voluntades generará en su parte, necesariamente, auto-responsabilidad, principio suficientemente explicado por la doctrina⁴, con causa jurigenética en la cesión de la posición contractual.

Ahora, para arribar al eventual acuerdo, las partes recorrerán un camino de tratativas, compuesto de borradores, minutas, análisis de estados contables, documental, *due diligence*, negociaciones, y una larga serie de etcéteras, todo lo cual coadyuva a identificar la complejidad negocial antes referenciada y el cuidado y diligencia (Buena Fe subjetiva) que requiere la concertación de este tipo de acuerdos.

ii) Garantía por deudas

Si bien el obrar diligente del buen hombre de negocios aconsejaría, el pacto expreso de cláusulas de garantía por pasivos ocultos (como ser aquel que obliga al cedente a pagar de su propio patrimonio las deudas originadas antes de la cesión, pero exigibles después de ella - v.gr. juicios laborales con sentencia firme pos perfeccionamiento del contrato-, o aquel por medio del cual se deja un porcentaje del precio de la operación reservado por la eventual aparición de pasivos no comprendidos, o incluso se estila la posibilidad de diagramar el negocio a través del procedimiento de la Ley 11.967 -de transferencia de fondo de comercio, si bien es una modalidad de instrumentación más costosa-), aquí se analiza el supuesto de que en el contrato tendiente a la adquisición de “condición de socio” se haya omitido el pacto de garantías expresas por la aparición de pasivos ocultos en el período de tratativas contractuales.

Recordemos que son elementos naturales de los contratos aquellos que “...son propios del acto, pero que no hacen a su vida misma. Los suministra la ley supletoria, de manera que se tienen por incorporados al contrato aunque nada se exprese en él...”⁵, siendo los ejemplos clásicos la evicción, los vicios redhibitorios, la lesión, la imprevisión, y una larga serie de etcéteras.

Dicho esto, ¿podemos considerar a las garantías por pasivos ocultos un elemento natural en el marco de la cesión de posición contractual de “estado” de socio?, si la respuesta es afirmativa, podremos afirmar categóricamente que la garantía existe implícitamente, aunque no haya sido introducida por las partes.

Lo que no deja lugar a dudas, es que el cedente garantiza al cesionario “la existencia y validez del contrato” (conf. Art. 1639, 1ª parte, CCyCN), y, en caso de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del ente societario, va a responder como fiador (Art. 1639, 2º párrafo, CCyCN).

No obstante, sigue en pie el interrogante, ¿cómo se tutela el derecho del adquirente en caso de reticencia u ocultación de pasivos del ente societario, por parte del cedente, en caso de no existir garantía expresa al respecto?

Tradicionalmente se ha sostenido que el “vendedor” no responde por el estado patrimonial de la sociedad, entendiéndose que el valor de la acción está dado, por la situación patrimonial del ente emisor, si no hay ninguna asunción específica de responsabilidad, es que “...el vendedor de un paquete accionario sólo transmite sus derechos de socio y no responde por la existencia de pasivos ocultos u otras irregularidades

² ZUNINIO, JORGE OSVLADO, Fondo de Comercio, Ed. Astrea, año 2009, Pág. 540

³ VERON, ALBERTO VICTOR, Tratado de los Conflictos Societarios, Ed. La Ley, año 2006, pág. 832

⁴ LOPEZ MESA, MARCELO, Derecho de las Obligaciones, Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial, Tomo II, Ed. BdeF, págs. 1102 y 1103

⁵ ALTERINI, ATILIO ANIBAL, Contratos, Civiles – Comerciales – de Consumo, Teoría General, Ed. Abeledo Perrot, pág. 262

relativas al estado del patrimonio social, salvo que hubiera pactado expresamente tal responsabilidad...⁶, “el enajenante transfiere sus derechos de socio y no una cuota parte del patrimonio social, ni una cuota parte en el dominio de la empresa comercial, razón por la cual el vendedor no garantiza personalmente la consistencia social...”⁷.

iii) La cuestión bajo la lupa del derecho positivo

Lo primero que debemos afirmar, es que los pasivos del ente societario, ocultados por el cedente, como ser, deudas laborales, fiscales, títulos de crédito, etc., etc., tienen repercusión directa en el patrimonio del cesionario.

Recordemos que “los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante” (Art. 965, CCyCN), derecho constitucional (conf. Art. 17 C.N.).

Consecuentemente, sabiendo que “...el precio de transacción no depende del valor *per se* de los títulos sino en cuanto representativos de una porción ideal del patrimonio de la sociedad que los emitiera...”⁸, surge *in re ipsa* la afectación patrimonial en cabeza del adquirente en supuestos de pasivos societarios ocultos que van en detrimento del patrimonio social por él considerado al momento de contratar. Es que, sin perjuicio del derecho a la cuota de liquidación, consignado en los artículos 92 y 109 de la LGS, existente no sólo en supuestos de liquidación final de la sociedad, sino también en los casos de retiro del socio, encontramos, principalmente, el “derecho económico a obtener utilidades o al dividendo”, siendo éste “...el derecho del socio por antonomasia y se funda en el reparto periódico de las utilidades devengadas. Se trata del principal motivo que éste ha tenido en cuenta al momento de constituir la sociedad...” (léase en este caso, “de adquirir las acciones”). “...El derecho al dividendo específico, solamente puede ser ejercido sobre ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano competente...”⁹.

Vemos entonces que el derecho al dividendo, constituye una causa motivo del adquirente que aunque se encuentra tácitamente, es esencial para las partes y por tanto, conforma un elemento esencial del negocio jurídico (Art. 281, 2ª parte, CCyCN).

Concordantemente, se puede advertir que la afectación negativa del balance, por deudas desconocidas por el cesionario en el momento genético de la contratación, se verá reflejada en los dividendos del adquirente de las acciones.

En tal estado de cosas, en defensa del adquirente, ¿resulta necesario articular la acción de nulidad (conf. Arts. 386 y sges. CCyCN) en función del error esencial (Art. 267, incs. C) y d), CCyCN) provocado por el “dolo acto” del cedente, es decir, por la aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero (Art. 271, CCyCN), dado que el vicio de la voluntad se encuentra en la etapa genética del acto?, con las desventajas en términos de tiempo, carga de la prueba, etc. que esto significa, ¿o tendremos que apelar a una acción de daños y perjuicios conforme la normativa prevista en el Título V del Libro II del CCyCN?

Parecería que la solución más eficaz viene por otro carril. La sección 4ª del Capítulo 9, del Título II del Libro II del CCyCN nos brinda una opción más dinámica y pertinente a saber: la obligación de saneamiento o responsabilidad por garantía.

Va de suyo que, en primer lugar, considero atinado, dado que la “obligación de saneamiento” comprende la garantía de evicción, los vicios ocultos y los vicios redhibitorios (conf. Arts. 1034 y 1051, inc. b), indicar cual versión de ésta, sería operativa al caso particular.

Respecto a la “evicción”, basta decir que la particularidad de la garantía, consistente en “...la obligación del transmitente de asistir y de defender al adquirente...”¹⁰, “obligación de hacer”, sumada la “obligación de no hacer”, compuesta por la no turbación de hecho, no siendo, *a priori*, operativa en el caso traído a colación, dado que la existencia del ente societario, contratante cedido, con personería jurídica, absorbería las demandas por pasivos ocultos, no siendo demandado el cesionario en ningún supuesto, salvo, en los casos del 3º párrafo del artículo 54, LGS, supuesto excepcional.

⁶ TRUFFAT, EDGARDO D., Responsabilidad por pasivos ocultos del vendedor de un paquete accionario, en comentario a fallo de la CNCom., Sala C, 14/6/88, RDCO, 1988-829

⁷ HALPERIN, ISAAC, Sociedades Anónimas, Ed. Depalma, año 1978, Pág. 316

⁸ MARTORELL, ERNESTO E., “Paquetes” accionarios, LL, 1999-A-806

⁹ ROITMAN, HORACIO, Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada, 2ª edición, Tomo II, Ed. La Ley, año 2011, pág. 8

¹⁰ APARICIO, JUAN MANUEL, Contratos, Parte General, Tomo 2, Ed. Hammurabi, año 2006, Pág. 409

Respecto a la diferenciación entre vicios ocultos y redhibitorios, recientemente, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de La Plata, en la Comisión IV de Contratos, en el punto 3 de las conclusiones *de lege lata*, se concluyó que “Respecto de la relación entre vicios ocultos y vicios redhibitorios en el régimen del CCyCo.: 1. No existe ninguna distinción entre unos y otros, puesto que el CCyCo. los trata como sinónimos (minoría: Borda, Colombres y Freytes). 2. Existe una relación de género (vicios ocultos) a especie (vicios redhibitorios), cuya diferencia se basa en la gravedad del defecto (mayoría: Alferillo, Aparicio, Kina, Cafferata, Wagner, Cacace, Danuzzo, Carignano, Barocelli, Trivisonno, Arias, Juanes, Cocca, López Carreras, Arias Cáu y Márquez). 3. Existe una relación de género (vicios ocultos) a especie (vicios redhibitorios) cuya diferencia reside sustancialmente en el objeto sobre el cual recae: el vicio oculto sobre bienes, el redhibitorio sobre cosas materiales (minoría: Nicolau, Nieto y Pérez)”.

Personalmente he tomado partida por la posición de Nicolau, Nieto y Pérez (conforme texto, artículos 1039, inc. b), 1051 y 1053), sosteniendo que los vicios redhibitorios, por recaer sobre cosas muebles, siendo el *sustractum* de la “compraventa de acciones” derechos, son inaplicables.

Por otra parte, los vicios ocultos, pueden recaer sobre bienes que no sean cosas (Art. 16, CCyCN), siendo ésta la situación jurídica aplicable, y por tanto, constituiría un elemento natural de la “compraventa” del paquete accionario, facilitando colosalmente la solución del caso, en tanto el cesionario no solo tendría la opción de resolver el contrato (Art. 1039, inc. c), CCyCN) –el bien equivalente previsto en el inc. b) del mismo artículo no sería aplicable por razones ontológicas del derecho transmitido-, sino que podría pedir la subsanación de los vicios (inc. a, Art. 1039, CCyCN), debiendo asumir el cedente las deudas ocultas, o en su caso, incluso podría pedir la reducción del precio pagado.

Recordemos que en el último sentido indicado, en las Jornadas citadas más arriba, en postura mayoritaria se sostuvo que “2. La acción *quanti minoris* es viable con carácter general en el marco y bajo el régimen del CCyCo. como acción posible para todos los supuestos negociales (mayoría: Márquez, Freytes, Carignano, Danuzzo, Cacace, Wagner, Trivisonno, Arias, Barocelli, Pérez, Juanes, López Carreras, Cocca, Colombres, Alferillo, Aparicio, Kina, Cafferata y Borda)”.

Conclusión

Corolario de lo expuesto, se puede afirmar que en el contexto del negocio de “compraventa” de paquetes accionarios, resulta plenamente operativa como elemento natural del contrato, la garantía por “vicios ocultos”, dada la transmisión de un bien (derechos, deberes y obligaciones derivados de la adquisición de la posición de socio –en algunos casos, controlante-), a título oneroso, cuyas deudas no conocía ni podría haber conocido el adquirente (Art. 1053, inc. a) –aquí se destaca la importancia de la auto-información, confección de balance especial, asesoramiento contable, financiero y legal, etc.-, recordando que estamos en presencia de un contrato paritario, siendo necesaria la existencia de dichas deudas al momento de la celebración del contrato (Art. 1053, inc. b).

La interpretación aludida, favorece la celeridad en la solución del vicio genético de referencia, solución ésta cuya teleología no es otra que la tutela efectiva del crédito del adquirente, y por tanto, elípticamente, la protección de la tan añorada “justicia contractual” tan bien explicitada por MOSSET ITURRASPE¹¹.

Referencias bibliográficas

- Alterini, A. A., (año 2005). *Contratos, Civiles – Comerciales – de Consumo, Teoría General*. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot
- Aparicio, J. M., (año 2006). *Contratos, Parte General, Tomo 2*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi
- Halperin, I. (año 1978). *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires, Ed. Depalma
- Lopez Mesa, M. (año 2015). *Derecho de las Obligaciones, Análisis Exegético del Nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Ed. BdeF
- Martorell, E. “Paquetes” accionarios, LL, 1999-A-806

¹¹ MOSSET ITURRASPE, JORGE y PIEDECASAS MIGUEL ANGEL., Responsabilidad por Daños, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Tomo II – A, El Incumplimiento Contractual, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, año 2016, Santa Fe, pág. 14

Mosset Iturraspe, J. y PIEDECASAS M. A. (año 2016). *Responsabilidad por Daños, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Tomo II – A, El Incumplimiento Contractual*. SANTA FE, Ed. Rubinzal Culzoni Editores

Truffat, E. D. Responsabilidad por pasivos ocultos del vendedor de un paquete accionario, en comentario a fallo de la CNCom., Sala C, 14/6/88, RDCO, 1988-829

Roitman, H. (AÑO 2011). *Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada, 2ª edición, Tomo II*. Buenos Aires, Ed. La Ley

Veron, A. V. (año 2006). *Tratado de los Conflictos Societarios*. Buenos Aires, Ed. La Ley

Zunino, J. O. (año 2009). *Fondo de Comercio*. Buenos Aires, Ed. Astrea

Filiación institucional: Trabajo presentado como abogado Adscripto por Res. 239/17 CD de la Cátedra “B” de “Derecho Societario” **Profesora Titular:** Hilda Zulema Zárate