

¡SUPERAMOS LAS MIL EDICIONES!

10 de diciembre de 2021

SOBRE LA REDACCIÓN DE UN CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE ACCIONES

Señor Dios, cuidame de los errores de redacción. De la contraparte me ocupo yo.

La sentencia que vamos a comentar proviene de un tribunal italiano, pero se ajusta perfectamente a la realidad argentina.

Alejandra, Bárbara y Beatriz decidieron vender sus participaciones en la Società Veneta Lombarda Refrattari SRL (“SVL”) (que representaban el 60% del capital) a EKW Italia SRL. (En rigor, transferirían cuota-partes y no acciones, pero para el caso es lo mismo).

El 6 de agosto de 2012 las vendedoras y EKW firmaron un primer contrato que, como suele suceder en estos casos, preveía la realización de un análisis “de la situación patrimonial, riesgos fiscales, riesgos bajo los contratos de trabajo y riesgos legales” [sic] que pudieran afectar a SVL, la sociedad cuyas participaciones habrían de transferirse.

En la jerga, a este análisis se lo denomina *due diligence*, pues no consiste en otra cosa más que en el cumplimiento de la obligación de todo comprador de agotar la diligencia debida para establecer si lo que se le vende es lo que quería comprar. Cuando el comprador cumple con esa obligación (y se ajusta o no el precio a pagar como resultado), el vendedor sólo podría responder en

caso de dolo y no de culpa; por eso, la realización del *due diligence* opera en beneficio de ambas partes (puesto que probar el dolo es más complejo que hacerlo con la culpa).

Contra la firma del contrato preliminar, las vendedoras recibieron parte del precio. El saldo se les pagaría en varias cuotas una vez concluido el *due diligence*, establecida la existencia (o no) de posibles reducciones del precio acordado en función de la identificación y cuantificación de los posibles pasivos no revelados previamente y transferidas las participaciones sociales.

Una vez terminado el proceso de *due diligence*, mediante la celebración de un contrato definitivo, el 26 de septiembre de 2012 se transfirieron las participaciones sociales.

Cuando aun estaba pendiente el pago de una última cuota de € 109.000, el 11 de junio de 2018 SVL recibió una notificación del INAIL¹ (un ente público italiano que, como empresa aseguradora, cubre los accidentes del trabajo) en la que comunicaba la detección de una deuda de SVL con ese organismo.

¹ Istituto Nazionale di Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro.

Mientras el INAIL determinaba el monto exacto de la deuda, en diciembre de 2018 las vendedoras consiguieron una medida de no innovar para obligar al comprador a pagar la cuota adeudada hasta tanto se determinara el monto preciso de la contingencia y quién debía responder por ella.

En septiembre de 2019 el INAIL determinó que SVL adeudaba algo más de € 220.000.

El comprador pidió a la justicia que se revocara la medida cautelar, se lo liberara de la obligación de pagar los € 109.000 pendientes del saldo de precio y se exigiera a las vendedoras a reembolsar a EKW (la compradora) la diferencia entre ese saldo de precio y el monto adeudado a la aseguradora de riesgos del trabajo (€ 220.000), como consecuencia del incumplimiento de las declaraciones y garantías otorgadas por las vendedoras al comprador en el contrato preliminar de agosto de 2012.

Las vendedoras, por su parte, negaron que las declaraciones y garantías contenidas en el contrato preliminar obligaran a indemnizar al comprador ante la aparición de la contingencia, *puesto que esas manifestaciones y garantías se referían a otras cuestiones y, además, no estaban incluidas en el contrato definitivo*. “La omisión de esas declaraciones y garantías *en el contrato definitivo* no fue casual sino una consecuencia de un cuidadoso proceso de *due diligence*” dijeron las vendedoras.

El Tribunal Ordinario de Milán resolvió la cuestión².

Básicamente, fue de la opinión que “la posición de la compradora no podía ser admiti-

da”, *dado el carácter dirimente del texto del contrato definitivo de cesión de las participaciones sociales*.

En efecto: “el texto del contrato definitivo no incluía las declaraciones y garantías de las vendedoras sobre cuya vigencia se fundaba toda la estrategia de la compradora”.

El tribunal sostuvo que si bien las partes coincidían en que las cláusulas invocadas por el comprador estuvieron incluidas en el contrato preliminar del 6 de agosto de 2012, *no fueron reproducidas en el contrato definitivo de transferencia de las participaciones sociales celebrado el 26 de septiembre de ese año*.

Los jueces entendieron que “toda vez que las partes, después de haber celebrado un contrato preliminar, celebran luego otro, definitivo, *éste último constituye la única fuente de derechos y obligaciones inherentes al negocio celebrado entre las partes* y no una mera repetición del anterior, en cuanto el contrato preliminar queda superado por este último. Sus disposiciones, incluso, podrían no estar de acuerdo con las del primero, salvo que los contrayentes lo hayan previsto expresamente”.

Más aún: “la presunción de conformidad del nuevo acuerdo (el definitivo) con la voluntad de las partes, en caso de silencio, puede ser desvirtuada sólo mediante la prueba de la existencia de un acuerdo entre las mismas partes contemporáneamente a la celebración de ese acuerdo definitivo, del que resulte que otras obligaciones o prestaciones, contenidas en el acuerdo preliminar, sobrevivieron a su sustitución por el acuerdo definitivo”.

“Esa prueba —obviamente— debe ser provista por quien exija el cumplimiento de dichas obligaciones”, agregaron los jueces.

² In re “EKW Italia SRL c. Billi Alessandra, De Biasi Beatrice y De Biasi, Barbara”, Tribunal Ordinario de Milán, Sección Especializada en Cuestiones de Empresa B, r.g. 11382/2019; 29 abril 2021; *Giuris News* 35/2021, 6 diciembre 2021.

El tribunal rechazó la posición del comprador, quien sostuvo que, como consecuencia de las normas en materia de cesiones de participaciones sociales, la falta de inclusión en el contrato definitivo de las cláusulas contenidas en el contrato preliminar no implicaba la renuncia a lo pactado en aquéllas.

Según el comprador, la inclusión de cláusulas de garantía en el contrato preliminar sólo podía interpretarse como destinada a operar a partir de la celebración del contrato definitivo, y, por lo tanto, a sobrevivir en el tiempo, puesto que se trataba de disposiciones *que se referían al futuro*, por lo que carecería de sentido que hubieran estado destinadas a aplicarse sólo durante el breve período entre la firma del contrato preliminar y la del definitivo.

Por el contrario, los jueces entendieron que el contrato preliminar “sólo obligaba a celebrar un contrato definitivo” y que “quedaba superado por este último”.

“Los términos, modalidades y condiciones del contrato definitivo, aun cuando fueran distintos de los pactados en el contrato preliminar, configuraron *un nuevo acuerdo entre las partes* y se presume que constituyen la única regulación del vínculo establecido entre ellas”.

El tribunal entendió que la interpretación hecha por el comprador acerca de cuál fue la voluntad de las partes, aun cuando pudiera coincidir con lo que habitualmente ocurre en los negocios de transferencia de participaciones sociales, (en los que el contrato preliminar con frecuencia contiene la regulación íntegra acerca de las declaraciones y garantías que hace un vendedor a favor de un comprador sobre la consistencia del patrimonio de la sociedad *target* y declaraciones y garantías cuya estructura revela la finalidad de que operen luego del *closing* o cierre, mientras que el contrato definitivo se

limita a la mera formalización de la cesión de las participaciones sociales), resultaba inaplicable respecto a la supervivencia de las cláusulas del contrato preliminar.

Ello era así porque esa interpretación “*no tenía en cuenta el texto específico del contrato preliminar* usado en este caso, que en uno de sus puntos, al comienzo de la cláusula llamada precisamente “De las declaraciones y garantías”, decía: *‘las vendedoras declaran y garantizan, empeñándose a renovar expresamente tales declaraciones en la fecha de cierre...’*; texto al que seguían las declaraciones y garantías que invoca el comprador”.

En opinión del tribunal, “*esa frase resultaba determinante para reconstruir la voluntad de las partes en cuanto a la supervivencia o no de las cláusulas en discusión en el contrato definitivo*”.

“*Precisamente, la existencia de una obligación específica de renovar las declaraciones y garantías al momento del cierre implicó la intención de los contrayentes de no considerar vinculantes las cláusulas del contrato preliminar independientemente del texto del contrato definitivo sino de considerar las cláusulas del primer contrato destinadas a subsistir al segundo contrato sólo si se las renovaba expresamente al momento de celebrar este último o en otro contrato contemporáneo*”.

“De esta ‘renovación’ de las declaraciones y garantías no se encuentra rastro alguno en la prueba documental, ni el comprador ha hecho referencia alguna a ella, por lo que, en definitiva, debe entenderse que las cláusulas del contrato preliminar que invoca el comprador, en cuanto no fueron renovadas al momento del contrato definitivo (como lo exigía el contrato preliminar) deben ser consideradas inaplicables al momento del ‘closing’ y, por lo tanto, superadas por el texto

del contrato definitivo, que ni las prevé ni las considera”.

“Por lo dicho hasta aquí”, concluyó el tribunal, “la vigencia de las cláusulas de garantía invocadas por el comprador no fue demostrada, con la consecuencia de que su demanda, fundada en dicha vigencia, debe ser rechazada”, con costas.

Llama profundamente la atención la sujeción estricta que hizo el tribunal italiano al texto del contrato. ¡Qué diferencia con el caso comentado aquí hace pocos días, donde los jueces argentinos “forzaron” a alguien a someterse a un contrato jamás firmado! (Véase “La compleja relación entre los accionistas sindicados y la sociedad”, *Dos Minutos de Doctrina* XIX:1005, 3 diciembre 2021).

Con frecuencia parece que los jueces argentinos tuvieran miedo de tomar decisiones draconianas y obligar a las partes a soportar las consecuencias de sus torpezas –o las de sus abogados–. Este caso, en la Argentina, probablemente habría sido resuelto exactamente al revés, con el argumento de que no resultaría concebible que un vendedor no garantice la integridad del patrimonio de la sociedad cuyas participaciones se transfieren, *diga lo que diga el contrato*.

“Es cierto”, dice el Filosofito, que nos lee en borrador. “Muchos jueces prefieren proteger a alguna de las partes antes que proteger el derecho. Y lo convierten en algo maleable y elástico y *también impredecible*”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**