

Voces: SOCIEDAD COMERCIAL ~ COMPRAVENTA ~ COMPRAVENTA DE ACCIONES ~ ACCION SOCIETARIA ~ VENDEDOR ~ COMPRADOR ~ DERECHOS DEL VENDEDOR ~ DERECHOS DEL COMPRADOR ~ OBLIGACIONES DEL VENDEDOR ~ OBLIGACIONES DEL COMPRADOR ~ SEGURO ~ TRABAJO ~ IMPUESTO ~ LIBRO

Título: Importancia del capítulo "declaraciones y garantías" en un contrato de compraventa de acciones

Autor: Torassa, Gustavo J.

Publicado en: LA LEY23/09/2014, - Sup. Act. 23/09/2014, 23/09/2014, 1

Cita Online: AR/DOC/2901/2014

Sumario: 1. Introducción.— 2. Concepto. Alcance.— 3. Vigencia temporal de las DyG usualmente formuladas por las partes.— 4. Supuesto de constatación de la incorrección o falsedad de una DyG con posterioridad a la Fecha de Firma pero antes de la Fecha de Cierre.— 5. Supuesto de constatación de la incorrección o falsedad de una DyG con posterioridad a la Fecha de Cierre. Mecanismos de reparación.— 6. Conclusión

1. Introducción

La compraventa de un paquete accionario de sociedades reguladas, exige a los abogados, que asisten tanto a la parte compradora como a la vendedora, que pongan en juego todo su bagaje de conocimientos y experiencia para lograr que la operación resulte exitosa.

Por éxito no sólo debemos considerar llegar a la firma del contrato en cuestión, sino también lograr que el contrato tenga una estructura legal adecuada para prever el tratamiento y eventual solución de futuras contingencias que aparezcan en la sociedad objeto de la compra.

Es en función de ello, que en la práctica los contratos de compraventa de acciones suelen tener una estructura, que en líneas generales, consideran distintos capítulos o secciones en donde se van regulando aspectos esenciales de la transacción.

Entre ellos podemos mencionar: la descripción y cantidad de las acciones objeto de la transacción, el precio, la moneda, la forma de pago, la posibilidad de ajuste del precio, las declaraciones y garantías que las partes se hacen entre sí, el tratamiento de los pasivos ocultos o pasivos no reflejados en los estados contables o anexos del contrato, el procedimiento de reclamación, los actos que ocurrirán en la fecha de cierre, las condiciones a las que se sujeta el cierre de la transacción, las causales de rescisión y resolución del contrato, la ley y jurisdicción aplicable en caso de conflicto, y otras cláusulas propias de este tipo de contratos.

En particular, en esta oportunidad, quiero hacer foco en la función e importancia que tiene en la transacción a celebrarse el capítulo de declaraciones y garantías (las "DyG"), que las partes se formulan entre sí. Me parece oportuno repasar en este trabajo: el concepto de las D cómo operan; que alcance tienen; cuál es su vigencia en el tiempo; y finalmente que mecanismos de resarcimiento se disparan en caso de que se hubiere constatado un incumplimiento de las mismas.

2. Concepto. Alcance

Por DyG entendemos las aseveraciones, representaciones y garantías que cada parte le formula a la otra, sobre determinadas calidades, estado, situación, características y facultades de la misma parte celebrante, y de la sociedad cuyas acciones son objeto del contrato de compraventa, afirmando que son verdaderas y correctas a determinada fecha.

Habrás así en el contrato DyG formuladas por la parte compradora en donde ésta afirmará ciertas cuestiones relativas a su identidad, status jurídico, facultades, disponibilidad de los fondos, que la compra no viola derechos preexistentes ni contraviene ninguna disposición legal, etc.

Sin embargo, las DyG sobre las cuales queremos poner especial atención en este trabajo son las aseveradas por la parte vendedora de las acciones, pues ésta asevera, declara y representa a la parte compradora, no sólo respecto de la existencia de la misma y de sus capacidades y facultades para actuar, sino también sobre cierta situación jurídico-contable de la sociedad, cuyas acciones son objeto de la transacción, También la parte vendedora habrá de declarar, representar y garantizar respecto de otros aspectos que hacen a la sociedad cuyas acciones se venden,

como ser, su personal, estados contables, juicios, activos y pasivos.

Estas DyG, que habrá de formular la parte vendedora, estarán en algunos casos sustentadas en la información brindada por aquella en favor de la parte compradora durante el proceso de "due diligence". Este proceso de revisión que lleva a cabo habitualmente la parte compradora, le sirve a ésta para analizar ciertos aspectos de la sociedad cuyas acciones se pretenden adquirir, como ser temas societarios, regulatorios, laborales, impositivos, de propiedad industrial, juicios, reclamos, activos, pasivos, etc., que luego serán reflejados o expresados en el contrato.

Esta documentación, finalmente, se agregará al contrato de compraventa a celebrarse como anexos al mismo, y la parte vendedora declarará que la información allí contenida es correcta y verdadera.

El término DyG comprende la palabra "garantías". Ello por cuanto la parte que formula estas DyG no solo representa y manifiesta a la contraparte determinada situación, sino que además le garantiza que esta declaración es verdadera y correcta a la fecha en que es realizada y que en caso contrario, la contraparte tendrá derecho a cierto reclamo bajo un mecanismo que el mismo contrato habrá de prever.

Cabe señalar que, generalmente en esta clase de contratos, se deja aclarado que las partes no realizan expresa o implícitamente otras DyG distintas a las incluidas en el mismo contrato.

En base a ello hay que ser muy preciso al formular estas DyG pues, en definitiva, es con fundamento en ellas que las partes aceptan suscribir el contrato y obligarse recíprocamente. Es decir, las DyG son la piedra basal en virtud de la cual las partes están dispuestas a celebrar la compra-venta de las acciones de la sociedad target.

Ahora bien, si luego de firmado el contrato de compraventa de acciones, cualquiera de las partes advierte que una o varias de esas DyG no son verdaderas y correctas, habrá que estar a lo pactado por las partes en dicho contrato para ver el remedio previsto. Esto lo analizaremos más abajo en el punto 4) del presente trabajo.

3. Vigencia temporal de las DyG usualmente formuladas por las partes

El título de este punto remite a las DyG que se formulan ambas partes. Sin embargo, nos parece que la mayor trascendencia y relevancia de las DyG provienen de las formuladas por la parte vendedora, pues es ella quien declara y garantiza determinados aspectos de la sociedad —cuyas acciones son objeto de la transacción- que impactan directamente en el negocio perseguido por la parte compradora.

Ya expresamos que mediante las DyG el vendedor le manifiesta al comprador que respecto de ciertos tópicos, lo que allí declara y garantiza es verdadero y correcto.

Lo que nos interesa en concreto aquí determinar, es a qué fecha se deben formular tales DyG. Cabe señalar —como expresamos al inicio de este artículo- que la aparición de estas dos fechas —de firma y de cierre- sucede en general en aquellas operaciones que involucran acciones de sociedades cuya actividad es objeto de control por un organismo específico y que en consecuencia para llegar al cierre de la operación se debe esperar la aprobación de la autoridad de control pertinente.

En estos supuestos la transacción tendrá dos etapas bien diferenciadas: (i) la fecha de firma, que es la fecha en que se celebra el contrato; y (ii) la fecha de cierre, que ocurre una vez obtenida la autorización del ente de control [\(1\)](#), lo que permitirá cerrar la transacción con el pago del saldo de precio y con la transferencia misma de las acciones. [\(2\)](#)

Esta situación de dos fechas bien diferenciadas en cuanto a lo que acaece en cada una de ellas, también se da cuando por el monto de la transacción o volumen de facturación de las sociedades involucradas en la operación se debe requerir la autorización de la CNDC. [\(3\)](#)

Como consecuencia de ello, en estos casos nos encontraremos con DyG formuladas por la partes, no sólo a la denominada "Fecha de Firma", sino en algunos casos también a la "Fecha de Cierre". Esta declaración a futuro trae aparejada la obligación para la parte que la efectúa de garantizar que no habrá cambios respecto de lo declarado entre ambas fechas.

Generalmente se puede ver en esta clase de contratos, que el vendedor declara y garantiza que cada una de las DyG que formula es verdadera y correcta a la Fecha de Firma y lo será a la Fecha de Cierre, salvo que una

determinada DyG hiciera referencia específica, en forma separada, a la Fecha de Firma o a la Fecha de Cierre.

Veamos algunos ejemplos de DyG usuales para este tipo de contratos:

a) Acerca de la sociedad. El vendedor declara y garantiza respecto de la sociedad, cuyas acciones son objeto de la venta, que se trata de una sociedad regularmente constituida y válidamente existente de conformidad con las leyes del lugar de constitución. Esta DyG tiene validez a ambas fechas.

b) De las acciones objeto del contrato. La parte vendedora declara y garantiza el monto del capital social de la sociedad, la cantidad de acciones suscriptas e integradas, el valor nominal de las mismas, la clase de cada una de dichas acciones, y la mención de que no existen otras acciones emitidas de ninguna naturaleza, ni tampoco aportes a cuenta de futuros aumento de capital que se encuentren pendientes de capitalización. También generalmente se afirma que el registro de accionistas refleja fielmente los accionistas actuales y que no pesan sobre las acciones gravámenes, cargas o medidas judiciales o extrajudiciales de clase alguna, o derecho que restrinja o limite de modo alguno el derecho de libre disposición sobre las mismas. Esta DyG tendrá que tener necesariamente validez a ambas fechas.

c) De las obligaciones que asume el vendedor en el contrato. Aquí el vendedor afirma básicamente que dichas obligaciones no violan ley vigente alguna, normas administrativas, resoluciones judiciales, laudos arbitrales o cualquier otra disposición legal aplicable a la parte vendedora o a la sociedad misma. Esta DyG tiene validez a ambas fechas.

d) Las aprobaciones necesarias y cumplimiento de normas vigentes. Aquí la parte vendedora declara y garantiza acerca de las aprobaciones que resultan necesarias para llevar adelante la transacción y que salvo las mismas no se requiere, ni es necesario requerir de acuerdo con la ley aplicable, pronunciamiento, aprobación o autorización de una entidad gubernamental o administrativa para la celebración y el cumplimiento de este contrato. Esta DyG tiene validez a ambas fechas.

e) Cumplimiento de normas. La parte vendedora declara y garantiza respecto de que la sociedad cumple substancialmente con todas las normas, leyes y resoluciones aplicables. Esta DyG tiene validez a ambas fechas.

f) Acerca de los estados contables de la sociedad. La parte vendedora debe declarar que los mismos han sido preparados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados en la República Argentina y de acuerdo con las normas dictadas por el órgano de control correspondiente, si lo hubiere. También se declara que dichos estados contables reflejan razonablemente la situación económica y financiera de la sociedad e incluyen los pasivos de la sociedad. Aquí el vendedor debería declarar que los estados contables de la sociedad que se emitan hasta la Fecha de Cierre, serán preparados con igual estándar.

g) La conducción de los negocios. En este punto el vendedor debería declarar que la sociedad —cuyas acciones son objeto de la venta- ha conducido y conducirá sus negocios hasta la Fecha de Cierre, en el curso ordinario de sus negocios, en forma consistente y de acuerdo con las prácticas comerciales normales aplicadas durante los últimos años.

Esta DyG es fundamental pues todo lo que ocurra en el manejo de los negocios de la sociedad, entre la Fecha de Firma y la Fecha de Cierre, será evaluado bajo el estándar de si lo efectivamente actuado ha sido algo propio del curso ordinario del negocio y consistente con lo que venía haciendo la sociedad en los años anteriores.

h) Litigios, procedimientos y reclamos. En este punto lo único que puede declarar el vendedor es la lista de juicios, reclamos y procedimientos notificados a la sociedad a la Fecha de Firma. No se puede aseverar en este punto cuáles serán los juicios de la sociedad a la Fecha de Cierre, pues ellos son ignorados por el vendedor.

i) De los seguros de la sociedad. El vendedor declara que la sociedad mantiene como asegurado pólizas de seguros razonables de acuerdo con los usos y costumbres de sus bienes y todas dichas pólizas de seguros se encuentran vigentes y conformes con las normas legales aplicables y políticas de la compañía. Esta DyG tiene validez a ambas fechas.

j) Libros societarios. La parte vendedora suele declarar y garantizar que los libros comerciales de la sociedad son llevados conforme a lo previsto en la ley a la Fecha de Firma y seguirán siendo llevados de ese modo hasta la Fecha de Cierre.

k) Aspectos tributarios y fiscales de la sociedad. En este punto el vendedor debe declarar que la sociedad cumplió, y seguirá cumpliendo hasta la Fecha de Cierre, substancialmente con la presentación dentro de los plazos legales y en la forma requerida, las declaraciones juradas y demás formularios relevantes a que se encuentra obligada respecto de todos los tributos que la gravan, ya sean en el orden nacional, provincial como municipal, habiendo declarado sus ingresos, ventas y servicios, efectuado los pagos a cuenta y retenciones a que se encuentra obligada de acuerdo a una diligente interpretación de la ley, y pagado oportunamente y en la forma debida todos los tributos y cargas a que se encuentra obligada.

l) Aspectos laborales de la sociedad. En esta declaración el vendedor debe declarar y garantizar que la sociedad cumple substancialmente con las obligaciones laborales y previsionales vigentes, las normas que rigen los convenios colectivos de trabajo y demás normas aplicables a su personal en materia laboral, previsional y tributaria, y su política de contratación de personal y de remuneraciones y beneficios sociales al personal no viola ninguna de dichas normas, de acuerdo con su interpretación de tales normas y las practicas de mercado. También que la sociedad cumple y cumplirá con el pago de todos los salarios devengados, retenciones y contribuciones aplicables en materia de Seguridad Social e impositivas.

Asimismo, deberá declarar que a la Fecha de Firma no existen reclamos laborales, previsionales, por accidentes de trabajo, o enfermedades profesionales, o reclamos por comisiones, o cualquier otro reclamo de índole laboral o previsional, o de otro tipo iniciados por empleados o ex empleados contra la sociedad, salvo por aquéllos contabilizados en los estados contables o referenciados en el contrato.

No existen ni existirán a la Fecha de Cierre, convenios laborales especiales u otros acuerdos generales que puedan tener incidencia económica sobre las obligaciones laborales de la sociedad; ni tampoco existen conflictos con los sindicatos a los que los empleados de la sociedad se encontraren afiliados, salvo aquéllos que pudieran haberse incluido en los estados contables.

Por último en este tópico es usual que se declare que no existen a ninguna de las dos fechas, planes de pensión, acuerdos de retiro, "Golden-parachute agreements" (4), garantías u otros pasivos por pensiones u otros beneficios, actuales o contingentes, a favor de empleados, terceros contratados, gerentes, o directores de la sociedad; salvo aquéllos que pudieran haberse incluido en los estados contables.

II) Nómina de empleados de la sociedad. Como este es un elemento generalmente dinámico en la vida de la sociedad, sobre todo en el caso de sociedades de cierta envergadura, la parte vendedora puede declarar que a la Fecha de Cierre, la nómina de empleados resultará la que se detalla en un determinado anexo del contrato, salvo por aquellos empleados allí listados que se hubieren desvinculado de la sociedad a dicha fecha, ya sea por voluntad del empleado, como por decisión de la sociedad mediando motivos fundados, y por aquellos empleados que se hubieren incorporado solamente en reemplazo del personal desvinculado.

En cuanto a las remuneraciones al personal que forma parte de la nómina referida en el anexo correspondiente, así como, en su caso, los bonos y los beneficios son las que se indican en el anexo ya referido y, tales empleados no registrarán incrementos salariales o de beneficios sociales, si no se hubiere obtenido previamente la conformidad escrita de los comprador. Esto sigue aplicando tanto a la Fecha de Firma como a la Fecha de Cierre.

Estas dos DyG aseguran que a la Fecha de Cierre la nómina no se incrementará, ni los salarios de los empleados subirán, salvo acuerdo con la parte compradora.

M) Propiedad Intelectual. El vendedor suele declarar que la sociedad es titular o cuenta con las licencias correspondientes para hacer uso de las marcas, nombres comerciales, lemas comerciales, logotipos y dominios de internet que se señalan en un determinado anexo, los que se encuentran libres de toda carga o gravamen, sin que existan conflictos con respecto a derechos de terceros sobre dicha propiedad intelectual que sean de su conocimiento. Esta DyG tiene validez a ambas fechas.

En definitiva, puede haber innumerable cantidad de DyG tendientes a especificar que es lo que se vende y su estado tanto a la Fecha de Firma como a la Fecha de Cierre.

Si el vendedor faltase a la verdad o si lo declarado no fuese correcto, nacerán para la parte compradora distintos remedios —usualmente previstos en el contrato— que le permitirán adoptar distintos tipos de acciones que

veremos en el punto siguiente.

4. Supuesto de constatación de la incorrección o falsedad de una DyG con posterioridad a la Fecha de Firma pero antes de la Fecha de Cierre

En esta clase de contratos, se busca limitar al máximo la posibilidad que una vez firmado el contrato las partes puedan resolver el contrato o rescindirlo con base en la falsedad o incorrección de una DyG.

Es que una vez firmado el contrato de compraventa el mismo adquiere publicidad y pone a las partes intervinientes en una situación casi de no retorno, pues volver atrás produce serios perjuicios a la imagen de ambas partes y a la sociedad en sí misma.

De tal forma, generalmente se suele pactar que el contrato sólo podrá ser resuelto antes de la Fecha de Cierre en determinadas circunstancias, como ser el supuesto de que una DyG hubiere devenido falsa o incorrecta antes de la Fecha de Cierre, teniendo ello la aptitud para generar un daño o una pérdida a la sociedad cuyas acciones se adquieren y/o al comprador por un monto superior a una cifra importante —definida en el contrato por las mismas partes- y alternativamente a la rescisión contractual pactada, la parte cumplidora también podrá optar por exigir el cumplimiento del contrato, y reclamar, en ambos casos, los daños y perjuicios a los que hubiere lugar por derecho.

5. Supuesto de constatación de la incorrección o falsedad de una DyG con posterioridad a la Fecha de Cierre. Mecanismos de reparación

Vimos en los puntos precedentes que las partes se formulan entre sí diversas DyG relativas a la operación, con base sobre la cual ambas prestan su consentimiento y se garantizan que en caso de falsedad o incorrección podrán reclamarse la correspondiente declaración.

Esta garantía de indemnidad se suele pactar por un plazo determinado que podría ser, por ejemplo, de 12, 24 o 36 meses contados desde la Fecha de Cierre. Esto quiere decir que si luego de cerrada la operación, la parte compradora advierte que lo declarado y garantizado por la parte vendedora no era realmente así, tendrá derecho a formular un reclamo —dentro del período pactado- para que se repare el perjuicio sufrido.

De esta forma, cualquier pérdida o daño que se genere a la sociedad -cuyas acciones adquiere la parte compradora- con posterioridad a la fecha de cierre, con motivo de la falsedad o manifiesta incorrección de una DyG, siempre y cuando, el comprador se lo notifique a la parte vendedora con anterioridad al vencimiento del plazo de vigencia de las garantías estipulado, dará derecho a una reclamación.

Esta reclamación puede generarse por dos vías distintas. La primera es cuando el reclamo se origina o nace en el reclamo de un tercero que le reclama formalmente a la sociedad por un determinado pasivo o perjuicio, y ello revela la incorrección o falsedad de las DyG formuladas por la parte vendedora. Estos son los llamados reclamos de terceros.

La segunda posibilidad es que el reclamo lo formule la propia parte compradora al advertir, por ejemplo, que los activos declarados en la sociedad no eran tales o que tenían alguna restricción no informada, o bien que no tenían las calidades representadas. Estos reclamos son generalmente denominados como reclamos directos.

En ambos casos la garantía brindada por la parte compradora —frente a tales reclamos- sólo resultará operativa siempre que el reclamo haya sido presentado en el plazo de vigencia de las DyG, según lo pactado por las partes en el contrato.

6. Conclusión

La compraventa de acciones de una sociedad, que por su propio objeto social se encuentra regulada por un ente de control, o bien que por el volumen de la operación está sujeta a obtener la aprobación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia acerca de la concentración económica, requiere necesariamente que el contrato tenga dos etapas bien diferenciadas: la fecha de firma del contrato y la fecha en que se puede realizar el cierre de la operación.

Esto requiere que las partes escriban adecuadamente en el contrato las DyG que se formulan y a qué fecha se requiere sean formuladas. También deberán precisar cuál es la vigencia de las DyG para saber el plazo para formular reclamaciones por incorrecciones y falsedades y los efectos del incumplimiento si ello ocurre antes de la

fecha de cierre.

Lo interesante del tema es que cada operación tiene sus propias particularidades y aspectos que hacen que el diseño de estos contratos siempre resulte desafiante pues el objetivo es lograr un contrato lo más seguro posible.

(1) Por ejemplo la autorización del Banco Central de la República Argentina en el caso de transferencia de acciones de una entidad financiera, o la Superintendencia de Seguros de la Nación en el supuesto de una entidad aseguradora.

(2) En la jerga se utiliza el término en inglés "closing".

(3) Conforme lo previsto por el Art. 6° de la Ley 25.516.

(4) Son acuerdos laborales que cubren a determinados empleados frente a desvinculaciones.