

La *seña* y el derecho de *arrepentimiento* en etapa de formación del contrato. Su aplicación a la transferencia de un fondo de comercio: el caso: *Sirolli v Fernandez*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

La *seña* y el derecho de *arrepentimiento* en etapa de formación del contrato. Su aplicación a la transferencia de un fondo de comercio: el caso: *Sirolli v Fernandez*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

Abstract.

La sala D de la CN Comercial dictó veredicto en el caso *Sirolli v Fernandez* en el marco de un reclamo por daño contractual. La sala indagó profundamente el contenido del documento suscripto entre las partes en disputa a fin de determinar si aquel representaba un boleto de compraventa o era simplemente una *seña* otorgada por el comprador en etapa de formación del contrato definitivo.

El negocio en ciernes –que motivó el reclamo – era la transferencia de un locutorio como fondo de comercio. Este aspecto fue agudamente tratado por la alzada. El caso es añoso pero aún hoy despierta interés. Toca un tema práctico: los costos de salida y la naturaleza jurídica de la *seña* o *arras* en la etapa de formación de los contratos ya sea *preliminar* o *in contrahendo*.

La sala aborda este problema con solvencia intelectual analizando los efectos de los artículos 475 del C. com y el artículo 1202 del C.c y el alcance de estos dispositivos dentro del marco de una transferencia de un fondo de comercio. En este sentido el Tribunal hace una interpretación del artículo 9 de la ley de transferencia de fondo de comercio. Aspecto sumamente interesante del caso que comentamos y a la vez ignorado por los operadores jurídicos. Quizás sea éste el nudo gordiano del caso *Sirolli*.

Esperamos que sea de utilidad pues presenta varias aristas sumamente atractivas para la discusión y el debate. A continuación explicamos el caso:

I. El caso *Sirolli v Fernandez* (Sala D. 22 de octubre 2007)

A. Los hechos:

RESERVA

"La presente *seña* es *ad-referendum* de la posibilidad concreta de la transferencia sin obstáculos ante Telefónica de Argentina lo cual se sabrá el día lunes 20/12/99. Caso contrario se le devolverá la suma (sin doblar) al comprador Sr. Fernández...".

"Recibo de carácter provisorio de la cantidad entregada sujeta a su aceptación de la vendedora. Para el caso de no brindarse finalmente dicha aceptación el importe entregado en este acto será devuelto al comprador sin indemnización alguna...".

"A pedido y de plena conformidad antes de iniciar el trámite y el pago correspondiente se pedirá un certificado urgente de inhibición de persona, y con la anuencia de la dueña del local...".

El presente será "...*canjeado por el boleto de compraventa definitivo*...";

"Si el comprador no se presentare a completar el pago correspondiente para suscribir el boleto de compraventa esta operación quedará nula y sin efecto".

"Mientras no estuviera firmado el boleto de compraventa correspondiente a la presente operación no podrá efectuarse ninguna transferencia y en caso de concertarse la operación se abonará en el momento de la firma del boleto.

B. Reclamo de Sirolli: Daños por incumplimiento contractual. En opinión de Sirolli existió un boleto de compraventa para la transferencia de un fondo de comercio (un locutorio). Existió principio de ejecución contractual.

C. La defensa de Fernández: El documento firmado no es un boleto. Es una simple reserva. Estamos en etapa de preliminares.

D. Fallo a quo: Niega la demanda. Razones: Sirolli omitió entregar a los compradores el listado de acreedores (art. 3 ley 11.867). Esta omisión implicó incumplimiento del vendedor no pudiendo éste aplicar pacto comisorio.

II. El criterio de la Sala.

El Tribunal aborda dos cuestiones: (i) los efectos de la seña en la transferencia de un fondo de comercio y en etapa de formación del contrato y (ii) los efectos de los actos preparatorios en etapa de preliminares. Veamos:

A. Efectos de la seña en la transferencia de fondo comercio y en etapa de formación del contrato.

1. No hay boleto: Del texto del instrumento se concluye que no es un boleto sino que las partes pactaron *una común intención* de formalizar el boleto en un momento posterior.

2. Negocio en formación. Negocio “ad referendum” del aceptante: Los negocios “ad referendum” contienen condiciones potestativas que tienen por objetivo otorgar un pretexto para no contratar si la operación se considera inconveniente. No es más que una promesa.

3. La seña sujeta a un hecho futuro: Se le dio al instrumento la condición de “seña” sujetándose la eficacia de ésta a la ocurrencia de un hecho futuro: que Telefónica no objeté la transferencia. Telefónica no objetó. La seña quedó firme.

4. Seña firme y negocio provisorio. Efectos indemnizatorios: Aún considerando a la seña como firme (al haberse cumplido la condición) lo cierto es que el negocio es ciertamente provisorio. Esto último proyecta las consecuencias legales frente al reclamo y el deber de indemnizar del demandado.

5. La seña y el arrepentimiento (ART. 475 C.COM): La seña firme es confirmatoria del negocio imputándose a cuenta de precio y por lo tanto no autoriza el arrepentimiento.

***Artículo 475.-** Las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio y en signo de ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse, perdiendo las arras. Cuando el vendedor y el comprador convengan en que, mediante la pérdida de las arras o cantidad anticipada, les sea lícito arrepentirse y dejar de cumplir lo contratado, deberán expresarlo así por cláusula especial del contrato.*

6. La seña y el arrepentimiento (ART. 1202 C.CIVIL): La seña admite el arrepentimiento de quien la dio. La seña posee carácter exclusivamente penitencial (o indemnizatorio). En el ámbito civil la seña no es confirmatoria del acto jurídico.

***Artículo 1202:** Si se dio una seña para asegurar el contrato, quien la dio puede arrepentirse ... perdiendo la seña.*

7. La seña en la transferencia de un fondo de comercio: En la transferencia de fondo de comercio la seña no tiene carácter confirmatorio. No se aplica el artículo 475. Así debe entenderse del artículo 9 de la LTFC.

Artículo 8º-No podrá efectuarse ninguna enajenación de un establecimiento por un precio inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesado por el vendedor ...

Artículo 9º-A los efectos del artículo anterior, se presumen simuladas juris et de jure las entregas que aparezcan efectuadas a cuenta o como seña que hubiere hecho el comprador al vendedor ...”.

8. Seña “a cuenta de precio” y arrepentimiento: Los compradores se arrepintieron de celebrar el negocio de transferencia de fondo de comercio. El pacto de “seña a cuenta de precio” no impide el arrepentimiento. Así lo admite el artículo 1202 del C.civil.

9. Arrepentimiento tácito: No se exige expresión concreta del arrepentimiento pudiendo derivar de conductas. O sea se admite el arrepentimiento tácito.

10. La seña en etapa de formación del contrato: Nada impide que las señas se apliquen en etapa de formación del contrato.

B. Actos o hechos jurídicos reveladores del “principio de ejecución del contrato”.

1. Informe de inhibiciones: No es un acto revelador de principio de ejecución.

2. La seña: Cuando la seña se estipula antes del contrato definitivo su constitución no puede entenderse como cumplimiento de este último.

3. Publicación de edictos en la TFC: Si la bien la publicación de edictos del artículo 2 de la LTFC implica la ratificación pública del negocio y la existencia de un contrato concluido, en este caso ha tenido una clara excepción. Las partes sujetaron la conclusión del negocio a la firma del boleto de compraventa. Siendo esto así la publicación de edictos no implica principio de ejecución frente al cual ya no sea posible el arrepentimiento (art. 1202 c.civil)

Artículo 2-Toda transmisión sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo anuncio durante 5 días ...”

4. Due diligence como acto preparatorio: Quien hace diligencias meramente preparatorias (o las facilita) sólo procura mantener la integridad de su opción derivada del artículo 1202 C.c. hasta el momento previsto para el definitivo cumplimiento sin incurrir en incumplimiento contractual. Los actos preparatorios son aquellos actos necesarios para en su momento lograr el cumplimiento.

5. La seña como indemnización tasada: Sirolli sólo tiene derecho a reclamar la seña. Ésta constituye el límite convencional de los daños y perjuicios (art. 1202 C.c.).

III. Nuestro comentario.

A. El derecho de arrepentimiento en etapa de formación de los contratos. Los costos de salida.

Todos quienes deciden ingresar a un negocio jurídico pueden ejercer su legítimo derecho de salida. En otras palabras todos tenemos el sano derecho de arrepentirnos si luego de ingresado al contrato resulta que ya es tiempo de desanudar la relación jurídica. Ese legítimo derecho de salida tiene un costo: la indemnización de los daños causados (art. 1109 C.c.)

Dependiendo del momento de la relación jurídica convencional en la que *yo* decida ejercer este derecho el *costo de salida* será mayor o menor. Así vemos que en etapa de preliminares los costos suelen ser muy reducidos y sólo limitados al daño al interés negativo como único rubro susceptible de ser indemnizado en esta etapa embrionaria del negocio. Si avanzamos un poco más en la formación del negocio observamos que en la etapa precontractual (*in contrahendo*) los costos se incrementan sustancialmente hasta incluso puede llegarse a indemnizar el rubro pérdida de chance, más allá del daño material y moral.

Ingresados ya en el contrato los costos de salida pueden varias dependiendo de si la relación contractual es por tiempo determinado o sin plazo y si el ejercicio del arrepentimiento tuvo o no preaviso. El arrepentimiento no es otra cosa que la rescisión *sin causa* de un negocio jurídico.

Lo interesante de este planteo es que las señas, arras, pagos a cuenta de precio y/o cualquier otra fórmula contractual usada en el mercado, tienen efectos jurídicos diferentes según se trate de un negocio civil o mercantil. La transferencia de fondo de comercio sería una excepción al principio sentado en el artículo 475 C.com: *el efecto confirmatorio de la seña*.

Mientras la seña en el ámbito civil se presenta como un precio pactado y tarifado del costo de salida, en el ámbito mercantil aquella se presenta como consolidación del negocio jurídico sin derecho de arrepentimiento. La seña mercantil no admite sacar los pies del plazo sin que el arrepentido pague todos los costos de salida mediante una indemnización integral. Esta regla admite una excepción: *el pacto en contrario*.

Mientras en el ámbito civil la seña aparece como mera indemnización tarifada por la salida incausada de un negocio, en el ámbito mercantil la seña puede poseer mismo efecto jurídico pero bajo expreso pacto de las partes. En definitiva en ambos mercados la seña puede tener la función de tarifar el costo de salida.

B. La seña en etapa de preliminares y en etapa precontractual o *in contrahendo*.

Está claro que el pacto de seña implica aceptar que estamos parados frente a un negocio jurídico, lo que tenemos que definir es en qué etapa del negocio nos encontramos pues la seña puede ser pactada en cualquier etapa de formación del negocio. La verdad es que aún en etapa de preliminares, esto en la etapa embrionaria de formación del negocio donde las partes sólo expresan o manifiestan su intención de celebrar el negocio definitivo la seña puede aparecer. El problema aquí es que la seña mercantil como acto confirmatorio en etapa de preliminares implica que el arrepentido deberá abonar el costo de salida pleno representado por el rubro: *daño al interés negativo*.

Por ende la seña en esta etapa puede ser una excelente herramienta para tarifar el costo de salida a una cifra exacta y ponderada por las partes.

El boleto de compraventa es el ejemplo clásico de negocio precontractual cuyo objeto es la celebración de un contrato posterior y definitivo. En este caso la seña será confirmatoria o no del negocio según que estemos ante un contrato civil o mercantil y dependiendo del expreso pacto de las partes.

C. La seña en la transferencia de fondo de comercio.

El Tribunal confirma el criterio pacífico de la doctrina especializada de que la seña en la transferencia de fondos de comercio no tiene efecto confirmatorio sino meramente penitencial o indemnizatorio según las reglas del artículo 1202 del C.c. pudiendo el comprador arrepentirse.

D. El *due diligence* como acto preparatorio.

Este aspecto del fallo es interesante pues pone en algún lugar a la tarea de auditoría legal, ambiental, impositiva, financiera y contable respecto de la formación del negocio, en especial en operaciones de M&A como típico negocio jurídico de transferencia de participaciones societarias.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen