

La sustancial iliquidez del remedio del comprador en los contratos de adquisición de empresas

Angel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se explora una laguna de liquidez en los modelos estándar de responsabilidad por incumplimiento de manifestaciones y garantías en la compraventa de empresas.

- 1. Propósito.** Es el propósito de este epígrafe recordar, o explicar a quienes no lo sepan, cuán *ilíquidos* son ordinariamente los remedios de un comprador en un contrato de adquisición de empresas y cuánta es la *debilidad* de su posición según resulta de los contratos estándares que al efecto se producen. Para no complicar el supuesto, vamos a suponer que el comprador sólo dispone de un remedio indemnizatorio (no puede resolver, anular, etc) o que, en cualquier caso, es éste remedio el que pretende ejercitar. Omitimos ahora la particularidad de que el vendedor haya actuado con dolo.
- 2. Contingencia de M&G.** A los efectos de este epígrafe denominamos “contingencia de M&G” la producción de un supuesto de hecho que es el contenido de una M&G, esto es, la *revelación de la falsedad* de una M&G. Las contingencias de M&G tienen que haberse *producido* siempre antes del cierre, pero podrán *manifestarse* antes o después del cierre, en lo que denominamos “plazo de vigencia” de las M&G.
- 3. ¿Cuándo se revela la contingencia?** ¿Pero qué significa “revelarse la contingencia de M&G” en el período de vigencia de las M&G? Dejamos de lado las *third party claims*, donde el supuesto es claro y atendemos a las otras. Imaginemos una M&G que afirma que el vendedor o la *target*

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

no han incurrido antes de la compra en conductas prohibidas por las normas de blanqueo. La “revelación” de la contingencia (supongamos, en el plazo de tres años) puede significar *estas cosas distintas*. Primero, la contingencia de M&G se ha revelado en tiempo, pero el comprador aún no lo sabe. Segundo, el comprador es *sabedor de un riesgo* serio de que la contingencia se realizará en plazo o fuera de plazo. Tercero, la contingencia se ha revelado *prima facie* en plazo, pero ni ha concluido el proceso de aseveración de la misma ni existe aún un *daño* (por ejemplo, se ha abierto expediente disciplinar por el órgano administrativo o penal competente). Cuarto, la contingencia de M&G está plenamente revelada, pero no existe aún una *contingencia de daño para la target* y acaso no existirá nunca en forma de sanción u otra consecuencia patrimonial negativa. Quinto. Se ha revelado un daño económico, siquiera aún no esté cuantificado. Sexto, la contingencia de daño ha de ser una contingencia de *reclamación del daño* en el período de vigencia de las M&G.

- 4. La reclamación es la contingencia de daño** ¿Cuál de estas formas de revelación es decisiva y necesaria? *Los contratos no determinan siempre esa cuestión*. Lo normal es que se especifique de alguna manera qué se entiende por “daño” (*loss*). Pero esto no es suficiente por sí sólo. Si el contrato ha construido, como es lo normal, un *remedio indemnizatorio* para las contingencias de M&G, se entiende que no quepa este remedio indemnizatorio si no existe un daño cierto y no contingente. Si la indemnización (o *ajuste de precio*) es el *remedy*, es obligado concluir que la contingencia de daño económico (aunque todavía no esté liquidado) tiene que haberse revelado en el tiempo de vigencia de la M&G, porque el comprador *no tiene otra opción que hacer una reclamación de indemnización, siquiera aproximada, durante este tiempo de vigencia*. No basta, pues, que en la revelación de la contingencia de M&G, que no sea una contingencia de daño, ya esté de alguna manera latente la segura producción de un daño. Pero tampoco basta el daño no reclamado. La reclamación es la “contingencia de daño”.

Las “contingencias de M&G” están por lo común muy alejadas de ser “contingencias de daño”, lo que comporta que la revelación del supuesto de una falsedad (lo que se denomina “incumplimiento de M&G”) en el tiempo de vigencia de las M&G después del cierre no conducirán por lo común a entender producida la contingencia de responsabilidad durante el transcurso del plazo de vigencia de aquéllas.

- 5. El “período de vigencia” (survival) de las M&G.** El período posterior al cierre en que están vigentes las M&G pueden configurarse de distintas maneras en aquellas contingencias de M&G que no son *third party claim*. (1) Un plazo primero (o varios) postcierre, que es el máximo en el que puede *manifestarse* una contingencia de M&G, seguido de un plazo (más breve) o varios de prescripción de la acción de reclamación contra el vendedor. (2) Un plazo común (o varios) en el que han debido tener lugar tanto la contingencia de M&G como la reclamación. (3) Uno o varios plazos de revelación de la contingencia, sin establecer nada sobre los plazos disponibles de prescripción para formular la acción correspondiente, entendiéndose que esto último se regiría por el Derecho común. (4) Una sobrevivencia de las M&G sin plazo especial de duración y con sometimiento al régimen ordinario de la prescripción de acciones.

Si nuestro contrato es de los que dicen que las M&G *sobrevivirán hasta XX* y que *ninguna reclamación (judicial o extrajudicial) puede tener lugar una vez expirado este período*, nuestro modelo es del tipo expuesto supra (2). Lo mismo parece ocurrir, si nuestro contrato se expresa: *la responsabilidad de los vendedores en relación con todas las demás representaciones y garantías se extinguirá por el transcurso de un periodo de tres años desde la fecha del cierre; o la duración de la obligación de indemnizar será de tres años*.

- 6. ¿Qué reclamación?** ¿Reclamación judicial o basta la extrajudicial? Hay contratos en los que se especifica que la contingencia de daño se entiende producida durante el período de vigencia si en éste tiene lugar una reclamación extrajudicial o si la reclamación extrajudicial tiene lugar en un plazo breve desde la caducidad de la vigencia. Estos contratos padecen una laguna insalvable: producida en tiempo una reclamación extrajudicial, ¿cuánto tiempo suplementario puede correr hasta la reclamación judicial o arbitral (que casi seguro llegará)? ¿El tiempo legal de prescripción, que entendemos *interrumpida* cuando se formuló la reclamación durante el tiempo de vigencia de las M&G? ¿Y si el contrato no especifica que la contingencia de daño puede ser una reclamación extrajudicial? La consecuencia se impone: sea una u otra forma de reclamación, también la reclamación judicial tiene que hacerse en el plazo de vigencia de las M&G, salvo que otra cosa se disponga, porque ni este tiempo es un plazo de prescripción ni puede civilmente “interrumpirse”. Lo que se acaba de decir vale para las *third party claims*.
- 7. Síntesis.** Cerremos el desarrollo argumental con una síntesis. Si el remedio por incumplimiento de las M&G es indemnizatorio, durante el tiempo de vigencia de las M&G tiene que haberse producido ya la reclamación por la contingencia de daño real. No basta que se tema seriamente la producción de una contingencia (no caben reclamaciones cautelares), no basta que se haya revelado la contingencia de M&G si esta contingencia no es propiamente una contingencia de daño. No basta que esté latente el daño; ni siquiera que esté manifiesto. Es preciso que se haya producido una reclamación indemnizatoria y es preciso que –salvo que otra cosa diga el contrato– esta reclamación se haya formulado judicial o arbitralmente antes de que expire el período de vigencia de las M&G, al menos en las estipulaciones en la que el plazo de vigencia de las M&G se expresa como un tiempo final para cualquier responsabilidad o indemnización.

Como es muy difícil que todas estas cosas ocurran en el (normalmente) corto plazo de vigencia de las M&G, el comprador queda reducido a una posición ilíquida comprometidísima. Salvo que permanezca un resto de precio por pagar y el comprador pueda *con éxito alegar una excepción cautelar por analogía con el art. 1502 CC* o que tenga la opción y la voluntad de resolver el contrato por incumplimiento o anularlo por dolo.