

Adquisición de empresa, *third party claim* y prescripción

Intento aclarar un extremo muy recurrente y no bien entendido en el régimen de fusiones y adquisiciones.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

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

1. La cláusula

El supuesto de hecho aquí descrito es el usual en contratos de adquisición de empresas: una definición ordinaria de *daño*, una regulación estándar de las *third party claims* (demandas de tercero) y una ventana de tiempo dentro de la cual han de formularse necesariamente todas las reclamaciones del comprador frente al vendedor. Como es sabido, en estos contratos es inusual encontrar una regla suplementaria relativa a la *prescripción* de las acciones que hayan sido formuladas dentro de la ventana de tiempo. La cuestión puede derivar en dilema cuando la reclamación era la comunicación de

una *third party claim*. Voy a efectuar un análisis de este supuesto tan ordinario en nuestra praxis profesional.

Sólo con objeto de fijar la atención sobre los textos importantes, reproduzco el cuerpo de las cláusulas usuales en el tráfico —en inglés, que es el modo en que originariamente se formulan—:

Liability shall be applicable only in connection with those cases where the loss originates in an event or circumstance that occurred prior to the closing date, even if the loss arises or is

discovered or claimed after the closing date.

Each of the parties undertakes, on the terms and conditions set out in this clause, to indemnify the other party for any loss incurred or suffered by such other party that results from the breach, inaccuracy (including inaccuracies by omission), untruthfulness or misrepresentation of, as applicable, the sellers' warranties.

Any *indemnification* payment to be made by the sellers in respect of a loss shall be paid to the buyer and deemed to be and treated as a reduction in the price.

"Loss" shall be understood to be only direct and effective damages (*daño emergente*, according to Spanish principles) resulting from any of the circumstances described in clause x [*daño indirecto, pérdidas de beneficios, daño moral*].

[*No son «loss»*] losses that are *contingent* or cannot be quantified, at least until such losses give rise to an effective and necessary cash outflow.

The sellers shall not be liable under this agreement in respect of any loss for breach of the sellers' warranties unless a *notice of claim specific to such loss* is given by the buyer to the sellers in accordance with clause 10.4 *within eighteen (18) months*, from the closing date (the "warranty period").

[Direct claims:] In the event the losses that could give rise to sellers' *indemnification* obligation do not stem from a third party claim, the buyer shall notify

the sellers of the event giving rise to such loss (the "indemnity event") within the ten (10) business days following the date on which the buyer became aware of the same.

In the event the losses that could give rise to an indemnification obligation for the sellers stem from a third party claim ("third party claim"), the buyer shall notify the sellers within ten (10) business days following the date on which it became aware of the third party claim or before one third of the time provided for responding to the third party claim has elapsed, whichever is earlier.

[Notice of the third party claims:] it shall include information on a) the third party claim; b) all the details and circumstances regarding *the same that may be known to the buyer*; c) the *amount of indemnification the buyer believes will be applicable*, itemising the different elements of the loss when known; d) a reference to the provision of the agreement by virtue of which the loss must be indemnified; and iii) it shall *include a copy of the letter, document or equivalent that was received, if any*.

2. Análisis

§ 1. La «ventana de tiempo» no es plazo de prescripción ni de caducidad, sino una especie de plazo de garantía para la manifestación de la contingencia. La «acción» como tal no tiene que *haberse ejercido* judicial o extrajudicialmente en este plazo, lo que resulta claro si se trata de una *third party claim*. En esta ventana de tiempo la contingencia ha de ocurrir. «Ocurrir la contingencia» puede designar, unas veces, la producción del supuesto

de «daño» (su manifestación) o, lo que es más normal, la producción de la *notificación por el comprador*.

§ 2. Incluso en *direct claims* (acciones directas) tiene que haber existido una notificación en la ventana de tiempo, aunque por otro lado la contingencia de tal daño directo estuviera ya prescribiendo y no hubiera terminado de prescribir cuando se cerrase la ventana de tiempo: ya no se puede reclamar si no se reclamó en la ventana de tiempo, aunque la acción de suyo no esté prescrita. Está perdida la reclamación, incluso si la contingencia de daño directo *no ha empezado a prescribir* cuando se cierra la ventana de tiempo.

§ 3. *Por lo general*, una notificación del *direct claim* hecha en la ventana de tiempo comporta una interrupción de la prescripción en el sentido del artículo 1973 del Código Civil, que empieza a correr de nuevo en el momento inmediatamente siguiente.

§ 4. No sirve una especie de notificación cautelar preventiva; si la contingencia (por ejemplo, que un tercero haya formulado una *claim*) no ha tenido lugar, no basta la notificación de que dicha contingencia podrá tener lugar luego.

§ 5. Si el daño indirecto no ha sido notificado en la ventana de tiempo, ya no podrá producirse más tarde. La acción no prescribe porque no hay acción. Pero de nada sirve al comprador que la acción ni siquiera haya empezado a prescribir.

§ 6. ¿«Se rompe» la ventana de tiempo cuando la contingencia es una falta de veracidad de una manifestación cuya inveracidad era

conocida por el vendedor o garante? *En mi opinión, no*. Este tema es incidental en esta nota y no lo desarrollaré.

§ 7. Y llegamos a la pregunta fundamental: puesto que lo que tiene que haber ocurrido en la ventana de tiempo no es necesariamente una *reclamación al vendedor (o garante)*, ¿cuándo prescribe esta reclamación, la cual, conforme a lo dicho, puede haber tenido lugar durante o después de la ventana de tiempo? Esta prescripción es distinta y autónoma de la que rija la reclamación hecha por el tercero contra el comprador o la sociedad *target* (sociedad objetivo).

§ 8. Salvo que el contrato establezca un plazo menor, la acción del comprador prescribe en los cinco años siguientes al momento en que se pudiera (objetiva y subjetivamente) haber ejercido la reclamación. Observemos que la *claim* del tercero puede estar ya prescrita contra el comprador, pero no es esta prescripción la que nos interesa.

§ 9. ¿Qué «pretensión» tiene o tendrá el comprador contra el vendedor en una *third party claim*? Ya hemos dicho que ninguna si la notificación al vendedor no se ha realizado en la ventana de tiempo. Supongamos que se ha hecho durante la ventana de tiempo una notificación de una *claim* de tercero contra el comprador o la sociedad *target*. Entonces hemos de sostener que toda reclamación futura que pueda tener el comprador contra el vendedor a propósito de la notificación y de la *claim* comunicada en tiempo *puede ser reclamada, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde el cierre de la ventana de tiempo hasta el momento en que el tercero haya formulado y sea estimada su «claim» contra la sociedad o comprador*. Por una razón simple: sólo

La ventana de tiempo de reclamación no es caducidad ni prescripción

prescriben las «pretensiones» (esto es, las reclamaciones de dar, hacer o no hacer) y sólo pueden empezar a prescribir cuando la acción nace, y sólo nace cuando el comprador o la *target* han abonado la *third party claim*. Por lo demás, al comprador no le podría reclamar antes a efectos de prescripción, porque, al no existir aún *loss*, no existe tampoco acción.

§ 10. *A partir del momento en que se haya producido este abono a la third party, existe una acción de reembolso, ya nacida, que pres-*

cribe en el plazo usual de cinco años si se aplica la legislación española común.

§ 11. Se podría objetar que la «acción» del comprador nace antes de este tiempo porque —se añadiría— la acción como tal es la de avisarle (otra vez) de que la demanda de tercero ya está interpuesta o, de otra manera, la de «conminar» a que el vendedor tome sobre sí la defensa. Pero ni una ni otra cosa son «pretensiones», y la segunda en especial, porque el comprador no tiene derecho a exigir al vendedor que asuma la defensa.