

«El dolo de los administradores será atribuido a cada uno de los vendedores»

Anatomía de una cláusula en contrato de adquisición de empresa

Cláusula que el comprador de la mayoría del capital considera imprescindible cuando los vendedores son minoritarios.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La cláusula de comunicación del dolo

Supongamos una operación mixta de compra de capital social del *target* (justo por el 50,1 % del capital) y de compromiso de recapitalización en una operación de aumento posterior a la compra. Las *warranties* o *indemnities* (garantías o indemnidades) las otorgan todos los socios actuales vendedores. Para simplificar el supuesto, proponemos que los administradores de la compañía no tienen parte en el capital y que éste se encuentra atomizado. La preocupación del nuevo inversor es que haya «dolo de la sociedad» (por ejemplo,

unas cuentas groseramente falsas) y que no pueda atribuirse «dolo» a los socios actuales que dan las garantías y que se llevan (en parte) el precio. Por esta razón, el comprador pretende «hacer extensivo» ese dolo a todos los socios en virtud de la cláusula siguiente:

In case of willful misconduct or fraud [*dolo* o *fraude*] by a party none of the exclusions or limitations of liability contained in this agreement shall apply to the liability of such party [...]. For the sake of clarity, the consequences deriving from willful misconduct or fraud by a party (ie. the no

application of the exclusions or limitations of liability contained in this agreement) shall apply exclusively to the party to which such willful misconduct or fraud is attributable [...]. *As an exception to the foregoing, the parties expressly acknowledge and agree that the fraud or willful misconduct [dolo] of the directors and executive managers of the company will be attributable to the current shareholders, so that the current shareholders shall assume the negative consequences and damages caused to the investor by the fraud or willful misconduct [dolo] of such directors and executive managers.*

2. Análisis

§ 1. Los administradores sociales responderán de los daños causados a la sociedad, incluso a instancia de los nuevos socios, siempre que éstos reúnan las condiciones de legitimación para interponer principal o subsidiariamente la acción social de responsabilidad. Pero no existe un *daño directo*, a efectos de la acción individual de responsabilidad, cuando los administradores no han sido parte en el contrato de compraventa y, por ende, no son causantes del *dolo in contrahendo* activo u omisivo. Salvo que se den condiciones especiales.

§ 2. Condiciones especiales se dan, no taxativamente, por ejemplo, cuando de cualquier forma los administradores hayan realizado manifestaciones en favor de los compradores o de los vendedores que tengan a los compradores como *parte directamente beneficiaria de la declaración*, es decir, que la declaración se haya hecho *con el propósito común de que los compradores puedan confiar en ellas*. En este caso hay un *daño directo* y su fundamento —dudoso de rastrear— es la clásica *actio doli* en función puramente resarcitoria.

§ 3. Los vendedores o los administradores querrán en tales casos cubrirse mediante una cláusula de *non-reliance* (de no-compromiso) firmada por el comprador. El valor de estas cláusulas es relativo. Valen como declaraciones de hechos (que pueden ser neutralizadas por otros hechos), pero en su formulación ordinaria no contienen *renuncias de derecho*, ni tal cosa se puede presumir.

§ 4. Pero el problema que en el presente caso se suscita es otro, a saber, en qué medida el *conocimiento* de la contingencia por parte de los administradores se puede imputar a *dolo de los vendedores* a los efectos, entre otros, *de que éstos no puedan aprovecharse de las limitaciones cuantitativas de responsabilidad* (art. 1102 CC). En verdad, no es éste el único efecto del *dolo in contrahendo*, pero nos limitaremos a este punto.

§ 5. Esta cláusula que examinamos va más allá de una simple cláusula por la que los vendedores aceptan que su *conocimiento relevante o imputado* se conforme por medio del conocimiento efectivo o imputado que tengan los administradores. Así formulada, la cláusula se limitaría (lo que no es poco) a establecer que *se entiende prestada una garantía* al respecto, y que aquel conocimiento forma parte del *best of our knowledge* que prometen los vendedores, pero no significa que los vendedores responderán de su ocurrencia *como si ellos mismos hubieran estado en dolo*, es decir, sin limitación de responsabilidad.

§ 6. Nos centramos a continuación en la cláusula de estudio. La cláusula es incondicionalmente válida, pues el artículo 1105 del Código Civil (CC) permite expresamente que el deudor asuma por pacto las consecuencias económicas negativas de lo que para él constituye un supuesto de no-causación y de no-culpa.

§ 7. Por una regla *a contrario* inferida del artículo 1268 del Código Civil (que se refiere a la violencia y a la intimidación, no al dolo), el dolo de tercero «que no intervenga en el contrato» *no anulará* la obligación. Observemos que la norma no comporta que el resarcimiento que debe el vendedor por dolo *in contrahendo* (art. 1270) no se devengue cuando sea el tercero el que empleó el dolo. Tampoco se infiere, por el contrario, que tal resarcimiento sea debido por el vendedor. Simplemente excluye la nulidad.

§ 8. Suponemos que de partida el vendedor no se encuentra en dolo por haberse confabulado con el administrador en la gestión de determinada información. Fuera de pactos particulares, el vendedor sólo responde entonces del dolo del administrador en las siguientes tres situaciones (en las circunstancias de hecho expuestas —administradores no socios y reparto atomizado del capital social—, ninguna de estas condiciones se producirá *prima facie*):

- 1.ª) Si el *deber de conocer* (si lo hay) por parte del vendedor (dolo omisivo) hubiera de extenderse a contingencias que permanecen bajo el control (no compartido) de los administradores; pero, en tal caso, el defecto de conocer por parte del vendedor no será dolo, sino culpa, escapando entonces de la regla sancionatoria especial.
- 2.ª) Cuando se den entre vendedor y comprador las condiciones que permitan *levantar el velo* de las personalidades separadas.

3.ª) Cuando pueda sostenerse que el administrador es un *auxiliar del cumplimiento* debido por el vendedor.

§ 9. Si el administrador fuera representante, agente o factor notorio del vendedor, el dolo del primero se imputa al segundo como si fuese dolo propio. De la misma forma, el dolo específico del vendedor se le imputa como tal, aunque el contrato haya sido realizado por medio de un administrador como representante y ese administrador no estuviese personalmente en dolo.

§ 10. El vendedor no puede asumir el dolo de tercero como dolo propio, pero puede asumir como propias las consecuencias del dolo

de tercero, siempre que entre el administrador y el comprador no exista confabulación. El vendedor puede obligarse a cualquier cosa. Y, si su conocimiento o su voluntad no alcanzan a conocer o dominar la contingencia de que se trate,

se entenderá entonces que prestan garantía de que la cosa ocurra o no ocurra. En términos más usuales en los contratos de compraventa de empresas mediante adquisición de participaciones o acciones (*share purchase agreement* o SPA), el vendedor puede prestar al comprador una garantía (*warranty*) y asumir una responsabilidad (*liability*) de aquello que no está en su mano controlar. Las partes acuerdan en este caso una regla de asignación de riesgos al vendedor. Nada que objetar entre partes no consumidoras.

§ 11. Lo anterior no significa que el vendedor se halle en dolo mediante esta cláusula. Significa sólo que el vendedor garantiza mediante indemnidad la ocurrencia o no ocurrencia de

Cláusula que el comprador de la mayoría del capital considera imprescindible cuando los vendedores son minoritarios

un estado de las cosas. Pero a otros efectos no estará en dolo, por ejemplo (aunque no sólo), a efectos del alcance de los daños resarcibles conforme al artículo 1107.II del Código Civil o a efectos de la responsabilidad penal (por estafa, por ejemplo) o de la asegurabilidad de su responsabilidad.

§ 12. Como es fácil inferir, la cláusula a la que nos estamos refiriendo puede tener consecuencias muy gravosas para los vendedores de participaciones pequeñas del capital social. Y no siempre dispondrán de una acción de regreso contra los administradores, pues por principio,

y salvo que les sea demandada como *información societaria exigible*, los administradores no están obligados a poner en conocimiento de los socios vendedores lo que pertenece al giro ordinario de la empresa, no tienen un deber de cuidado cuyo objeto sea la negociación privada que los socios hagan de sus cuotas de capital. Claro que, como una negociación de esta clase habrá sido orquestada seguramente por los administradores y no por los socios, habrá que aceptar que los primeros asumen por ley (art. 1258 CC) *inter partes* las consecuencias de su propio silencio relevante o de su mentira.