

Avisos, reclamaciones y responsabilidades contingentes en un contrato de adquisición de empresa (SPA). Un modelo de cláusulas que destruyen el valor del contrato

Se examina, para los efectos internos parcialmente, un clausulado de un contrato de adquisición de empresa (SPA) disputado en un tribunal mercantil inglés.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

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

1. El caso

No voy a glosar los hechos y contenidos de *Onecom Group Ltd v. Palmer* (2024), sino a plantear en Derecho interno el supuesto conflictivo de un contrato de adquisición de acciones de una sociedad (SPA) incompleto y deficiente, como el de *Onecom*, en lo relativo a las garantías prestadas por el vendedor y el tiempo en que el comprador puede hacerlas valer. También trataré de cómo gestionar una solución alternativa que colme las lagunas del contrato de adquisición.

Las partes acordaron valorar la empresa sobre la base de un múltiplo del EBITDA (beneficio

antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones, por su siglas en inglés) relativamente estándar. Como no pudieron ponerse de acuerdo en una cifra final del EBITDA, incluyeron en el contrato un mecanismo también ordinario de *earn-out* conforme al cual el comprador debería realizar un pago sucesivo si la firma cumplía económicamente por encima de un estándar determinado durante doce meses. Para resolver disputas al respecto, se acordó que, si las partes fueran incapaces de llegar a un acuerdo sobre estos pagos, la cuestión sería deferida a un experto.

Se acordó también un número determinado de garantías del vendedor, en cuya protección se

había determinado que 1) un aviso (*notice*) escrito sobre la existencia de una reclamación (*claim notice*) tendría que ser comunicado al vendedor, con los detalles razonablemente exigibles, dentro del plazo de veinticuatro meses desde el día de cierre; 2) la reclamación debería ser interpuesta (*commenced*) dentro de los seis meses siguientes a la *claim notice* (el «periodo de litigación» o cláusula *put up or shut up*); 3) si una reclamación de garantía estuviera basada en una responsabilidad contingente (*contingent*) o que no fuera susceptible de ser cuantificada al tiempo de la *notice*, el vendedor «no sería responsable de ningún pago salvo y hasta que la responsabilidad [*liability*] deviniera actual o susceptible de ser cuantificada».

El vendedor notificó que no aceptaba la cifra de *earn-out*, identificando la disputa y proponiendo sus propios cálculos. No hubo acuerdo y se remitió la cuestión al experto designado. Tres meses después, el comprador dio aviso de una reclamación por incumplimiento de garantías. Existía, con todo, una sobreposición entre la condición en disputa por el incumplimiento de garantías y la cuestión que había sido remitida al experto para evaluación del *earn-out*.

No nos interesa la evolución del caso ni la resolución de la corte, que en buena parte estaban condicionadas por especialidades procesales del Derecho inglés.

2. Valoración del caso

- § 1. Es evidente la deficiente redacción de las cláusulas relativas a los plazos para notificar y «comenzar» una reclamación por parte del comprador relativa a las garantías (*warranties*) prestadas por el vendedor.
- § 2. Con independencia de la singular deficiencia del contrato del caso, la cuestión

revela un sesgo general de falta de previsibilidad, precisión, realismo y cuidado en la redacción de las cláusulas de plazos en los contratos de adquisición de acciones de una sociedad.

- § 3. Y enseña también qué importante es compatibilizar el transcurso de los plazos de responsabilidad con la posible existencia de determinación sucesiva de un precio que queda abierto y que puede ser seriamente afectado por una contingencia que está (también) cubierta por una *warranty*.
- § 4. Con un plazo de «prescripción» de seis meses a contar desde la *notice* es harto probable que el comprador no llegue a estar preparado para hacer una reclamación de compensación por la estimación judicial de una *third party claim*. Porque, al margen de que se asuma o no la defensa por parte del vendedor, será muy difícil que en seis meses desde la *claim notice* pueda el tercero haber obtenido una sentencia de condena contra la empresa adquirida. Esto es así en todo caso, más allá de la singular facticidad del caso *Onecom*.
- § 5. Es obvio, sin necesidad de especificarlo, que una responsabilidad «contingente» (condicionada) no podría dar lugar a que el vendedor resultara obligado a hacer algún pago. Es ocioso incluir esta previsión expresamente en el contrato. El problema está en si la reclamación condicional puede ser o no hecha como tal, a efectos de evitar la preclusión del *litigation period*. Y nada se aclara al respecto.
- § 6. O acaso se ha querido decir que el propio comprador quedaba exonerado de cumplir tales plazos y que podría reclamar

cuando la responsabilidad hubiera cristalizado por el cumplimiento o incumplimiento de la condición o contingencia, en cuyo caso se genera una laguna abismal y una realidad futura en la que el vendedor queda abierto a inespecíficas reclamaciones durante un tiempo indefinido.

§ 7. Es decir, una cláusula que aparentemente pretendía proteger al vendedor, en esencia agrava notablemente su posición, expresando una obviedad y dejando abierta una laguna.

§ 8. Tampoco podría ser condenado el vendedor a realizar ningún pago si la reclamación no fuera susceptible (*capable!*) de ser cuantificada al tiempo de la realización de la *notice*. Nuevamente se advierten los riesgos de incertidumbre que genera esta deficiente formulación del supuesto.

§ 9. El tiempo relevante para la cuantificación no ha de ser el de la *notice*, sino el de la *claim* efectiva. Es sensato pensar que, si la reclamación está cuantificada en este momento, el vendedor sí puede ser condenado a realizar pagos. Por tanto, la expresión contractual es insensata, porque todo depende de si se reclama o no una cantidad cuantificada en el *litigation period*, aunque no lo fuera al tiempo del aviso de reclamación.

§ 10. En principio, una reclamación que no puede ser cuantificada es un riesgo del demandante. Si éste no es capaz de determinar y probar la cifra de responsabilidad, el demandado será absuelto, sin necesidad de que una cláusula contractual así lo prevea. Al menos en Derecho español no puede producirse una condena incierta de cantidad; y, si no puede, la demanda se desestima, no se pospone.

§ 11. Las cláusulas que se redactan de manera deficiente o que en general «aprietan» los plazos en favor del vendedor generan el efecto contrario del que previsiblemente quisieron conseguir.

§ 12. Ante una cláusula como la expuesta en lo relativo a la responsabilidad «contingente» que se materializa después de los seis meses que siguen al aviso de reclamación, sólo caben tres reacciones de completamiento de la laguna. Primera: el plazo de aviso ha de darse forzosamente en los primeros veinticuatro meses, se haya realizado o no la contingencia. A partir de la realización de la condición, correría el plazo ordinario de prescripción legal, toda vez que aquél sería el momento en que la acción pudo ser ejercida en el sentido del artículo 1969 del Código Civil. Segunda: si la deuda es contingente, ni siquiera tiene sentido formular un aviso, y entonces corre ordinariamente la prescripción. Tercera: habrá que formular en todo caso el preaviso temporal de veinticuatro meses y después correrá la prescripción reducida de seis meses, aunque de hecho se haya roto la barrera de los treinta meses totales.

§ 13. Es decir, la regla más razonable para colmar la laguna es que todo plazo de prescripción —empiece a correr en un momento u otro— no se extienda por más de seis meses.

§ 14. En cambio, si se trata de que la responsabilidad no puede ser cuantificada al tiempo de formular el aviso, de nuevo se nos abre el abanico de opciones. Primera: la demanda (*claim*) debe formularse, con todo, dentro del *litigation period* de seis meses, a riesgo de que precluya la posibilidad de reclamar. Segunda: deberá haberse respetado el plazo de aviso,

pero el plazo de prescripción no empezará a correr hasta que el actor sea razonablemente capaz de cuantificar su reclamación.

§ 15. En consecuencia, la integración de la laguna debe llevar a que el plazo de prescripción no supere los seis meses a contar desde el día en que puede correr el plazo conforme al artículo 1969 del Código Civil.

§ 16. ¿Y qué ocurre si, con todo, el comprador formula la reclamación en el plazo contractual y luego la demanda se desestima porque la acción no era susceptible de ser cuantificada en la forma que proponía el vendedor? ¿Tendrá un nuevo plazo para formular otra reclamación? Obviamente no. Una vez hecha una reclamación que es desestimada por ser reclamación *incerta*, precluye la posibilidad de hacerla de nuevo.

§ 17. Es sensato proponer que la sobreposición entre las contingencias de *earn-out* (posiblemente pendientes aún de cuantificación por el experto) y las contingencias de garantías cede en favor de las primeras

y, hasta que el experto no haya realizado la cuantificación, no corren los plazos de reclamación por incumplimientos de garantías. Pero ¿cómo correrán entonces estos plazos? ¿Considerando que la fecha de evaluación por el experto equivale a una nueva fecha de cierre a efectos del cómputo?, ¿o se genera una especie de laguna inaccesible que ha de resolverse de nuevo apelando a los plazos ordinarios de prescripción o el plazo universal subsidiario de seis meses desde el día del artículo 1969 del Código Civil? En este punto, el tribunal del caso *Onecom* se limitó a decir que la responsabilidad reclamada era contingente y que el *litigation period* no podía cerrarse mientras esta contingencia existiera.

§ 18. Repárese en que no acaban aquí las lagunas. Al menos en un contrato sujeto al Derecho español hay que especificar si el *litigation period* tiene que ser conseguido por una demanda judicial (*suit*) o si basta una reclamación extrajudicial. Pero ¿no es redundante reclamar de forma extrajudicial cuando previamente se ha notificado la reclamación durante el plazo de aviso?