

Hacia el “belt and suspenders approach” jurídico

Aproximación crítica a la práctica legal en los sistemas de derecho civil continental con relación a los procesos de fusión y adquisición de empresas

Una visión retrospectiva de la evolución de la praxis jurídica y la metodología de los procesos de fusión y adquisición de empresas, en sus distintas vertientes contractuales, en Europa continental y España durante los últimos 20 años, nos lleva a la conclusión de que el orden estrictamente práctico ha sido forjado por la experiencia y metodología importada de las jurisdicciones del mundo anglosajón. Quizá de una manera exagerada. Dichas jurisdicciones están vertebradas en torno al derecho común en el que, tradicionalmente, y en ausencia de sistemas codificados, el marco contractual cobra una relevancia esencial en la regulación de las transacciones jurídicas y, en particular, en las que conciernen a procesos complejos, como las que ahora nos ocupan.

Los operadores jurídicos y económicos del mercado nos debemos preguntar si la importación de los procedimientos profesionales se ha realizado con eficacia y si se ha adaptado bien a las instituciones y costumbres de nuestro país.

En efecto, el proceso de compra-venta de empresas, por la compleja y variada problemática que suele traer consigo, primordialmente referida a la existencia de contingencias o pasivos ocultos, a las relaciones ocultas, a la fiscalidad y al derecho de la competencia, no puede encontrar una respuesta en una única institución de nuestro ordenamiento jurídico. Respuesta que básicamente habría que ubicar en el art. 1445 y siguientes del CC, así como en el artículo 335 y concordantes del CoCo. No obstante, todo proceso de adquisición o compra-venta de empresas en última instancia encaja en nuestro ordenamiento jurídico en los preceptos sustantivos citados.

LA TERMINOLOGÍA EN LOS PROCESOS DE ADQUISICIÓN

Esa praxis del mundo anglosajón y la técnica contractual, en algunos casos importada por el procedimiento de “corta-pega”, es la que ha trasladado a nuestro sistema la terminología e instrumentos documentales que suelen marcar los distintos hitos normalmente seguidos en todo proceso de adquisición.

De este modo se han trasladado a las operaciones formalizadas en España los confidentiality agreements o compromisos de confidencialidad, los letters of intent o cartas de intenciones, la due diligence o proceso de revisión y comprobación legal, fiscal y comercial. Tam-

bién se incluyen términos como representations and warranties o declaraciones y garantías, y el closing o cierre de la operación.

Una aproximación crítica de la cuestión puede llevarnos a presentar el proceso como una técnica contractual pormenorizada y excesivamente extensa, que en buena medida es causa de las propias deficiencias del common law en materia de garantías legales codificadas para la compraventa de derecho privado.

A riesgo de que esta valoración se tilde de reduccionismo simplista, la ausencia de garantías legales propicia la utilización de las de carácter convencional, y éstas no siempre ofrecen en la práctica mecanismos de resolución eficientes a la heterogénea variedad de problemas que suelen plantearse.

Es frecuente que, tras el cierre de una operación, los jueces acudan con carácter preferente a los mecanismos que ofrece la fuente legal, como acciones de saneamiento y evicción, relegando los de índole convencional de la lex privata a un segundo plano, pese a su profusión en el contrato litigioso.

CONCEPTO GLOBAL DE “PROCESO DE FUSIÓN O ADQUISICIÓN”

La concepción global del proceso de adquisición de empresas, y la realidad conceptual de las mismas, sitúa a toda compra como el medio para conseguir la toma de control de la empresa en cuestión.

Desde esa aproximación, los procesos de adquisición de compañías se agrupan bajo el epígrafe general de fusiones y adquisiciones como términos equivalentes, y,

a pesar de estar claramente diferenciados desde el punto de vista estrictamente jurídico, comparten estrechos lazos económicos, así como la condición instrumental de medio adecuado para la toma de control. Finalidad última a la que se llega por tres vías: compraventa de acciones, compraventa de activos y fusión.

Partiendo de la sistemática general aceptada que marca los distintos hitos del proceso de adquisición, nos aproximaremos al mismo con la finalidad de desentrañar su grado de eficiencia a la hora de resolver los problemas que suelen acabar sometiendo a la valoración de jueces y paneles arbitrales.

Especial interés debe aglutinar en lo práctico, a pesar del menor tratamiento recibido por parte de la doctrina y literatura jurídica especializada, la valoración de las denominadas declaraciones y garantías que suelen trasladar al contrato de adquisición como causa de las contingencias detectadas por el comprador en el ejercicio de comprobación de la compañía adquirida o due diligence.

¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA TRANSPOSICIÓN DE ESTE MECANISMO DE GARANTÍA CONVENCIONAL DEL COMPRADOR A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO? ¿QUÉ PROBLEMAS SUSCITA?

No hay mucha literatura sobre la materia y los referentes jurisprudenciales son escasos, mientras que los contratos que articulan estos procesos suelen estar sometidos a arbitraje.

En el régimen convencional de manifestaciones y garantías importado a nuestro ordenamiento jurídico desde los sistemas del derecho común anglosajón, la inexactitud de la manifestación no desencadena la obligación de indemnizar a la parte contractual a cuyo favor viene efectuada, sino que deberá estar referida a un supuesto expresamente garantizado para tal eventualidad, o bien a un elemento esencial del contenido obligatorio del propio contrato.

El régimen indemnizatorio de las representations & warranties de la compra-venta no se puede trasladar sin más a nuestro ordenamiento jurídico con el automatismo que cabe inferir de la práctica contractual de los procesos de adquisición patrios. Tampoco se puede hacer con instituciones de derecho común, como los supuestos específicos de responsabilidad extracontractual de Reino Unido y EE.UU. (torts), o los daños derivados o consecuenciales (consequential damages). Estos son ejemplos de instituciones de derecho común que son extraños a un ordenamiento jurídico como el nuestro que,

a diferencia del anglosajón, se asienta en un sistema normativo codificado consustancial a las jurisdicciones de derecho civil en las que ya existe un régimen legal de obligaciones del vendedor preestablecido en la ley.

No obstante, en modo alguno se pretende negar la eficacia vinculante a las disposiciones contractuales que, al amparo del artículo 1.255 CC, las partes tengan que establecer para articular un régimen convencional de responsabilidad. Aunque éstas deberán acomodarse a las propias limitaciones establecidas en la ley, deberán pactarse expresamente y sin que haya indemnizaciones extensivas a partir de aparentes discordancias formales.

El valor y alcance de las declaraciones y garantías con respecto a los riesgos o contingencias, conocidos por el comprador en las adquisiciones de empresas, ha sido matizado por la jurisprudencia reciente de las audiencias.

No cabe conceder a las declaraciones y garantías en nuestro derecho un valor de garantía propio o absoluto, sino el de simple afirmación de un hecho. Si fuesen garantías en sentido propio, las cláusulas estándar deberían interpretarse en el sentido de que, conocidos o no los hechos que dan lugar a las manifestaciones del vendedor, éstas dan lugar a una promesa de indemnidad mediante reajuste del precio convenido por la compañía adquirida.

Con carácter general, se puede afirmar que las declaraciones que se trasladan a los contratos de adquisición de empresas no contienen promesas de indemnidad, sino afirmaciones inexactas que deben ser desconocidas por la parte contraria mediante el empleo de la diligencia ordinaria. Concepto jurídico indeterminado que, precisamente, se traduce al inglés con el término de due diligence, comúnmente empleado para describir el análisis de comprobación previo a la adquisición.

En la gran mayoría de los procesos de adquisición llevados a cabo con arreglo a la secuencia de hitos documentales antes referida, el comprador suele desplegar un esfuerzo de conocimiento muy superior al de la diligencia ordinaria, llevando a cabo una profusa revisión de la empresa adquirida.

Esta cuestión plantea una situación paradójica, ya que el ejercicio de due diligence supone para el comprador un mayor grado de conocimiento de la empresa adquirida, lo que, a su vez, supone un mayor riesgo contractual. Por su parte, el vendedor puede contraponer este conocimiento para reprochar el hecho de haber asumido manifestaciones inexactas.

El Tribunal Supremo ha sostenido la validez de la regla por la que se desplazan al comprador los posibles defectos de la compañía vendida que pudieran haber

sido conocidos a través de la diligencia ordinaria. También en el ámbito del error contractual, el Tribunal Supremo ha hecho valer continuamente la regla de que el error inexcusable constituye siempre un riesgo del comprador.

Con respecto al primer grupo de casos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993 afirmó que, *"en el caso de que existan manifestaciones y garantías, cabe interpretar con carácter general que el vendedor asegura la existencia de cierto estado de cosas y asume la responsabilidad de que eso sea así. No obstante, cuando el comprador conoce positivamente la situación que posteriormente se quiere presentar como contingencia, las manifestaciones y garantías no prevalecen frente a dicho conocimiento, y el comprador asume el riesgo de la contingencia"*. Esta conclusión es razonable, pues no actúa racionalmente un comprador que conoce la existencia de una contingencia relevante para él y, sin embargo, no repercute esta situación en el precio, contentándose, por el contrario, con la existencia de una simple e inútil manifestación por parte del vendedor de que tal contingencia no existe.

Desde luego, si las manifestaciones y garantías se construyen como un supuesto de extensión de la responsabilidad por incumplimiento de un deber de veracidad, el conocimiento real por el comprador se sobrepone a la manifestación, y el vendedor no responde.

Para que pueda evitarse esta consecuencia, que acabaría empujando al comprador a renunciar a realizar el ejercicio de la due diligence, es preciso construir la cláusula de garantía de modo distinto a como se realiza en los contratos que habitualmente se utilizan en este tipo de operaciones.

Es decir, no hay que considerar que la garantía es la simple responsabilidad asumida por la falta de veracidad o exactitud. Al contrario, es preciso desligar las garantías de la veracidad o exactitud de las manifestaciones, y con-

figurarlas técnicamente como una cobertura de riesgos. No es que el vendedor incumpla su obligación de decir la verdad, sino que la ocurrencia del siniestro o contingencia previstos constituyen el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía. No importará en estos casos que el comprador conozca la contingencia o su riesgo, pues lo decisivo es construir la garantía de forma que, aunque el comprador conozca la contingencia, la realización de ésta comporte el nacimiento de una obligación de cobertura de riesgos por parte del vendedor, que no es estrictamente una indemnización por incumplimiento.

CONCLUSIÓN

No es infrecuente que, a pesar de la profusión regulatoria de los contratos que articulan los procesos de adquisición de empresas, una vez que surge el conflicto y se somete a la jurisdicción ordinaria, la decisión acabe asentándose. Al menos ocurre así en las primeras instancias en las fuentes tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de toda la extensión, profusión y detalle de las declaraciones y garantías que no son otras que las consabidas obligaciones de saneamiento.

La técnica legal en Europa nos ha instalado en el belt and suspenders approach o cazadora y sobrepelliza, que diría el castizo, muy probablemente por las necesidades y exigencias de nuestro propios clientes. Ahora bien y volviendo al principio: ¿tiene sentido en términos de eficiencia práctica?

Hasta que se asiente un criterio jurisprudencial consolidado que concilie e integre remedios legales y convencionales, debemos acostumbrarnos a convivir con ambos, en la medida en que la práctica consuetudinaria del sector así lo demanda actualmente.

John R. Gustafson
Socio
López Acosta, Rivero & Gustafson
Abogados
Tel. 91 561 51 01
jgustafson@larg-abogados.com