

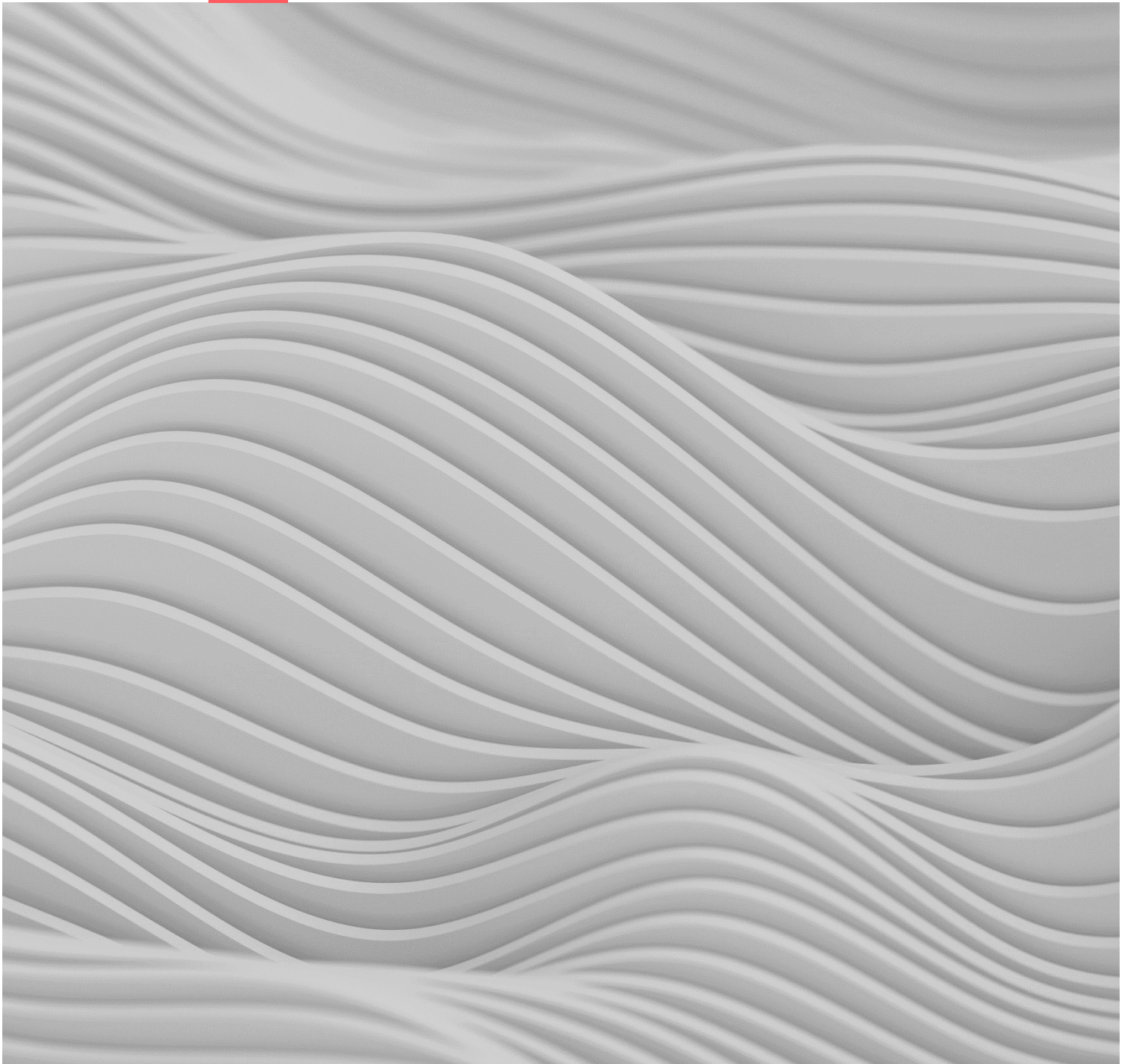


CUATRECASAS

Noviembre 2022

10 CLAVES EN LA LITIGACIÓN DE M&A

Clave 1. Tratos preliminares. Su ruptura



10 CLAVES EN LA LITIGACIÓN DE M&A



Los negocios de adquisición de empresas, a través de la compra del capital social de la sociedad titular del negocio, son operaciones complejas que pueden derivar en conflictos entre el comprador y vendedor que, a falta de acuerdo, tendrán que resolverse ante un tribunal judicial o arbitral.

A través de una serie de píldoras, iremos exponiendo las 10 cuestiones principales que, conforme a nuestra experiencia práctica en litigios y arbitrajes sobre esta materia, suelen ser objeto de conflicto entre las partes y algunas soluciones para prevenirlas.

Los primeros puntos se referirán a aspectos sustantivos como la ruptura de tratos preliminares, la determinación del precio, la falta de veracidad o el incumplimiento de las declaraciones y garantías, las cláusulas de indemnización específicas, la relevancia del conocimiento del comprador en el mecanismo de responsabilidad contractual o la cobertura de riesgos con los llamados “seguros de R&W”.

Los siguientes puntos serán cuestiones de carácter procesal: el procedimiento de reclamaciones previsto en el contrato, la participación de terceros en la determinación de aspectos del contrato, la prueba pericial en el procedimiento judicial o arbitral, la sumisión de la disputa a jurisdicción o arbitraje y la conveniencia o no de prever un mecanismo alternativo de resolución de la disputa como la mediación.



CLAVE 1

Tratos preliminares. Su ruptura

Los tratos preliminares son los actos que el comprador y vendedor llevan a cabo con el fin de preparar, negociar y concertar un futuro contrato. En las operaciones de M&A es habitual que las partes firmen durante este periodo una carta de intenciones (LOI o letter of intent; también denominadas “memorandum of understanding”, “heads of agreement”, “term sheet”, etc.) en la que recogen su intención de comenzar o continuar una negociación para alcanzar un acuerdo definitivo de compra.

Las cartas de intenciones pueden tener un contenido diverso, pero es frecuente que las partes se refieran a los siguientes aspectos: estado de las negociaciones mantenidas entre ellas hasta la fecha, declaración de su voluntad de negociar la compra de una sociedad y, en su caso, obligación de negociar en exclusiva durante un tiempo determinado, reglas para ordenar el proceso de negociación y obligaciones de confidencialidad. Es habitual también incluir una cláusula de no vinculación por la que la vendedora y compradora expresan que no están obligadas a celebrar la operación en los términos recogidos en la carta y que, al mismo tiempo, se establezcan determinadas cláusulas como vinculantes (por ejemplo, confidencialidad, exclusividad, jurisdicción o derecho aplicable).

Las razones por las que puede interesar a las partes la firma de una carta de intenciones son muy diversas: la fijación de la exclusividad de la oferta durante un tiempo; la determinación y alcance de la confidencialidad de la información revelada durante la negociación; la conducta exigible a los participantes en la negociación y a los consejeros o directivos de las partes; el plazo de vigencia o las pautas para el proceso de *due diligence*, entre otras.

Independientemente de que hayan suscrito o no una carta de intenciones, en derecho español y derivados del deber general de buena fe enunciado en nuestro Código Civil, la compradora y vendedora tendrán determinados deberes durante la fase de negociación. Esta fase de negociación puede terminar con la celebración del contrato de compraventa o con la ruptura de las negociaciones.

Cuando una negociación se rompe, los remedios a disposición de ese comprador o vendedor “frustrado” no solo dependerán de los documentos que se hayan firmado, del estado de las negociaciones sino, particularmente, de la actuación de las partes. Todo ello determinará si nos encontramos ante meros tratos preliminares, ante un precontrato o,



incluso, ante un contrato ya perfeccionado. La calificación que se le dé a cada caso producirá efectos diversos y reclamaciones de muy distinto alcance.

Si bien las consecuencias de la ruptura de las negociaciones previas están claras, la frontera entre los tratos preliminares y el contrato (o, en su caso, el precontrato) en negociaciones complejas puede ser difusa, y será una cuestión de hecho que los tribunales determinarán en cada caso concreto, con sus respectivas consecuencias indemnizatorias.

Para evitar consecuencias no deseadas por las partes es relevante contar con asesoramiento jurídico especializado en la firma de la carta de intenciones y en las actuaciones de las partes durante la fase de negociación para:

Delimitar el alcance de las obligaciones asumidas y sus consecuencias.

Ejercitar o defenderse ante posibles acciones de responsabilidad por culpa o dolo *in contrahendo* en los tratos preliminares.

Ejercitar o defenderse de la responsabilidad en caso de incumplimiento de obligaciones asumidas en la carta de intenciones, como las de confidencialidad, exclusividad, no recepción de ofertas o transmisión de información.



Destacamos a continuación las siguientes claves sobre las que versarán los próximos *brochures*:

-
- | | |
|----------|--|
| Clave 2 | El precio |
| Clave 3 | Las declaraciones y garantías |
| Clave 4 | Las <i>specific indemnities</i> |
| Clave 5 | Los seguros de W&I: una tendencia al alza |
| Clave 6 | El impacto del conocimiento del comprador en la responsabilidad del vendedor |
| Clave 7 | El procedimiento previo de reclamaciones previsto en el contrato |
| Clave 8 | Terceros que determinan elementos del contrato |
| Clave 9 | Prueba pericial |
| Clave 10 | Procedimientos de resolución de disputas ¿jurisdicción o arbitraje?
La mediación como alternativa |
-

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede enviar un mensaje a nuestro equipo del [Área de Conocimiento e Innovación](#) o dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas.

©2022 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas.



IS 713573