



CUATRECASAS

Junio 2023

10 CLAVES EN LA LITIGACIÓN DE M&A

Principales cuestiones que son objeto de conflicto y
recomendaciones para prevenirlas



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.

En este documento exponemos 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 refieren a aspectos sustantivos como la ruptura de tratos preliminares, la determinación del precio, la falta de veracidad o 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”.

A continuación, exponemos 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.



Índice:

-
- | | |
|----------|--|
| Clave 1 | Tratos preliminares. Su ruptura |
| Clave 2 | El precio |
| Clave 3 | Las declaraciones y garantías |
| Clave 4 | Las <i>specific indemnities</i> |
| Clave 5 | Los seguros de W&l: 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 |
-



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 indeseadas 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.



Clave 2

El precio

Las compraventas de empresa son operaciones complejas donde el mecanismo de precio reviste especial importancia. Lo más habitual no es pactar un precio fijo, sino regular un ajuste al precio (en los contratos más favorables al comprador) o un mecanismo de *locked-box* (en aquellos más favorables al vendedor).

Con el primero, el precio se ajusta tras la fecha de cierre con base en unos estados financieros de la sociedad y un cálculo del parámetro o parámetros financieros que sirven de base para el ajuste que prepara el comprador (generalmente, deuda financiera neta y capital circulante). Por tanto, con este mecanismo de precio, el riesgo económico del negocio se transmite al comprador en la fecha de cierre.

En el mecanismo *locked box*, el precio se calcula sobre la base de un balance lo más reciente posible de la sociedad anterior a la fecha de firma del contrato y el precio no sufre ajuste posterior a no ser que se produzca algún tipo de salida de fondos (*leakage*), concepto que se define en el contrato. Por tanto, con este mecanismo de precio, el riesgo económico del negocio se transmite al comprador en la fecha de los estados financieros que sirven de referencia.

Si bien tradicionalmente el mecanismo de precio más utilizado era el ajuste al precio, en los últimos años el *locked-box* se ha consolidado como el más habitual.



Por otra parte, en ocasiones se pacta un *earn-out*. El *earn-out* consiste en un precio aplazado variable (normalmente en combinación con un precio que se abona a la fecha de cierre) que se calcula en función de unos parámetros establecidos en el contrato. Dichos parámetros pueden ser financieros o no financieros, si bien es habitual que el precio se condicione a los beneficios futuros de la sociedad objeto de la compra (el parámetro más utilizado es el EBITDA).

Sea cual sea la fórmula de precio que se pacte en el contrato, es importante que este se determine en la mayor proporción posible y que, en la parte que quede por determinar, se haga referencia a parámetros claros y objetivos, de modo que se minimicen las posibilidades de discusión sobre su cálculo. Si el contrato prevé acudir a un experto para su determinación en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, es aconsejable seguir las recomendaciones que exponemos en la clave 8.

Adicionalmente, para el vendedor será importante asegurarse de que tendrá acceso a la información necesaria para poder comprobar o determinar la cuantía de la parte del precio pendiente de cálculo y, en aquellos casos en los que se haya pactado un precio variable, regular que, durante el periodo de devengo de ese variable, el comprador tiene que cumplir una serie de obligaciones (de hacer o no hacer) encaminadas a maximizar su devengo.

Para evitar consecuencias indeseadas por las partes es relevante contar con asesoramiento jurídico especializado en la negociación del contrato de compraventa de empresa y de la cláusula de precio. En concreto, es especialmente importante determinar en la mayor proporción posible el precio y, en la parte que quede por determinar, hacer referencia a parámetros claros y objetivos.



Clave 3

Las declaraciones y garantías

Los contratos de compraventa de empresa suelen incluir un régimen específico de responsabilidad. En él, el vendedor otorga unas declaraciones y garantías (*representations and warranties* o *R&W* en inglés), tanto de título y capacidad, como de negocio de la sociedad cuyas acciones o participaciones se adquieren y durante un periodo de tiempo que se pacta en el contrato (que suele oscilar entre los 18 meses y los 3 años a contar desde la fecha de cierre).

La falta de veracidad o incumplimiento de esas declaraciones y garantías hará que el vendedor tenga que indemnizar al comprador por los daños que sufran este o la sociedad, siguiendo para ello el procedimiento de reclamación que se haya pactado en el contrato.

El comprador deberá asegurarse de que las declaraciones y garantías incluyen, al menos, todos aquellos aspectos que le resultan esenciales de la compañía que adquiere. Además, en caso de que tenga conocimiento de alguna contingencia relevante durante el proceso de *due diligence*, el comprador deberá valorar si conviene regular sus consecuencias de manera específica en el contrato para evitar potenciales discusiones sobre el valor y el significado de su conocimiento de la contingencia y, en particular, sobre si este fue tenido en cuenta en el precio del contrato.

La regulación de las consecuencias de las contingencias conocidas típicamente se hará mediante compromisos de indemnización del vendedor para el caso de que finalmente se materialicen dichas contingencias (las llamadas “*specific indemnities*”) que vemos a continuación en la siguiente clave.



Clave 4

Las specific indemnities

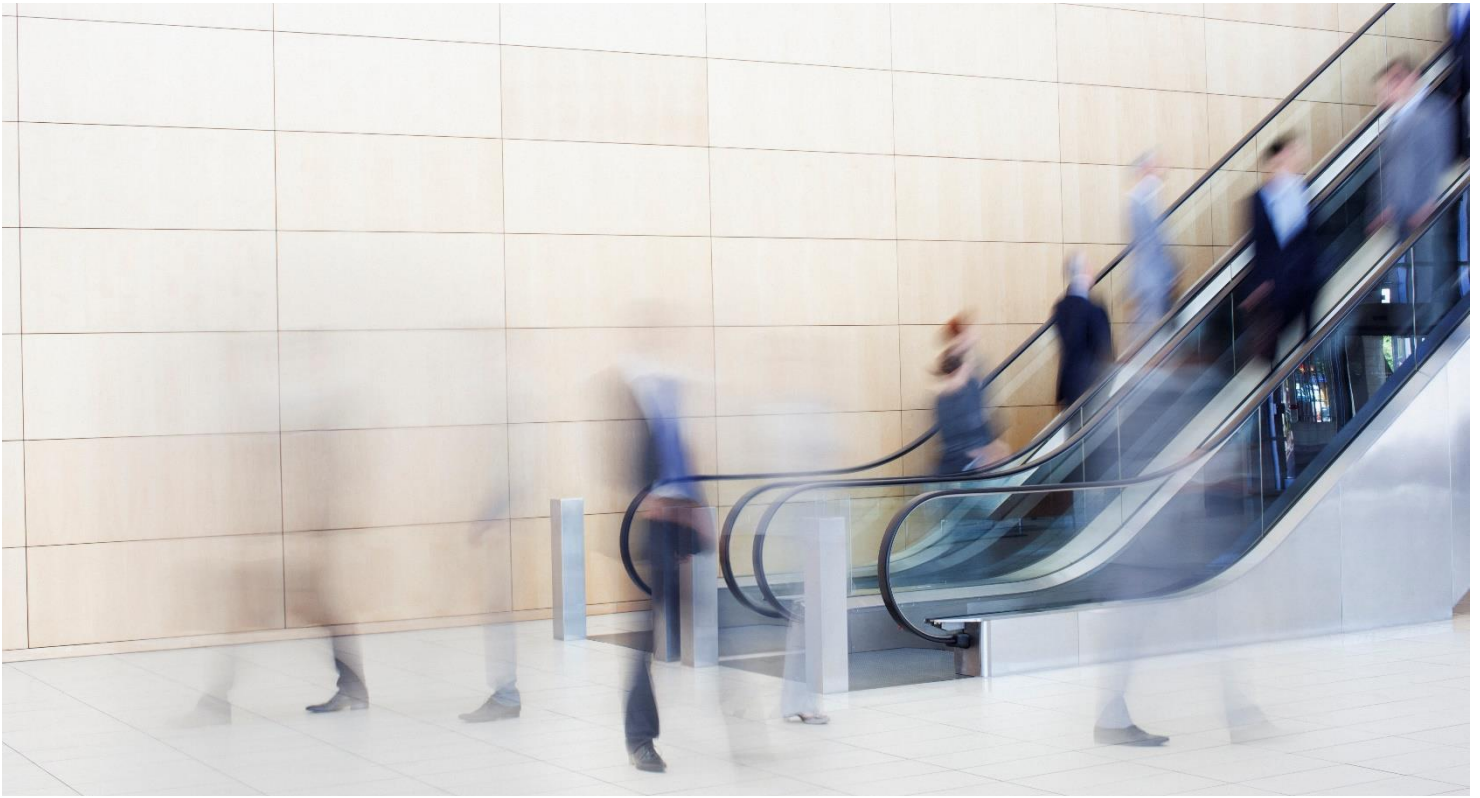
La “*specific indemnity*” es un instrumento de indemnización al comprador distinto del régimen de declaraciones y garantías que se utiliza para las contingencias especialmente relevantes ya conocidas antes de la firma del contrato de compraventa de empresa con objeto de cubrir el riesgo del comprador en el caso de que dichas contingencias se materialicen tras el cierre de la operación.

Por tanto, se utilizan cuando el comprador conoce — normalmente al realizar la *due diligence*— la existencia de una contingencia de la que es probable que se deriven daños para él y, en lugar de acudir a modificar el precio (alternativa que difícilmente aceptará el vendedor por no tratarse de un daño real sino potencial) o, incluso, abandonar la operación (alternativa excesivamente gravosa para ambas partes), acuerda con el vendedor que este asumirá íntegramente las consecuencias económicas negativas asociadas a dicha contingencia (ya que normalmente no están sujetas a ningún tipo de limitación cuantitativa o temporal).

Para activar la cobertura dada bajo una *specific indemnity*, el comprador solo tendrá que probar o acreditar el daño y la relación de causalidad (esto es, que resulte del hecho recogido en la *specific indemnity*) y no el incumplimiento de una manifestación y garantía.



En función de la contingencia que cubra la *specific indemnity* del caso concreto será importante para el comprador regular cómo se cuantificará el daño si se materializa, así como prever la posibilidad de reclamar el daño desde que se pueda cuantificar, aunque no haya habido un desembolso efectivo. Asimismo, será aconsejable para el comprador incluir como *specific indemnities* todo lo que haya detectado antes de la firma (generalmente, mediante la *due diligence*) o, al menos, todo aquello que resulte relevante.



Clave 5

Los seguros de W&I: una tendencia al alza

El uso de pólizas de seguros de R&W en las transacciones de M&A (conocidas como *R&W insurance* o *W&I insurance*) se ha ido incrementado considerablemente en los últimos años, sobre todo en las operaciones en las que intervienen fondos de capital riesgo o se firman en el marco de una subasta. Esta tendencia al alza se debe en parte a que: (i) el proceso de contratación se ha simplificado en tiempo y forma; (ii) existe una mayor competitividad en la oferta que ha hecho que las primas se hayan reducido; y (iii) la tendencia ha sido la de un mercado vendedor.

En el mercado existen diferentes tipos de cobertura, pero la más habitual es la que cubre las contingencias desconocidas. Existen coberturas para contingencias conocidas e identificadas o para cubrir los resultados de un litigio ya comenzado, pero son menos comunes en el tráfico y tienen primas mucho más altas.

Tanto si las pólizas las contrata el vendedor como si las contrata el comprador (lo que sucede en la práctica totalidad de los casos), la póliza nace con vocación de dar cobertura por incumplimiento de las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor en el contrato de compraventa y rige el principio general de que el seguro no puede suponer que la situación del asegurado sea mejor de la que tenía antes de contratarlo.

Las pólizas pueden ser de dos tipos: (i) sin recurso al vendedor: es decir, el vendedor no



tiene ninguna responsabilidad frente al comprador en caso de falta de veracidad de las declaraciones y garantías (a excepción, normalmente, de las declaraciones y garantías de título y capacidad) y el comprador únicamente puede recurrir al seguro de W&I; o (ii) con recurso al vendedor: es decir, en el SPA se pactarán unos umbrales y un límite de responsabilidad. Superado el umbral y hasta el límite sí responde el vendedor.

Es muy relevante revisar con cuidado el borrador completo de la póliza antes de la firma del contrato de compraventa o del cierre de la operación (según sea el caso) para asegurarse de que póliza y contrato de compraventa están bien coordinados y analizar cuál es la responsabilidad del vendedor en la transacción que no se transfiere a la aseguradora tanto a nivel de límites cuantitativos y temporales (por ejemplo, es necesario analizar los límites y franquicias, el periodo interino o la duración de la responsabilidad) como en función del objeto cubierto. Esto último es importante puesto que, conforme a la práctica del mercado, las pólizas de R&W por contingencias desconocidas no cubren los siguientes aspectos:

- (i) Las contingencias conocidas
- (ii) Los aspectos no cubiertos por la *due diligence*
- (iii) Las manifestaciones de anticorrupción, soborno, blanqueo de capitales y evasión fiscal
- (iv) Las multas y penalizaciones
- (v) Los mecanismos de ajuste al precio o de *locked box*
- (vi) Las R&W sobre hechos futuros
- (vii) Las responsabilidades medioambientales
- (viii) Los precios de transferencia y responsabilidad fiscal solidaria por pertenencia a un grupo
- (ix) El estado de los activos
- (x) La responsabilidad por producto
- (xi) La compensación de bases imponibles negativas
- (xii) Los cambios legislativos
- (xiii) Las obligaciones y compromisos de los vendedores sobre la gestión del negocio durante periodo interino



Para cubrir este último punto y que la aseguradora responda por los incumplimientos de las declaraciones y garantías a la fecha de cierre o muy cerca de esa fecha, se puede pactar lo que se conoce como *bring-down mechanism*, mediante la entrega de un certificado firmado por el vendedor (*bring-down disclosure*) que certifique que las declaraciones y garantías son exactas y veraces a la fecha del certificado. Si se identifican hechos o circunstancias que hayan ocurrido tras la firma del SPA y que sean conocidos por el vendedor que hagan que las declaraciones y garantías no sean veraces y exactas al cierre, puede pactarse que esos hechos o circunstancias revelados en el *bring-down disclosure* las maticen.



Clave 6

El impacto del conocimiento del comprador en la responsabilidad del vendedor

En los procesos de compraventa de empresa es posible que el comprador conozca contingencias antes de la adquisición de la sociedad, normalmente durante el proceso de *due diligence*.

Por ello, se ha convertido en una práctica muy común negociar y regular el impacto que tiene ese conocimiento en la responsabilidad del vendedor por el incumplimiento de las declaraciones y garantías sobre el estado de la sociedad. Si la cláusula correspondiente regula que el conocimiento no afectará a la responsabilidad del vendedor, se denomina “*pro sandbagging*”, mientras que, si establece que el conocimiento previo impedirá al comprador reclamar el daño, se denomina “*anti sandbagging*”.

A pesar de su uso generalizado en la práctica, no existe jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre la eficacia de las cláusulas *pro sandbagging*. Ello exigirá realizar un análisis caso a caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la operación y lo pactado por las partes en el contrato de compraventa.

Si el comprador detecta una contingencia durante el proceso de *due diligence*, amparándose en una cláusula *pro sandbagging*, decide reclamar el daño al vendedor, podrá aducir en su defensa la autonomía de la voluntad de las partes, la labor de



asignación y reparto de riesgos en las operaciones de estas cláusulas, o la asimilación de la cláusula a una promesa de garantía del vendedor. Por su parte, el vendedor podría argumentar que la actuación del comprador es contraria a la buena fe contractual, por tratarse de un abuso de derecho, o que el comprador prestó su consentimiento tácito a esa contingencia porque la conocía antes de la firma del contrato y no exigió una *specific indemnity* para cubrirla.

Sin perjuicio de que, en interés del comprador, se incluya una cláusula *pro sandbagging* en el contrato de compraventa, si la contingencia es conocida y grave lo más recomendable para el comprador será negociar una reducción del precio o pactar una *specific indemnity* (sobre todo cuando estemos ante daños reales y no potenciales).

Por su parte, en caso de que se pacten cláusulas *anti sandbagging*, al vendedor le interesará dejar constancia de cuál ha sido la información y documentación puesta a disposición del comprador (por ejemplo, depositando un *pen-drive* con la información de la *due diligence* ante notario), a efectos de poder probar que el comprador tuvo acceso a dicha información y conoció la contingencia.





Para evitar consecuencias indeseadas por las partes es relevante contar con asesoramiento jurídico especializado en la negociación del contrato de compraventa de empresa y de las cláusulas relacionadas con la responsabilidad del vendedor. En concreto, es especialmente importante:

El comprador deberá asegurarse de que las declaraciones y garantías incluyen, al menos, todos aquellos aspectos que le resultan esenciales de la compañía que adquiere.

En caso de que el comprador tenga conocimiento de alguna contingencia relevante durante el proceso de *due diligence*, lo más recomendable será negociar una reducción del precio o pactar un *specific indemnity* (sobre todo cuando estemos ante daños reales y no potenciales).

En función de la contingencia que cubra la *specific indemnity* del caso concreto será importante para el comprador: (i) regular cómo se cuantificará el daño si se materializa; y (ii) prever la posibilidad de reclamar el daño desde que se pueda cuantificar, aunque no haya habido un desembolso efectivo.

Si se contrata un seguro de W&I es relevante revisar el borrador completo de la póliza antes del cierre de la operación para asegurarse de que póliza y contrato de compraventa están bien coordinados y analizar cuál es la responsabilidad del vendedor en la transacción que no se transfiere a la aseguradora.

En caso de que se pacten cláusulas *anti sandbagging*, al vendedor le interesará dejar constancia de cuál ha sido la información y documentación puesta a disposición del comprador a efectos de poder probar que el comprador tuvo acceso a dicha información y conoció la contingencia.



Clave 7

El procedimiento previo de reclamaciones previsto en el contrato

Como complemento del régimen de responsabilidad del vendedor, en los contratos de compraventa de empresa suele incluirse qué procedimiento ha de seguir el comprador antes de acudir a la vía judicial o arbitral (según se haya pactado) cuando detecta lo que considera que constituye el incumplimiento de una manifestación y garantía.

Este mecanismo previo de reclamaciones, que comienza con la notificación de la contingencia al vendedor, suele distinguir entre daños producidos directamente a la compañía y daños que puedan derivarse de reclamaciones que la compañía haya recibido de terceros, detallando los pasos para cada uno de dichos escenarios y los plazos en los que han de llevarse a cabo. Adicionalmente, en ocasiones prevé una fase de negociación entre las partes previa a la litigación.

La discusión fundamental que suele plantearse, y que al comprador le interesará evitar, es si el cumplimiento escrupuloso de dicho procedimiento previo, incluyendo todas las fases y plazos pactados, constituye un requisito ineludible para poder acudir al correspondiente procedimiento judicial o arbitral.

En este sentido, el comprador tendrá interés en que se establezca expresamente que el cumplimiento de los plazos y fases del procedimiento previo de reclamación no



constituye un requisito para poder acudir a la litigación, mientras que al vendedor le interesará defender la posición contraria.

La fase de negociaciones merece una mención especial, dado que es frecuente que se suscite la discusión sobre si se ha llevado a cabo una verdadera negociación y, de nuevo, sobre si su ausencia impide al comprador acudir al correspondiente procedimiento. En este aspecto, será aconsejable para el comprador establecer expresamente un plazo para esta fase transcurrido el cual pueda iniciar la litigación con independencia de si ha existido o no actividad negociadora.

Para evitar consecuencias indeseadas por las partes es relevante contar con asesoramiento jurídico especializado en la negociación del contrato de compraventa de empresa y de las cláusulas relacionadas con la reclamación de los daños. En concreto, es especialmente importante lo siguiente:

En el mecanismo previo de reclamaciones previsto en el contrato, el comprador tendrá interés en que se establezca expresamente que el cumplimiento de los plazos y fases de dicho procedimiento no constituye un requisito para poder acudir a la litigación, mientras que al vendedor le interesará defender la posición contraria.

Si se prevé una fase de negociación entre las partes previa a la litigación, será aconsejable para el comprador establecer expresamente un plazo transcurrido el cual pueda iniciar la litigación con independencia de si ha existido o no actividad negociadora.



Clave 8

Terceros que determinan elementos del contrato

Cuando no todos los aspectos del contrato están determinados en el momento del cierre de la operación, es frecuente que las partes designen a un tercero para integrar esos elementos pendientes. En unas ocasiones se designará al tercero para que integre esos elementos directamente, mientras que en otras únicamente entrará a decidir cuando las partes no hayan logrado llegar a un acuerdo por sí mismas (por ejemplo, en caso de discrepancia respecto del mecanismo de ajuste al precio).

La intervención de expertos tiene lugar de manera muy frecuente en relación con una parte del precio de la compraventa, de modo que se les designa para que lo determinen en función de determinados parámetros, que deberán ser lo más claros y objetivos posibles.

Es importante que la identidad del experto esté bien especificada en el contrato, de manera que no quepa lugar a discusión cuando llegue el momento de nombrarlo. En este sentido, es aconsejable incluir a más de uno, para cubrir la eventualidad de que el seleccionado en primer lugar no pueda asumir el encargo por cualquier motivo (como un conflicto de intereses), pero habrá que establecer de manera clara en qué orden serán llamados los expertos mencionados en la cláusula. Asimismo, también es aconsejable considerar reservarse el derecho a iniciar el procedimiento de resolución de disputas contemplado en el contrato en caso de disconformidad con la valoración.



En función de la situación, también puede valorarse la conveniencia de establecer expresamente cuál será el mecanismo de contacto con el experto, siendo posible incluso incluir como anexo al contrato la carta de encargo que se le enviará. También puede determinarse en la cláusula cómo se producirá la entrega de información al experto y cómo habrá de producirse su comunicación con las partes, de modo que se establezca, por ejemplo, si ambas partes deberán recibir copia de toda la documentación entregada o no, y si todas las comunicaciones deberán ir dirigidas a ambas partes. En caso de que se desee incluir un plazo para que el experto emita su dictamen, puede ser aconsejable establecer qué ocurrirá en caso de que no se cumpla.

Cuando así lo hayan pactado las partes, la decisión del tercero será vinculante. Sin embargo, ello no obsta para que en determinadas circunstancias dicha decisión pueda ser revisada en el procedimiento judicial o arbitral correspondiente. Así ocurrirá, muy especialmente, cuando se haya apartado de las instrucciones dadas por las partes.

Para evitar consecuencias indeseadas por las partes es relevante contar con asesoramiento jurídico especializado en la negociación del contrato de compraventa de empresa y de la cláusula de precio. En concreto, cuando se ha designado a un tercero para integrar algún elemento pendiente, es especialmente importante:

Especificar la identidad del experto en el contrato, e incluir a más de uno estableciendo un orden de manera clara.

Considerar la conveniencia de reservarse el derecho a iniciar el procedimiento de resolución de disputas contemplado en el contrato en caso de disconformidad con la valoración.

Valorar la conveniencia de establecer el mecanismo de contacto con el experto y cómo debe producirse la entrega de información.

Prever qué sucede en caso de incumplimiento de los plazos por parte del experto.



Clave 9

La prueba pericial

En la litigación de compraventa de empresa es muy frecuente contar con peritos que elaboren informes que se presenten ante el tribunal (judicial o arbitral) para probar cuestiones técnicas que sustentan las posiciones de las partes. Generalmente, cada una de las partes contratará a sus propios peritos y presentará uno o varios informes periciales, si bien en determinadas ocasiones existe también la posibilidad de que el tribunal nombre a un perito.

Si los desacuerdos están relacionados con la cuantificación de la parte del precio pendiente de determinación será necesario contar con economistas con un perfil financiero y experiencia en valoraciones de empresas. No obstante, es posible que sea necesario contar también con peritos en otros escenarios. Por ejemplo, en caso de que exista discusión sobre si los activos de la compañía se encuentran en el estado que el vendedor ha incluido en las manifestaciones y garantías, será necesario contar con peritos que examinen dicho estado (por ejemplo, con arquitectos en caso de que los activos de la compañía sean inmuebles, actuarios en materia de seguros, expertos en activos financieros, marcas, imagen corporativa, etc.).

Dada la relevancia de los informes periciales para el éxito de la defensa, es importante elegir bien a los peritos y contactar con ellos para que colaboren con los abogados en cuanto se detecte la necesidad de su intervención. Por ello, la labor de asesoramiento al cliente en la identificación de aquellos aspectos donde se necesita un informe pericial, en la selección de los mejores peritos para llevarlo a cabo y en el acompañamiento y coordinación de su trabajo, es una labor esencial de los abogados directores del caso.



Clave 10

Procedimientos de resolución de disputas ¿jurisdicción o arbitraje? La mediación como alternativa

Las disputas de compraventa de empresa pueden resolverse tanto en la jurisdicción ordinaria como en un procedimiento arbitral. Esta segunda opción será especialmente recomendable cuando puedan existir elementos de internacionalidad, dado que puede proporcionar un foro neutro para las partes, evitar discusiones sobre jurisdicción y, además, una vez se haya dictado el laudo, será relativamente fácil poder ejecutarlo en países distintos.

Adicionalmente, las partes en muchos casos acuerdan la confidencialidad del arbitraje. En la jurisdicción, sin embargo, las sentencias son públicas y no es posible mantenerlas confidenciales.

La complejidad técnica es otro buen motivo para decantarse por el arbitraje, tanto si se desea que la disputa sea resuelta por uno o varios especialistas en compraventa de empresa, como si el objeto de la operación es una empresa de un sector específico (por ejemplo, seguros o energía) y es conveniente contar con especialistas de ese sector, que estarán en mejor posición para resolver acertadamente la disputa.



Por el contrario, cuando se trate de operaciones de escasa relevancia económica, o cuando se prevea que las contingencias no serán elevadas, será más conveniente someter la disputa a la jurisdicción ordinaria, dado que los elevados costes del arbitraje pueden ser disuasorios en esos casos.

En cuanto a la posibilidad de recurso, en los tribunales ordinarios existirá la posibilidad de presentar un recurso y acudir a la segunda instancia, posibilidad que, aunque prevén algunos reglamentos arbitrales, no es común en el mercado.

En todo caso, hay que tener en cuenta que las sentencias dictadas en primera instancia serán, por lo general, susceptibles de ejecución provisional. Esto significa que será necesario realizar los desembolsos pertinentes cuando se dicten, con independencia de que se pueda presentar un recurso contra ellas. Posteriormente, en caso de que la sentencia de primera instancia sea revocada, la parte que recibió el dinero en primera instancia deberá devolverlo, con el riesgo para la otra de que haya devenido insolvente.

No obstante, en muchas ocasiones, no será necesario acudir a litigación para la resolución de los conflictos que surgen en el marco de una compraventa de empresa, sino que estos podrán resolverse mediante un proceso de mediación que evite los costes y las dilaciones propios de un procedimiento judicial o arbitral. La mediación es una solución eficiente y ágil que permite a las partes conservar el control sobre el resultado del conflicto y obtener con rapidez y absoluta confidencialidad un acuerdo vinculante para las partes y ejecutable por vía forzosa ante los tribunales.

La mediación permite, además, continuar la relación entre las partes sin que se vea perjudicada por un proceso judicial o arbitral. Por ello, estará especialmente indicada cuando los vendedores continúen teniendo relación con la compañía vendida, así como cuando la transacción se haya desarrollado en empresas familiares.

El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (en tramitación parlamentaria en junio de 2023) prevé la obligatoriedad de acudir a un medio adecuado de resolución de conflictos (MASC) como requisito de procedibilidad antes de acudir a un procedimiento judicial en la vía civil y mercantil. Esto significa que no será posible interponer la demanda judicial sin haber acudido antes a uno de estos medios, entre los que se encuentra la mediación. Por tanto, si la norma es finalmente aprobada en esos términos, acudir a mediación tendrá la ventaja adicional de que, en caso de que las partes hayan pactado jurisdicción y no consigan llegar a un acuerdo, servirá para tener cumplido el requisito de procedibilidad y poder presentar la correspondiente demanda judicial.



Para evitar consecuencias indeseadas por las partes es relevante contar con asesoramiento jurídico especializado en la negociación del contrato de compraventa de empresa y de las cláusulas relacionadas con la reclamación de los daños. En concreto, es especialmente importante lo siguiente:

La labor de asesoramiento al cliente en la identificación de aquellos aspectos donde se necesita un informe pericial, en la selección de los mejores peritos para llevarlo a cabo y en el acompañamiento y coordinación de su trabajo es una labor esencial de los abogados directores del caso.

El procedimiento arbitral será especialmente recomendable cuando: (i) puedan existir elementos de internacionalidad; (ii) las partes deseen mantener confidenciales los términos del contrato o la propia existencia de la disputa; (iii) o exista especial complejidad técnica.

Por el contrario, la jurisdicción ordinaria puede ser más conveniente cuando: (i) se trate de operaciones de escasa relevancia económica; o (ii) se prevea que las contingencias no serán elevadas, ya que los elevados costes del arbitraje pueden ser disuasorios en esos casos.

Por su parte, la mediación permite continuar la relación entre las partes sin que se vea perjudicada por un proceso judicial o arbitral. Además, es una solución eficiente y ágil que permite a las partes conservar el control sobre el resultado del conflicto y obtener con rapidez y absoluta confidencialidad un acuerdo vinculante para las partes y ejecutable por vía forzosa ante los tribunales.



Nuestra práctica de Conflictos Societarios y de M&A

Representamos a nuestros clientes en todo el espectro de la litigiosidad societaria y derivada de fusiones y compraventas de empresas.

Nuestro equipo destaca por su especialización en disputas surgidas en el seno de las sociedades, lo cual nos permite ofrecer un asesoramiento sofisticado, eficaz y con soluciones innovadoras desde las primeras fases de la controversia y antes de que se inicie cualquier litigio, ya sea para prevenirlo o cuando es inevitable para prepararlo en las mejores condiciones.

Con más de 20 años de experiencia, hemos alcanzado una altísima especialización en la defensa de nuestros clientes en todo tipo de reclamaciones derivadas de procesos de fusiones y adquisiciones de empresas.

Nuestra práctica combina conocimientos jurídicos, económicos (financieros y contables) y de negocio para fundamentar nuestra defensa. También tenemos una dilatada experiencia en procesos de fusiones y compraventas internacionales que implican varios ordenamientos jurídicos y la coordinación de equipos plurinacionales.

Gracias al reconocimiento del mercado, Cuatrecasas ha intervenido en conflictos societarios de gran relevancia y variedad.

"Outstanding powerhouse with a top-tier dispute resolution practice." Chambers, 2023

"From the beginning Cuatrecasas understood the case and our needs, implementing a very good litigation strategy." Chambers, 2022

Chambers
AND PARTNERS

LEGAL
500

Firma líder en *Dispute Resolution* y en *International and Cross-border Disputes*

Conoce a nuestro equipo



Esther de Félix
Socia
esther.defelix@cuatrecasas.com



Alfonso Gómez-Acebo
Socio
alfonso.gomez-acebo@cuatrecasas.com



Álvaro Mendiola
Socio
alvaro.mendiola@cuatrecasas.com



César Rivera
Socio
cesar.rivera@cuatrecasas.com



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.

©2023 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.

