

Doctrina

Por Angélica Díaz de la Rosa, titular de Derecho mercantil de la Universidad de A Coruña y consejera académica de Dictum.

Breve acercamiento al seguro de manifestaciones y garantías en la compraventa de empresas

La empresa, en cuanto organización compleja de los medios de producción -capital y trabajo- es, además de un instrumento que permite desarrollar de una forma ordenada una actividad empresarial, un mecanismo por el cual, los elementos que son así organizados puedan adquirir un valor superior al que obtendrían de forma aislada. Y, como es bien sabido, la empresa es susceptible de transmisión; esto es: de procesos de fusiones y adquisiciones, también conocidas por sus siglas en inglés “M&A” (mergers and acquisitions).

En estos procesos de compraventa de empresas, las partes, además de acordar todo lo relativo a los elementos esenciales del contrato, suelen realizar unas declaraciones sobre hechos que describen la situación del objeto de la transmisión. Así, pues, el en el negocio jurídico de venta de las empresas se incluyen, frecuentemente, cláusulas en las que se detallan de forma pormenorizada los términos y condiciones de la transmisión, especialmente, las referidas a la situación de la empresa que va a ser objeto de la compraventa.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene remedios frente al incumplimiento de lo acordado por las

partes en el contrato de compraventa -en nuestro caso de empresa-, pero la concertación de un seguro de manifestaciones y garantías permite que los contratantes puedan realizar la operación en un marco más protegido, ya que se transfiere el riesgo a un tercero: la compañía de seguros. Este tipo de seguros surge en EE. UU. en los años 90, con la denominación de representations and warranties insurance, que ha sido traducida como “seguro de manifestaciones y garantías”. En el Derecho anglosajón, las “representations” constituyen unas declaraciones que realizan las partes sobre los hechos del contrato, mientras que las “warranties” son aquellas otras declaraciones contractuales cuyo incumplimiento desencadena responsabilidad por daños. Trasladado al Derecho continental, las primeras serían lo que podríamos calificar como manifestaciones sobre hechos relativos a la empresa y, por otra parte, las garantías, no se corresponden exactamente, como pudiera parecer, con aquellos instrumentos y títulos jurídicos por los que se constituye la responsabilidad fideiusoria de un tercero fiador, ni de aquellos otros por los que se afecta una cosa, mueble o inmueble, al cumplimiento de una obligación principal; de hecho, ni siquiera se trata de depósitos caucionales, seguros de crédito y caución, etc., establecidos con la finalidad de cubrir

a la otra parte “in bomis”, en caso de incumplimiento, o cumplimiento defectuosos de la obligación principal, sino que se refiere a la inexactitud o incumplimiento de las manifestaciones que no sólo se declara como verdaderas, sino que se garantizan como verdaderas, de modo que las inexactitudes o inveracidades desencadenan la responsabilidad del declarante. En el primer caso, podríamos decir que las manifestaciones constituyen una suerte de declaración de hechos y, en el segundo, son auténticas declaraciones jurídicas, con trascendencia jurídica propia.

Pues bien, teniendo en cuenta las graves consecuencias que pueden acarrear, fundamentalmente para el comprador, las inexactitudes en las declaraciones realizadas por las partes participantes en la compraventa, cabe la posibilidad de concertar un seguro de manifestaciones y garantía (R&W insurance, por sus siglas en inglés), cuya finalidad es la protección a las partes involucradas en una transacción - fundamentalmente, de fusiones y adquisiciones- frente a los daños que se puedan derivar de inexactitudes o defectos contenidos en la información proporciona en el marco de una operación mercantil de compraventa de empresa.

El riesgo que se cubre con este tipo de seguros son los daños que se pueden producir como consecuencia de la inexactitud o inveracidad en las declaraciones, para compensar los incumplimientos que puedan surgir durante el desarrollo y la ejecución del contrato, evitando que tenga que recurrir, indefectiblemente, al vendedor/comprador para recuperar las pérdidas ocasionadas y ofrecer una capa adicional de seguridad y certeza para ambas partes, lo que permite que la transacción sea más atractiva y estable. Como señalábamos, es un mecanismo que permite transferir a la compañía aseguradora los

riesgos relacionados con las manifestaciones y las garantías asumidas en el contrato.

Estos seguros se pueden suscribir tanto por el comprador (Buyer side policy), como por el vendedor (Seller side policy). Aunque el interés de estos seguros es diverso, por un lado, estaría en el interés asegurable del comprador y, por el otro en el del vendedor, el siniestro es el mismo o es coincidente: se trata de los daños que se producen en el patrimonio como consecuencia de las inexactitudes de las manifestaciones realizadas. Actualmente son más frecuentes los seguros de Buyer side policy, pero el vendedor también puede estar interesado en celebrar este tipo de seguros como garantía impropia -adicional- de la operación que subyace en el seguro, en la medida en que se trata de cubrir posibles responsabilidades propias, derivadas de su incumplimiento. Estaríamos ante un tipo de seguro de responsabilidad civil. Ahora bien, cuando este tipo de seguros es concertado por el comprador, la naturaleza jurídica del mismo varía, pues estaríamos ante un tipo de seguro de daños.

El comprador suele llevar a cabo una actividad de análisis y verificación de la situación financiera, legal, y operativa de la empresa (Due Diligence). Del mismo modo, la aseguradora, a la hora de concertar el seguro de manifestaciones y garantías, realiza una evaluación de los riesgos que van a cubrir, lo que suele incluir la revisión de las declaraciones, garantías e informes de auditoría- habitualmente, el informe de Due diligence presentado por el comprador.

El informe de Due diligence posee una gran relevancia en este tipo de seguros, y no sólo a la hora de determinar el importe de la prima, sino que es un elemento de relevancia fundamental, habida cuenta que los “hechos conocidos” quedan excluidos de cobertura, de tal modo que, sólo aquellas cuestiones no manifestadas, o

manifestadas de forma inexacta, desencadenan el derecho a indemnización.

Aunque estos seguros de manifestaciones y garantías proporcionan cierta seguridad jurídico-económica en la transacción realizada -en la medida en que interviene una compañía aseguradora como respaldo en caso de inexactitud o error en las declaraciones -, no es menos cierto que, la interpretación de las declaraciones, así como la existencia, -o, incluso- el alcance de las pérdidas que se pueden desencadenar por las mismas, puede ser una fuente inagotable de conflictos entre el comprador de la empresa y la compañía de seguros. Piénsese, por ejemplo, en aquella declaración que se realiza correctamente por el vendedor en un momento determinado y que puede devenir en inexacta en un momento posterior, esto haría todavía más compleja la interpretación de las declaraciones y el alcance de la indemnización.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la cobertura del seguro recae sobre inexactitudes en las declaraciones, pero no quedarán cubiertos los daños que se pudiesen producir como consecuencia de falsas declaraciones del asegurado. Es decir, hemos de diferenciar entre las declaraciones realizadas en el contrato de seguro y aquellas otras vertidas en el contrato de compraventa de empresa. De suerte que, como sucede en todo seguro, donde rige el principio de "máxima bona fides", si el asegurado realiza declaraciones con dolo o mala fe se producirán graves consecuencias legales referidas, fundamentalmente, a la validez y efectividad de la cobertura. Ahora bien, la inexactitud de las declaraciones que efectúa el vendedor – incluidas las falsas o fraudulentas- en el marco de la operación mercantil de compraventa de empresa, sí quedarán cubiertas en una Buyer side policy, ya que es, precisamente, parte del objeto amparado

por el seguro de manifestaciones y declaraciones celebrado por el comprador.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, el seguro de manifestaciones y garantías en operaciones mercantiles de compraventa de empresas constituye una herramienta de gran valor al proporcionar certeza en este tipo de transacciones. Es fundamental contar tanto con un buen seguro, como con un asesoramiento adecuado al realizar este tipo de operaciones y de establecer garantías -propias o impropias- que proporcionen seguridad financiera en un proceso que lleva aparejado grandes riesgos.