

Sobre la renuncia de exigir responsabilidad por daños indirectos y consecuenciales

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de GA_P

Se repite en todos los contratos, especialmente en los de adquisición de empresas, pero es difícil que alguno de los operadores que emplean la fórmula sepan cuál es su significado probable: daños indirectos y consecuenciales.

1. El dilema habitual de los negociadores

1.1. El proceso usual

Probablemente es la experiencia más repetida que uno obtiene cuando opera de consultor de los asesores transaccionales. La parte adversa (vendedor, transmitente del activo, aportante) ha postulado que ha de incluirse una *renuncia de responsabilidad por daños consecuenciales e indirectos*. Es casi imposible en este momento convencer al deudor y a sus asesores de que desistan de esa renuncia, tanto más cuando los abogados han hecho ya de ello en este punto poco menos que una cuestión de prestigio profesional. Sólo queda consolarse consiguiendo que se haga constar que aquella renuncia no procederá en daños causados por dolo ni culpa grave. El éxito de verdad está en conseguir que la cláusula de renuncia no haga mención expresa al *lucro cesante*, ni positiva ni negativamente.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

1.2. ¿Sabemos a qué nos referimos?

Si son sinceros, ni las partes ni sus respectivos asesores saben positivamente a qué están renunciando. Intuyen que la cosa tiene que ver con la pérdida de beneficios, quizá también con los «daños por contagio». Prueba de ello es que, si las partes se tomaran en serio lo que pactan (exclusión de daños incidentales), sería muy difícil justificar la cobertura de responsabilidad en los casos en que las manifestaciones y garantías lleguen a ser inveraces merced a una *third party claim*, cuando en todo contrato está expresamente prevista y regulada esta posibilidad. Lo mismo cabe decir cuando el vendedor ha conseguido introducir una fórmula en virtud de la cual el «reajuste» producido por una falsedad no es una indemnización, sino un ajuste o rebaja de precio —precisión, en verdad, que no sirve para nada— y, al mismo tiempo, una renuncia de la responsabilidad por daños indirectos y consecuenciales. ¿Para qué excluir daños lejanos si ya quedarían excluidos con una fórmula de ajuste de precio?

1.3. Lo que nos dice el Derecho dispositivo

Lo más desazonador es que no se puede obtener luz acudiendo al Derecho dispositivo. Nuestro Derecho no utiliza nunca los términos *consecuenciales* ni *indirectos* como predicados de los daños contractuales. El artículo 1107 del Código Civil se refiere a daños «previstos o previsibles», a «consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, y el artículo 106 del mismo código no corrobora que el lucro cesante del acreedor sea o no un daño de esta clase. ¿Dice esta norma lo mismo que la cláusula que ahora examinamos? La jurisprudencia civil tampoco es muy iluminadora. Sólo podemos adelantar al respecto que los tribunales no conceden la indemnización del lucro cesante cuando el acreedor no ha acudido al mercado para minimizar su daño buscando un negocio de cobertura, que tampoco se indemnizan los daños derivados de la falta de inversión del acreedor que proviene de una impecuniosidad que tiene su causa en el incumplimiento contractual del deudor que no le pagó, que no se indemnizan normalmente los lucros perdidos en otras operaciones que son distintas de la operación que era objeto del contrato y, finalmente, que el daño moral por incumplimiento de un contrato patrimonial sólo se indemniza si el deudor incurrió en dolo.

2. Y ¿cuáles son los daños no consecuenciales y no indirectos?

2.1. El daño directo

Para limitarnos a un contrato de adquisición de empresas, el daño directo sufrido por el comprador sería la *mayor de estas cantidades*: el coste de reposición necesario para revertir el *status quo* a la situación hipotética en que no hubiera existido incumplimiento, la previsión contable de provisionar este coste o, finalmente, el menor valor de los títulos societarios como consecuencia de la contingencia de daño.

2.2. Costes de cobertura

En las compraventas de empresas no es ordinariamente posible, por razones de hecho (las empresas no son bienes fungibles entre sí), liquidar el daño contractual mediante *un negocio de cobertura hecho por el acreedor* para procurarse una prestación alternativa ofrecida por un tercero. Pero esto sólo es así a primera vista si se repara exclusivamente en la empresa en su conjunto. Es cierto que la empresa no es un activo fungible, pero sí puede serlo la contingencia de daño específico de que se trata. Por ejemplo, un inmueble del patrimonio de la empresa tiene que ser rehabilitado por un tercero profesional con altos costes para el comprador para que pueda obtenerse la licencia de obras que el vendedor no había conseguido. Este mayor coste de cobertura es un daño directo.

2.3. Incidentales directos

Es daño directo el coste *incidental* del acreedor consistente en los costes asociados a la defensa de su crédito frente al deudor incumplidor: todos los gastos razonables pagados o en los que haya incurrido el comprador a consecuencia de la reclamación. Muchísimos casos de *third party claim* son daños incidentales directos porque constituyen el supuesto de hecho mismo (el *core*) de una manifestación y garantía que se incumple.

2.4. Daños resolutorios

Los anteriores son los daños liquidables con el remedio específico de la *indemnización por incumplimiento*. Pero, si el acreedor *resuelve por incumplimiento*, pasan a ser daños directos algunos que serían indirectos si se sigue un remedio de indemnización sin resolución; es el caso de los costes de oportunidad en negocios perdidos y los costes de preparación de la propia prestación, finalmente no ejecutada.

3. Especificación de los daños excluidos: consecuenciales o indirectos

Como los términos *consecuencial* e indirecto son en gran medida permeables entre sí, listamos una serie de daños que consideramos incluidos en la fórmula de renuncia, sin especificar si pertenecen a un concepto o al otro. Los daños *prima facie* excluidos serían los siguientes:

— Daños por contagio

La defectuosa calidad del activo entregado se propaga a otros activos del acreedor, incluso en una conexión causal adecuada. Estos daños resultantes consecencialmente del defecto de la cosa propiamente se limitan a los daños materiales. Hay contratos, como el de compraventa de empresas, que parecen no dejar espacio para la ocurrencia de daños de esta clase. Pero eso depende del objeto social de la empresa vendida y de las declaraciones contenidas en el contrato, por mucho que no pueda hablarse de «contagio» entre títulos representativos del capital social. Pero se puede hablar de alguna manera de un

daño por contagio cuando el incumplimiento produzca indirectamente —pero no como efecto típico— una afectación negativa a la valoración global de la empresa (v. gr., el «líder carismático» de la empresa es encarcelado inopinadamente por conducta de blanqueo o *insider trading*).

— *Daños consistentes en beneficios perdidos*

En las fórmulas contractuales se denominan de diversa manera: lucro cesante, pérdida de beneficios y (si se emplea el inglés) *lost of profits* o *lost of revenues*. Cuando la saña del vendedor aprieta mucho, es común leer todas estas fórmulas de seguido, como si no fueran enteramente redundantes. Después volveré sobre esta partida del daño consecuencial.

— *Daños derivados de la privación del uso de la cosa que debía entregarse*

En la medida en que sean distintos de los anteriores, se ocasionan cuando el objeto del contrato no es apto para producir típicamente rendimientos, por ejemplo, el uso de una villa comprada en un lugar turístico de lujo. El valor del uso (distinto de los beneficios perdidos) es ordinariamente un daño no patrimonial que, fuera de los contratos con fines de consumo, es indirecto, salvo que se trate de un uso comercial o patrimonial (v. gr., reventa no realizada), en cuyo caso se integra en la rúbrica de lucro cesante. El uso dificultado por la mala condición de la sede de la empresa vendida es un daño indirecto; sí son directos los costes de cobertura de contratar a un tercero para que restaure el uso natural.

— *Inversiones no amortizadas, costes variables*

Son las inversiones que se hicieron con la expectativa de amortizarlas mediante la explotación ulterior al cumplimiento correcto. Normalmente, estas inversiones resultan *ex post* rentables si el acreedor consigue ser indemnizado en el daño directo de reposición del *status quo* hipotético en que no hubiera existido incumplimiento. Si se indemniza el lucro cesante, las inversiones hechas en el contrato quedan absorbidas por la indemnización que se obtenga.

— *Coste fijo*

Es indirecto el daño de no rentabilidad de los costes fijos. El acreedor no puede ser indemnizado ni siquiera en una parte de ellos.

— *Indemnización por incumplimiento abonada a terceros*

Estos daños son también incidentales. Especialmente notorios, los costes de despidos. Este daño sólo revierte en daño directo cuando el acreedor hizo constar en el contrato el destino de la prestación prometida, delimitando de esta forma el ámbito del deber de previsibilidad del vendedor, el cual, en su caso, podría haber fijado el precio de forma que quedara neutralizado este mayor riesgo. Puede ser directo si la contingencia de daño es el core de la manifestación y garantía que se incumple.

- *Costes financieros*

Son los que asume el acreedor que acude al crédito para procurarse medios de cumplimiento propios que devienen eventualmente inútiles en un incumplimiento resolutorio de la otra parte.

- *Costes de oportunidad*

A veces se lee en las fórmulas contractuales que el coste de oportunidad es lo mismo que el daño por pérdida de beneficios o que aquél redundará en éste. Pero el coste de oportunidad es radicalmente lo contrario: es lo que el acreedor se habría ahorrado, o ganado de más, de haber evitado entrar en este contrato optando por un empleo alternativo de sus fondos. Estos daños indirectos sólo se pueden obtener, en su caso, si el acreedor reacciona mediante una resolución contractual.

- *Daño desproporcionado*

Normalmente provendrán de idiosincrasias de la estructura empresarial del comprador. Son daños indirectos, salvo que aquellas especificidades se hubieran trasladado claramente al vendedor en un momento en que éste hubiera podido reaccionar al mayor riesgo reajustando el precio.

- *Daños reputacionales*

Son indirectos, salvo en los contratos en los que el prestigio o el nombre o la imagen o la marca sea el activo sobre el que se negocia.

- *Daños en los que el acreedor ha desatendido el deber de mitigar*

Normalmente ocurre en materia de lucro cesante, pero también en costes incidentales derivados del incumplimiento de contratos por terceros.

4. En particular, el lucro cesante

4.1. Puede ser daño directo

El lucro cesante del acreedor puede ser un daño resultante directamente del incumplimiento. Por esta razón, si el acreedor no puede impedir que el deudor introduzca una renuncia a la indemnización por la pérdida de beneficios, aquél debería *insistir en que esta renuncia se excluya explícitamente para los daños en los que el lucro cesante constituye una partida del daño directo*.

4.2. Casos

Un lucro cesante es daño directo al menos en las siguientes hipótesis: Primera, cuando la prestación debida consiste precisamente en procurar al acreedor este beneficio (v. *gr.*, un contrato de cuentas en participación, un contrato de distribución con un canon facturable en función de beneficios del deudor, etcétera). Segunda, un contrato que tiene como contenido propio una prestación que sólo tiene sentido para el acreedor si se trata de una prestación hábil para procurar ganancias (v. *gr.*, el deudor se obliga a construir un inmueble para oficinas y luego a alquilarlo enteramente). Tercera, si el contrato tiene por objeto la entrega de una cosa *frugífera*, que produce rendimientos, como frutos naturales o civiles; éste es el caso ordinario de una compraventa de empresas.

4.3. Lucros de otros negocios

Ya sean negocios derivados del primero o colaterales. Éstos serán ordinariamente daños consecuenciales o indirectos. Pueden hacerse directos si el comprador ha tenido una posibilidad real de comunicar su existencia al vendedor antes de la firma del contrato y el vendedor tuvo entonces una oportunidad real (aprovechada o no) de reflejar en el precio este riesgo adventicio.