

REFLEXIONES SOBRE SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE “DEALBREAKERS” EN OPERACIONES DE M&A¹

Luis Borrero Zorita

Legal Director del Departamento de Corporate
DLA Piper Spain

Resumen

En el presente artículo se analizan algunas contingencias concretas que pueden dificultar sustancialmente o pueden dar lugar a la ruptura de negociaciones en operaciones de fusiones y adquisiciones (Mergers and Acquisitions o M&A). Tales contingencias son de variada naturaleza y afectan a diversas áreas del derecho patrio, y son contingencias contractuales, administrativas y laborales concretas.

Junto con la explicación de cada contingencia o asunto, se contextualiza y explica dentro de algunos sectores concretos (generalmente, aquéllos en que la contingencia en cuestión cobra especial relevancia) y se hacen algunas reflexiones, proponiéndose, si procede, diversas soluciones.

Abstract

In this article, certain concrete contingencies are analysed which may substantially hinder or give rise to negotiations aborting merger and acquisition (M&A) transactions. Said contingencies are of a varied nature and affect various areas of Spanish law and are concrete contractual, public law and employment contingencies.

Along with the explanation of each contingency or issue, the same is contextualized within certain concrete sectors (generally speaking, those in which the contingency is materially relevant) and certain considerations are given, proposing, if appropriate, various solutions.

I.- Introducción y contexto

Si bien cada operación de *M&A* es singular en sí misma por su objeto, tamaño y sector (entre otros factores), lo cierto es que la praxis jurídica ha creado un procedimiento más o menos estándar para este tipo de operaciones. En este sentido, sea cual sea la estructura de la operación (compraventa de acciones o compraventa de activos por citar los más comunes), existen una serie de hitos procedimentales a los que la mayoría de operaciones de *M&A* se sujetan.

Así, habrá una primera fase de aproximación (*initial approach*), que podrá variar en función de la sofisticación de la operación concreta (desde discutir los aspectos principales de la operación en un café por los principales del comprador y vendedor, hasta un proceso formal de búsqueda de comprador por una banca de inversión o similar).

Dicha fase desembocará (según el caso) en la entrega de *teasers*, cuadernos de venta (*information memorandums*) y en la firma de los correspondientes contratos de confidencialidad y carta de intenciones, donde se definirá la futura operación con más o menos precisión y se "*centrará el tiro*", empleando terminología propia de la particular jerga profesional, que poco a poco adquiere categoría de norma.

Posteriormente, se iniciará la fase de auditoría (*Due Diligence*) con su vertiente legal, laboral, fiscal, financiera, comercial y en su caso, medioambiental y técnica. De igual modo, esta fase podrá ser más o menos elaborada en función de diversos factores (procedimiento de subasta con varios vendedores o no, tamaño de la operación, sector de en el que opera la compañía a ser adqui-

rida o tipo de operación entre otros).

Finalmente o en paralelo a la fase de auditoría (*Due Diligence*) se trabajarán y negociarán los documentos de la operación para, una vez acordados y finalizada la auditoría legal, se proceda a la firma, cierre y consumación de la operación.

Sentadas estas bases, este artículo se centra en examinar determinadas contingencias legales y su repercusión en un operación de *M&A*, una vez que las mismas han sido identificadas en el proceso de *Due Diligence* y por consiguiente, las partes (comprador y vendedor) han dedicado tiempo, esfuerzos y recursos a la operación, teniendo a veces que tomar una decisión rápida al respecto.

II.- Dealbreakers

1. Contratos comerciales con cláusulas de cambio de control

a) Descripción de la problemática

La problemática se circunscribe a los casos muy conocidos para los juristas especializados en *M&A* en virtud de los cuales algún contrato, del cual la sociedad que se va a adquirir es parte (el caso típico se da en la compraventa de acciones), prevé determinadas consecuencias para el caso de que se produzca un cambio de control en su accionariado.

Con carácter previo, se debe tener en cuenta que las cláusulas de cambio pueden operar bien a nivel directo (es decir, un cambio de control en el socio único o mayoritario que controla la sociedad, que es parte del contrato y que se adquiere

1 Agradecimientos: (i) a mis padres, Mariano y María Jesús, a mi mujer, Natalia y a mis hijos Mariano, Luis, Juan y Sofía; (ii) a Santiago Hierro Anibarro, por darme la oportunidad de escribir este artículo; y (iii) a Joaquín Echánove Orbea, por iniciarme en el mundo académico; (iv) a Jose Ignacio Monedero Montero de Espinosa y Jorge López Noche, por hacer el derecho público inteligible; y (v) a Raúl Torres y a Patricia Páez, por su inconmensurable paciencia conmigo durante todos estos años explicándome temas laborales.

en virtud de la operación de *M&A*) o bien a nivel indirecto (cuando la cláusula no sólo opera al producirse un cambio de control en el socio único o mayoritario, sino alternativamente, que se pueda dar el cambio de control en cualquier entidad del entramado societario, de manera que el titular real que controla el grupo de sociedades cambia).

En muchos casos y contratos, la cláusula de cambio de control no conllevará mayores consecuencias. El supuesto típico es el de un contrato con un proveedor que es fácilmente reemplazable (por ejemplo, un proveedor de pan o de servicios de limpieza) o las cláusulas de cambio de control que de ordinario suelen establecerse en los contratos de financiación, en los casos en que la financiación y el paquete de garantías de la sociedad o negocio que se adquiere va a ser refinanciado íntegramente (de manera que al cierre se repaga la financiación anterior, que queda reemplazada por la nueva).

Pero lo cierto es que en muchas ocasiones, este tipo de cláusulas tiene simplemente por objeto verificar la solvencia y liquidez del nuevo grupo o entidad controladora por una de las partes del contrato, por lo que verificado esto, la contraparte no suele poner problemas a la continuación del contrato en los mismos términos, sabiendo que el nuevo grupo respalda económicamente a la sociedad (que es parte del contrato).

Sin embargo, en otros casos sí que tendrá una singular importancia, como ocurre en los contratos con proveedores o clientes clave para el negocio. A este efecto, podemos citar como ejemplos: (i) contratos de suministros con clientes que suponen un alto porcentaje de los ingresos del negocio en cuestión en el sector alimentario; y (ii) contratos de suministro de maquinaria hospitalaria compleja (máquinas de rayos X) y mantenimiento de dichas máquinas.

En estos casos, el estudio y revisión de estos contratos desde una perspectiva económica y co-

mercial cobra singular relevancia en el proceso de *Due Diligence* y obliga a que la auditoría legal y financiera vayan de la mano.

El problema se puede agravar si la sociedad matriz del grupo ha dado determinadas garantías a la contraparte, por ejemplo, como ocurre con los avales bancarios que de ordinario se dan en las grandes obras de construcción (por ejemplo, en contratos de construcción *llave en mano*). En tales casos, la contraparte no querrá consentir al cambio de control y otorgar el waiver correspondiente hasta que se reemplacen las garantías correspondientes y las nuevas tengan la misma fuerza económica que las antiguas.

En tales casos, la operación de *M&A* y singularmente, el contrato de compraventa, deberá prever los mecanismos de sustitución o bien sustituir las garantías correspondientes con anterioridad o simultáneamente al cierre de la operación.

Otro de los grandes riesgos que se corre con las cláusulas de cambio de control, es que la contraparte en cuestión quiera aprovechar para maximizar su beneficio y dado que el consentimiento de la contraparte es necesario para la operación o que, al menos, puede causar serios problemas a la misma, la contraparte correspondiente quiera renegociar los términos de un contrato u obtener algún tipo de beneficio económico como contrapartida (actuando aquí quizás con cierto grado de mala fe).

Por último, se debe mencionar que en el campo de la contratación administrativa hay determinados supuestos en que un cambio de control se equipara a una cesión (como sucede por ejemplo, en la ley de puertos), por lo que se deberán cumplir los requisitos correspondientes en materia de Derecho administrativo (notificación a o consentimiento de la Administración), sin perjuicio de las disposiciones en los pliegos administrativos o contratos públicos.

b) Consecuencias

Las consecuencias de una cláusula de cambio de control pueden ser de lo más variadas, desde el derecho de la contraparte a resolver el contrato en cuestión (quizá lo más frecuente), hasta otras consecuencias de las más diversa índole (penalizaciones o cambio de las condiciones contractuales, por citar algunos de los más frecuentes).

La consecuencia más común es el derecho de una de las partes a resolver el contrato en cuestión, pero, tal y como ya se ha apuntado supra, no tiene porqué ser esa necesariamente, pudiendo ser otras, por ejemplo, la obligación de la sociedad de tener que adquirir un volumen mínimo de productos en un contrato de suministros, la obligación de aceptar unas condiciones o tarifas de precio distintas de las inicialmente pactadas, y similares.

En suma, las consecuencias finales de darse el cambio de control y materializarse la consecuencia (resolución del contrato), será, en conclusión, la del perjuicio o disminución patrimonial para la sociedad (la cual, como ya se ha reseñado, puede ser muy gravosa en contratos de importancia para el negocio).

c) Posibles soluciones

Frente a este tipo de situaciones, caben diversos tipos de soluciones, la más natural de ellas será la de obtener la renuncia o *waiver* de la contraparte en cuestión, de manera que se acepte el cambio de control, lo que ocurre en la mayor parte de las veces.

En aquellas ocasiones en que la contraparte contractual juegue con el elemento temporal con la meta de obtener algún tipo de beneficio (económico o condiciones más ventajosas), una posible solución podría ser celebrar un contrato de compraventa sometido a condición suspensiva,

dándose las partes del mismo un plazo razonable con una fecha límite para el cumplimiento de la condición, que sería la obtención de la renuncia a aplicar la cláusula de cambio de control.

Otra posible solución podría ser descontar del precio el impacto económico del contrato (ingresos netos proyectados u otra fórmula similar), si bien como se ha apuntado esto será posible en algunos casos y dependiendo de las circunstancias, habida cuenta de que si nos hallamos ante un contrato clave para un negocio, el comprador no verá con buenos ojos la adquisición del mismo sin una fuente importante de ingresos o sin un elemento clave del negocio a adquirir. Además, se debe tener en cuenta que las proyecciones económicas de un contrato suelen ser objeto de discusión y como toda proyección, nunca resultará exacta en su totalidad.

2. Laboralidad encubierta a gran escala.

a) Descripción de la problemática

Es este un supuesto clásico de *dealbreaker* o de contingencia, que puede impactar sustancialmente en el precio siempre que efectivamente sea a gran escala, dado que un solo empleado o un número reducido de empleados rara vez tendrá impacto material en el conjunto de la operación. La formulación de este problema es relativamente sencilla y se puede resumir como sigue: Una empresa que realiza una determinada actividad tiene un número sustancial de profesionales que prestan servicios para la misma en régimen de autónomos, cuando de hecho son (o mejor dicho, deberían ser conforme a la legislación) trabajadores sujetos a una relación laboral. Es decir, es el problema de los *falsos autónomos* y de las relaciones laborales encubiertas.

Existen numerosos ejemplos de este fenómeno, tanto en España como en el extranjero,

algunos de los cuales han tenido repercusión en prensa, de los cuales pasamos a hacer un análisis más detallado.

Un primer supuesto son los profesionales médicos que prestan servicios en hospitales u otros centros de salud como autónomos. Este tema cobra especial relevancia en operaciones de gran envergadura en el sector hospitalario y sanitario en el que el negocio que se adquiere puede estar conformado por un grupo de sociedades con presencia nacional e internacional, con una política y unidad de dirección común, de manera que si esta práctica se da en una sociedad o centro sanitario del grupo, será muy probable que dicha contingencia sea recurrente en todas las sociedades o centros del grupo.

Así, si se trata de un grupo que presta servicios sanitarios a nivel nacional o internacional, la contingencia (de existir) irá aumentando por cada centro, acumulándose hasta revestir carácter sustancial y convertirse en un supuesto de *dealbreaker*.

Obviamente, reconocemos que hay circunstancias que pueden dificultar la determinación de cuando nos hallamos ante autónomos que prestan servicios y cuando existe una relación laboral propiamente dicha. Piénsese por ejemplo, en el caso de los profesionales médicos, como indicio, los casos en que el propio médico factura el mismo al hospital por sus servicios por sí mismo o mediante una sociedad interpuesta.

En cualquier caso, habrá que analizar cada caso concreto y sus circunstancias, si bien la existencia de las notas que definen una relación laboral - *ajeneidad, dependencia y salariado* - serán las que a la postre determinen si nos hallamos ante falsos autónomos o no.

Otro caso que se puede citar, es el del sector de repartidores, es decir, nos estamos refiriendo a empresas que prestan servicios de reparto (reparto de bienes, periódicos, productos alimenta-

rios a domicilio etc). En estos casos, los propios repartidores estarían dados de alta como autónomos si bien la relación jurídica real que trasluce es laboral.

A título ejemplificativo, recordamos que se condenó a la empresa Deliveroo a abonar una cantidad importante.

En esta ocasión, cabe puntualizar que los repartidores (o “riders”) de empresas como Deliveroo no necesariamente son falsos autónomos, dado que también ha habido pronunciamientos judiciales similares en empresas del mismo sector y negocio, que han dictaminado lo contrario. Por ejemplo, un juzgado de primera instancia de Madrid recientemente dictaminó que los repartidores de Glovo no debían ser considerados falso autónomos, si bien en este caso, la jurisdicción laboral no intervino.

Otros ejemplos con cierta repercusión mediática incluyen los conductores de la empresa Uber Eats, y por supuesto, el caso de los abogados que prestaban sus servicios como autónomos en determinados bufetes, cuestión ésta que ha quedado superada en gran medida por el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

b) Consecuencias

Las principales consecuencias de la contingencia que nos ocupa pueden ser de muy diversa índole y singularmente: (i) multa de hasta 6.250 € por cada falso autónomo; (ii) el pago de las cuotas impagadas de la Seguridad Social con un recargo del 20 por 100; (iii) multa hasta un máximo del 150 por 100 del importe de las cuotas impagadas de la Seguridad Social; (iv) consideración de los falsos autónomos como trabajadores indefinidos (con la antigüedad desde que prestaron servicios

a la empresa); y (v) prohibición de contratar con la administración pública (tras el correspondiente proceso) durante un plazo máximo de cinco años.

Este último caso (prohibición de contratar con la administración) puede tener una importancia capital en el caso de que la sociedad o empresa tenga por cliente a alguna Administración Pública, tal y como ocurre en el caso de empresas que prestan servicios sanitarios a Administraciones Públicas, por ejemplo, hospitales públicos en régimen de gestión privada o similar mediante régimen de concesión administrativa.

c) Posibles soluciones

En este caso, a la hora de abordar esta contingencia y plantear una solución, habrá que sobreponerse a la dificultad que plantea cuantificar exactamente la contingencia. Generalmente, en el mejor de los casos, sólo será posible una cuantificación aproximada, habiendo temas que dificulten la cuantificación, entre los que cabe mencionar, la fecha desde que el falso autónomo empezó a prestar los servicios de manera estable y comenzó a estar bajo el poder de dirección de la empresa u otros en otras jurisdicciones (en el caso de multinacionales).

Tampoco sería inusual que algunos o una parte significativa de los falsos autónomos estén en proceso de inspección laboral o que, incluso, haya un juicio pendiente de resolución con las autoridades laborales para el cual se haya provisionado una determinada cantidad en las cuentas de la sociedad correspondiente (lo cual ayudará a la cuantificación de la contingencia), quedando una contingencia parcial latente y no materializada aún respecto del resto de falsos autónomos.

En cualquier caso, lo normal, es tener una idea aproximada del importe de la contingencia al final del ejercicio de *Due Diligence*, tras el cual se pueden plantear soluciones.

La primera solución, la más natural y sencilla, es la de contratar a los autónomos como empleados con la relación laboral que les corresponda y pagar las cotizaciones atrasadas de la Seguridad Social (y en su caso las sanciones correspondientes), lo cual puede mitigar bastante el problema, pero puede no eliminarlo por completo. Sin embargo, esta solución en múltiples ocasiones supondrá un coste inasumible o será poco atractiva comercialmente.

Las mismas consideraciones anteriores se pueden plantear para las soluciones clásicas de M&A (retención de precio, escrow o deducción del precio) con el agravante de que si nos hallamos ante un proceso de subasta con varios compradores, se otorga una ventaja competitiva a aquéllos que estén dispuestos a asumir el riesgo de esta contingencia.

Al final, el tratamiento que se dé a esta contingencia dependerá de las circunstancias del caso concreto, pero sobre todo de la probabilidad de que se materialice la misma y del grado de implicación de los falsos autónomos en la generación de ingresos del negocio (no es lo mismo un hospital sin médicos - reemplazar a esos médicos -, que una empresa de reparto de comida que puede reemplazar a los repartidores o subcontratar a otros con mayor facilidad).

3. Falta de licencia administrativa

a) Descripción de la problemática

Al igual que en el supuesto de los falsos autónomos, la problemática aquí es fácil de describir y consiste simplemente en que una empresa, negocio o sociedad no tiene una licencia administrativa que cubra totalmente el ejercicio de su actividad de manera que la empresa está realizando una actividad (total o parcialmente) de manera clandestina o irregular.

Asimismo, esta es una contingencia que se puede dar a escalas muy diferentes. Desde la falta de licencia municipal de actividad de una pequeña cafetería (o la tenencia de la misma de manera irregular) hasta la falta (total o parcial) de licencias administrativas en sectores altamente regulados, como la producción de energía eléctrica.

Insistimos de nuevo en que la casuística puede ser enorme y dependerá del sector concreto. Algunos de los ejemplos que nos hemos encontrado a lo largo de nuestra experiencia son la ya citada falta de licencia municipal de actividad (particularmente importante en las grandes operaciones del M&A Industrial con grandes fábricas o instalaciones de por medio), la falta de o la tenencia irregular de licencias para: (i) utilizar aparatos de rayos X en el sector hospitalario; (ii) manipular o procesar alimentos en el sector alimentario; y (iii) la compraventa de maquinaria y armamento bélico.

Este tipo de situaciones no es tan rara como podría parecer y a veces se puede dar, entre otras razones, porque una licencia ha caducado o ha habido un cambio o ampliación del objeto social, de manera que la licencia correspondiente no cubre toda la actividad del negocio.

Merece la pena destacar el caso de la falta o tenencia irregular de licencias medioambientales. Posiblemente, este es uno de los supuestos más comunes y que en más aprietos puede poner una operación de M&A, sobre todo, en combinación con otras contingencias. De hecho, la práctica conoce de una operación de M&A, cuyo cierre se tuvo que retrasar varios años, debido a la negativa de las autoridades a conceder una licencia medioambiental (habiéndose cumplido la mayor parte de los requisitos y trámites) y a la necesidad de limpiar varios predios ajenos debido a la contaminación sufrida por la actividad de la sociedad solicitante de la licencia. En este caso en concreto, la operación sí se cerró finalmente debido a las

expectativas económicas del comprador y a los atractivos retornos que el negocio estuvo generando durante los años en que la licencia estuvo pendiente de su concesión.

También merece la pena detenerse brevemente en los casos en que existe una licencia administrativa para la actividad en cuestión pero la misma es de alguna manera incompleta. Con relación a esta problemática, cabe detenerse en dos casos.

Un primer ejemplo serían las licencias educativas en los centros docentes. Al adquirir un colegio privado como negocio, no es infrecuente que la licencia educativa del centro en cuestión haya quedado de algún modo desfasada. Piénsese en un colegio que inició sus actividades hace medio siglo y que, dado su éxito, ha expandido sus instalaciones e imparte enseñanza a más alumnos que los permitidos por la licencia educativa en cuestión, dejando a un número de alumnos sin la cobertura de la licencia original o una serie de instalaciones sin estar debidamente autorizadas.

Otro supuesto sería el de las licencias eólicas o de paneles fotovoltaicos, en los casos en que hay más molinos o paneles fotovoltaicos que los permitidos bajo la licencia correspondiente, dando lugar a situaciones de "legalidad parcial".

A su vez, podríamos citar los casos en que la licencia municipal de actividad ampara la actividad del negocio de una manera parcial o sin que cumpla algún requisito. Caso típico es el de una empresa industrial, cuya licencia de actividad le permite comercializar sus productos pero sólo fabricar algunos de ellos (no todos los que fabrica). Este supuesto no es tan inusual como podría parecer a primera vista y en muchos casos es la consecuencia natural de un negocio que se expande y que realiza y engloba más actividades que las inicialmente previstas (por ejemplo, servicios o productos inicialmente complementarios pero que con el paso del tiempo devienen esenciales y generan más ingresos que el "core business").

Por último, no podemos dejar de mencionar que no es infrecuente que el problema de la tenencia irregular de licencia (o licencia incumpliendo algún requisito) se complique sobremanera si: (i) hay que transmitir la licencia (por ejemplo, si la operación está estructurada como una compraventa de activos); o (ii) si la licencia requiere el consentimiento de la Administración (por ejemplo, un cambio de control que conforme a la normativa administrativa se equipare a un supuesto de cesión de licencia). En estos casos, además de tener que resolver el problema de la licencia irregular, habrá que obtener (según el caso) el consentimiento del órgano administrativo competente (previa la subsanación correspondiente).

b) Consecuencias

En el caso que nos ocupa, las consecuencias en el ámbito estrictamente administrativo pueden ser, de manera resumida, las siguientes: (i) multa o sanción pecuniaria; (ii) cierre del establecimiento; y (iii) otras, entre ellas, la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, con la problemática que apuntábamos más arriba para empresas cuyas fuentes de ingresos vienen principalmente de la Administración Pública.

Lógicamente, la sanción o consecuencia concreta dependerá de varios factores, sobre todo del sector y tipo de licencia, permiso, autorización o registro en cuestión, la gravedad de la infracción y de la legislación de la comunidad autónoma en cuestión.

En este sentido, se debe advertir que el hecho autonómico tiene una singular importancia. Las comunidades autónomas en su conjunto han elaborado una copiosa legislación en materia de licencias, dando lugar a un fenómeno de hiperregulación, que no ayuda a la tarea del jurista patrio y que puede dar lugar a normativa confusa y en el peor de los casos, resultar contradictoria con las

leyes básicas de coordinación.

Nótese también que de cara a la operación de M&A, también puede haber otras consecuencias indirectas y singularmente, la dificultad en las negociaciones y destrucción del clima de confianza preexistente entre las partes, pudiendo en el peor de los casos, llegar a la ruptura de negociaciones.

Así, se debe de poner de manifiesto que explicar a algunos clientes (singularmente, inversores extranjeros), que la falta de una licencia no necesariamente conlleva la muerte de la operación, puede ser notoriamente difícil.

Dicho esto, la falta de una licencia administrativa o la tenencia irregular de la misma no deja de ser un hecho importante, que normalmente no ayudará a la operación, pero que, siempre que no haga abortar la operación y que se maneje con cierta habilidad, puede ser utilizado favorablemente a favor del comprador en la negociación de una operación de M&A.

c) Posibles soluciones

Llegados a este punto, de inicio se debe advertir que hay muy poco espacio para maniobrar (*wiggle room*, en la terminología propia de estas operaciones) y no hay soluciones mágicas si el caso es serio, es decir, si se adolece de una licencia administrativa clave para el negocio y hay un riesgo real del cierre del negocio o bien un perjuicio material para el negocio en cuestión o incluso un interés público que proteger (supongamos un caso de intoxicación a la población en general, como el afamado caso de la colza hace ya bastantes años). En estos casos, un abogado razonable recomendaría a su cliente que desista de la operación.

Dicho esto, dependiendo del contexto y del tipo de licencia administrativa que falte, se pueden intentar diversas soluciones, alguna de las cuales conviene revisar más detenidamente.

La primera de esas soluciones pasa por firmar un contrato de compraventa condicionado a la obtención de la licencia. Esta alternativa, que en síntesis consiste en establecer una condición suspensiva, podría funcionar siempre que el plazo entre la firma y el cierre de la operación no sea muy largo. Se debe tener en cuenta, además, que es práctica común establecer una fecha tope tras la cual si no se ha cumplido la condición suspensiva (obtener la licencia), el contrato de compraventa se resuelve.

En este sentido, un plazo de tres a seis meses podría ser aceptable en el contexto de una operación de M&A y, además, se podría jugar con el silencio, que de ser positivo, podría ayudar a resolver esta cuestión. Recordamos a este respecto que conforme a la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (la "LPAC"), la regla general es que: (i) el plazo para resolver los procedimientos administrativos, si no se fija un plazo máximo es de tres meses, siendo el plazo máximo para resolver seis meses, salvo que una norma con rango legal determine lo contrario; y (ii) el silencio administrativo es positivo en las solicitudes a instancia del interesado, salvo que una norma con rango legal determine otra cosa.

La segunda solución se traduce en consumir la operación, habiendo solicitado previamente la licencia. Este supuesto sólo será factible en los casos en que la concesión de la licencia en cuestión sea un acto reglado y el solicitante de la licencia cumpla escrupulosamente con todos los requisitos para su concesión, de manera que la Administración no pueda denegar la licencia sin incurrir en ilegalidad.

Este caso, según los supuestos, el contexto y las circunstancias, podría ser posible. No obstante, desde la óptica del comprador no elimina totalmente el riesgo dado que aunque se haya solicitado la licencia y se cumplan todos los requi-

sitos por el solicitante: (i) se seguirá operando sin la licencia en cuestión (al menos hasta su otorgamiento), por lo que hay una exposición a sanciones durante este periodo interino; y (ii) siempre existirá un riesgo (por mínimo que sea), de que la administración actúe con inusual severidad y deniegue la concesión, lo cual retrasará los tiempos y será una fuente de problemas.

En último lugar, cabe asumir el riesgo de la falta de licencia. Es el caso en que se evalúan las ventajas e inconvenientes y el comprador decide asumir el riesgo. Aquí entran en juego múltiples factores, como, por ejemplo, el interés de la administración en que la actividad continúe en la única fábrica de un pequeño que da trabajo a la mayoría de sus habitantes y supuestos similares.

Obviamente, un comprador pedirá para estos casos, diversas garantías como pueden ser retenciones de precio, depósitos, avales u otros.

4. Contratos administrativos de suministro vencidos que continúan ejecutándose de facto

a) Descripción de la problemática

Este supuesto es quizá un tanto más específico y atípico que los anteriores. Se trata de casos en que un negocio tiene una serie de contratos con una o varias administraciones públicas, los cuales han vencido (tanto su término inicial como las prórrogas, de haberlas) y las partes contratantes (es decir, tanto la Administración como el contratista) continúan ejecutando de hecho sus respectivas prestaciones, es decir, el contratista presta sus servicios a la Administración, quien continúa satisfaciendo un precio por ello.

Cierto es aquí que nos hallamos ante una situación que se podría calificar hasta cierto punto de "limbo jurídico". El contrato administrativo, que tenía su documentación en regla (adjudicación, pliegos y demás) ha vencido finalmente (bien su

plazo inicial sin que la administración decida prorrogarlo en los casos en que se permite o bien sus prórrogas) y las partes continúan realizando sus respectivas prestaciones.

Decimos que es una situación de "*limbo jurídico*" dado que el artículo 29.2 párrafo 3º de la Ley de contratos del sector público prevé que "*en ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes*". Así, pues, el cumplimiento del contrato en esta situación es claramente irregular, dado que la normativa *ius-publicista* no permite la prórroga tácita de los contratos administrativos, teniendo la administración la obligación de convocar el concurso público correspondiente en los casos así previstos por la ley.

Esta situación irregular reviste singular importancia en los casos en que la mayor parte o una cantidad sustancial de los ingresos de un negocio se basan en los contratos vencidos pero que continúan cumpliéndose y el comprador ve cómo se esfuman las expectativas de un negocio que deseaba adquirir en vista del historial financiero y contable del mismo, una vez que esta contingencia se ha identificado en el proceso de *Due Diligence*.

Pudiera parecer que estas situaciones son raras en la práctica, pero la experiencia demuestra que, si bien no son comunes, tampoco son tan infrecuentes como se podría pensar. Así, a modo de ejemplo, la administración competente puede seguir pidiendo que se le suministren productos hospitalarios, vencido ya el contrato público correspondiente, hasta que se convoque el concurso público que proceda, convocatoria y concurso que puede retrasarse por muy diversas razones.

b) *Consecuencias*

Esta situación ciertamente puede generar varias consecuencias. La primera y la más natural, es que cualquiera de las partes podría declarar terminada la relación existente. Singularmente, la

Administración podría hacerlo no sólo en base a las normas de derecho civil patrias, las cuales sería supletorias, sino también por las prerrogativas que la Administración Pública posee conforme al Derecho público.

Otra posible consecuencia que ello podría originar sería, en su caso, la responsabilidad para el contratante o la Administración por ejecutar un contrato de forma ilegal.

Sin embargo, desde el punto de vista de una operación de *M&A*, la principal consecuencia que acarreará será la pérdida de interés de la operación para el comprador que se podrá traducir (según los casos) en un variado elenco de posibilidades gravosas desde la ruptura de las negociaciones a la reducción del precio, pasando por la modificación de las condiciones contractuales pactadas.

c) *Posibles soluciones*

En los casos más extremos y agudos, este supuesto puede llevar irrevocablemente a que la operación aborte. Un comprador se va a sentir inseguro si la principal fuente de generación de ingresos del negocio o sociedad que está comprando está sujeto al capricho de la otra parte contratante, por mucho que se trate de la Administración, la cual puede actuar de mala fe y por ejemplo, modificar los términos de un contrato (o mejor dicho de una relación contractual de hecho) unilateralmente, aprovechando que técnicamente no existe un contrato administrativo en regla, sino una relación jurídica fáctica.

Asimismo, es posible que el negocio no resulte tan atractivo a un comprador ante la perspectiva de tener una parte cuantiosa del negocio *target* en riesgo.

Una primera solución, es proceder a la firma de un contrato sujeto al cumplimiento de una condición suspensiva (la cual debe cumplirse en

un plazo límite), consistente en la adjudicación de uno o varios nuevos contratos por la Administración (los que tengan más peso económico en las cifras de la sociedad). Esta solución, si bien es posible, en la práctica puede resultar difícil de implementar debido entre otras cosas a la tardanza de la Administración en convocar, constituir y resolver concursos públicos.

Otra posible solución, en los casos en que la situación no es tan gravosa, sería la de reducir el

precio o intentar establecer un mecanismo (depósito o retención) mediante el cual sólo se liberarán fondos a favor del vendedor en proporción a los contratos que se adjudican al comprador una vez que se convoque el concurso público correspondiente a los contratos vencidos, estableciendo un límite temporal máximo, tras el cual revierten los fondos pendientes al comprador. Esta solución quizás sea más infrecuente en la práctica.