W&II, la nueva tendencia de cubrir riesgos en M&A

Boletín N°:

Nov 12, 2024 COLOMBIA

Bastante se ha discutido sobre el rol de las declaraciones y garantías (“D&G”), su función en contratos de compraventa de acciones/activos, y la responsabilidad que se desprende de su inexactitud o falsedad. Fundamentalmente, las D&G son herramientas en transacciones de M&A utilizadas para administrar y asignar riesgos. Es así como aquel parte que formula una declaración asume el riesgo de que los hechos o el estado declarado respecto de una compañía o de la parte en sí misma, no sean ciertos.

Por regla general, la falsedad o inexactitud de estas pueden acarrear un incumplimiento del contrato y una pérdida para el comprador. El mecanismo comúnmente adoptado para garantizar que el comprador sea resarcido por las pérdidas ocasionadas implica la retención de una parte del precio, ya sea por el comprador (holdback) o por un tercero (escrow). La primera implica la retención de una porción del precio por el comprador durante un tiempo determinado. La segunda, la constitución de una cuenta en garantía en donde es depositado por el comprador una parte del precio, la cual es retenida por un agente durante un periodo de tiempo, cuyo desembolso supone la ocurrencia de ciertos eventos y el envío de una instrucción.

Sin embargo, se ha incrementado el uso de seguros de garantías e indemnización (warranty and indemnity insurance o W&II) como mecanismo de cobertura para las partes. Este mecanismo se ofrece principalmente bajo tres tipos de producto:

1. El seguro de garantía e indemnización: busca proteger a las partes de una pérdida que surja del incumplimiento o falsedad en las D&G. De esta forma, el riesgo se traslada de la parte incumplida a un tercero especializado, o asegurador;
2. El seguro que cubre el riesgo tributario/fiscal: busca reducir o eliminar la exposición de un riesgo fiscal como resultado de una impugnación o auditoria por parte de autoridades tributarias, respecto del tratamiento fiscal aplicado a una transacción. Este seguro busca transferir el riesgo fiscal por parte del contribuyente a la aseguradora; y
3. El seguro de litigios y riesgos contingentes: busca cubrir e indemnizar: (i) las pérdidas ocasionadas por daños y perjuicios a los que se enfrenta la defensa de una compañía por un pleito activo o posible litigio (adverse judgment insurance), o (ii) un resultado favorable en una primera instancia cuando una apelación resulte adversa para la parte inicialmente vencedora en un proceso (judgment preservation insurance).

Es así como las empresas aseguradoras (o underwriters) han buscado profundizar en el mercado de M&A ofreciendo un servicio que se ajuste a las necesidades y preferencias de las partes. Aunque en Colombia se ha adoptado este mecanismo en tan solo un 8% de las transacciones, en Europa la tendencia ha incrementado a un 16%, cifra analizada gracias a los estudios anuales preparados por la red global de CMS (CMS European M&A Study 2024).

Por un lado, será determinante la proactividad de las empresas de seguros de hacerse conocer y familiarizar a las partes en estas transacciones de las ventajas que pueden ofrecer para distribuir riesgos. Por el otro, esta alternativa se presenta como una oportunidad para que las partes y sus asesores: incentiven la divulgación de información transparente y suficiente; estructuren contratos más atractivos en transacciones competidas; cierren transacciones que en principio pueden verse obstaculizadas por deal breakers y protejan relaciones comerciales e incluso personales, post-cierre.

Source

Source: Asuntos Legales

Link:
https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-camilo-uribe-3994399/lento-pero-seguro-w-ii-la-nueva-tendencia-de-cubrir-riesgos-en-m-a-3994393