

2. MERCANTIL

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS EN LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008 (número de recurso 2098/2003 y número de resolución 1059/2008) resuelve un supuesto de incumplimiento por los vendedores de las declaraciones y garantías de un contrato de compraventa de acciones, bajo la óptica del enfrentamiento de dos soluciones opuestas para dar respuesta a la falta de conformidad del comprador, a saber, la acción de saneamiento de vicios ocultos y el *aliud pro alio*.

La estipulación tercera del contrato de compraventa analizado y que originó la litis a que dio lugar la referida casación, tenía el siguiente tenor literal:

«Don Carlos María en su propio nombre y Pablo Atienza en representación de GESOP, S. A. responden solidariamente de la veracidad de las partidas del balance al 30 de junio de 1990. Que las cuentas del activo y pasivo del balance son fiel reflejo de la realidad de la empresa, de tal manera que los errores materiales de las cuentas no tienen carácter representativo. Además se hacen cargo solidariamente de las contingencias fiscales que puedan surgir para ENA hasta el 31 de diciembre de 1989. A tal efecto, los garantes deberán ser puntualmente informados de tales contingencias y tendrán derecho a estar presentes o representados en las actuaciones de la inspección de Hacienda. A tal efecto se une a esta matriz una copia del balance a 30 de junio de 1990, debidamente firmado por los comparecientes, extendido en tres folios de papel común escritos por una sola cara».

Ante las graves inexactitudes que contenía el balance de situación incorporado en la escritura de compraventa, el comprador interpuso demanda contra los accionistas de la sociedad vendida ejercitando una acción por daños por habersele entregado una cosa distinta a la pactada y existir, en consecuencia, un incumplimiento flagrante de los pactos del contrato de compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda alegando que el Banco, comprador del 85 por 100 del capital social, no podía alegar desconocimiento económico de la sociedad porque era banquero de la sociedad y guardaba estrecha relación con uno de sus administradores que detentaba el otro 15 por 100 de la sociedad adquirida a través de una sociedad patrimonial propia. Aparte de lo anterior, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 42 de Madrid, de 30 de abril de 1999, afirmó que aunque las acciones entregadas tuvieran los defectos alegados por la demandante: *«nos encontraríamos con que el objeto de la compraventa estaría mermado por vicios ocultos, pero nunca sería un objeto distinto de lo realmente adquirido»*, de modo que *«el hecho de que las acciones vendidas no generaran el beneficio previsto por los*

compradores, no puede nunca considerarse incumplimiento del contrato por entrega de cosa diversa». Al considerarse que sólo podría accionarse por vicios ocultos el plazo habría caducado.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12 bis), de 29 de enero de 2003, argumentó lo siguiente:

a) Es cierto que se compró un paquete de acciones de una sociedad en funcionamiento, pero no cabe apreciar que la sociedad vendida provocara la insatisfacción del banco, puesto que la compró en 1990 y no formuló ninguna reclamación hasta 1991; b) cabe presumir que el Banco conocía la situación económica de la sociedad, puesto que pactó aportar unos recursos adicionales de 725 millones de pesetas, a más de un crédito de 100 millones; c) para entender que se pudiera aplicar la doctrina del *aliud pro alio* hubiera sido necesario que la sociedad comprada hubiera estado en quiebra cuando le fue entregada, lo que no se correspondía con la situación; d) además, el Banco no exigió una auditoría previa, no se efectuaron depósitos de fondos ni se prestaron avales para responder del ajuste del precio tras comprobar el banco la situación económica de la sociedad; e) las partes previeron la posibilidad de que el balance no reflejara la verdadera situación patrimonial; f) el Banco actúa contra sus propios actos, puesto que ejercita una acción no sólo frente a las sociedades que le vendieron las acciones de ENA, sino también frente a don Carlos María, que no le vendió ninguna, y g) «no cabe entender que los vendedores entregaron una cosa distinta de la pactada cuando la sociedad continuó funcionando, al menos, durante varios años después de la toma de control por parte del Banco; para entender que la empresa era absolutamente distinta de la pactada, hubiera sido menester que el Banco no hubiera podido explotarla ni gestionarla en ningún momento, lo que se habría puesto de manifiesto de forma inmediata tras tomar posesión de la misma». La sentencia concluye que: «[...] únicamente sería ejercitable una acción de saneamiento por vicios ocultos para solicitar la rebaja del precio por la insatisfacción o inidoneidad “parcial” de la cosa, o bien cualquier otra acción que asista al Banco por el contrato de compraventa o, especialmente, por la estipulación tercera de dicho contrato».

El comprador recurrió en casación alegando, en primer lugar, que el objeto del contrato no estaba formado simplemente por las acciones sino también por las cualidades atribuidas a dichas acciones, lo cual no fue estimado, ya que se afirmó por el Tribunal Supremo que, efectivamente, el objeto del contrato eran las acciones de la sociedad.

En relación al fundamento casacional del comprador referido al *aliud pro alio*, pese a admitir la existencia de la jurisprudencia favorable a su admisibilidad, la sentencia de casación lo desestima, ya que «...lo que se pretendió con la compraventa de acciones fue que el comprador obtuviera el control de la sociedad ENA, mediante la compra de las suficientes acciones, tal y como ya se ha dicho en el Fundamento anterior, no se han interpretado de forma errónea los pactos de las partes en relación con el objeto de su contrato. Por ello, no puede ahora exigirse que se declare la inhabilidad del objeto en contra de los hechos considerados probados y después de haber concluido que la interpretación efectuada en la sentencia recurrida fue correcta. Por tanto, no resulta posible la aplicación de la doctrina que se dice infringida».

En suma y con independencia del análisis de los otros motivos casacionales denegados por el Tribunal Supremo, y por ser lo que ahora nos interesa,

la sentencia de casación confirma la sentencia de apelación defendiendo que es la acción de saneamiento por vicios ocultos la que cabe ejercitar ante el incumplimiento del vendedor de una declaración sobre las cuentas de la sociedad en el momento de la compraventa, no pudiéndose tratar este asunto mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*. Esto es, la falta de conformidad en una compraventa específica es resuelta por aplicación de las acciones edilicias en detrimento de las acciones resolutorias (con el consabido problema del corto plazo de caducidad de seis meses al que está sujeto la acción de saneamiento por vicios ocultos) lo que a nuestro juicio, no supone un correcto tratamiento y solución de la controversia tal y como expondremos en este trabajo.

Es más, la conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal, de 20 de noviembre de 2008, está en clara oposición con lo establecido para un caso similar por la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000/6747) (1), quizá la sentencia del Tribunal Supremo que con mayor detenimiento había tratado con anterioridad esta problemática.

En el caso de la sentencia de 30 de junio de 2000, el Estado, que resultó propietario de Industrias Tauro, S. A., por expropiación de Rumasa, celebró un contrato con la actora Samsonite Corporation, intervenido por Agente de Cambio y Bolsa y que lleva fecha de 5 de febrero de 1985, mediante el cual vendió a dicha entidad la totalidad de las acciones de la referida empresa expropiada, estableciéndose en el apartado 25 de la cláusula cuarta, que la sociedad transmitida «cuenta con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora», sucediendo en la realidad que la sociedad carecía de licencia de apertura que el contrato declaraba existente, en virtud de la cláusula antes citada.

La parte actora en el pleito anterior solicitó las reparaciones patrimoniales por tal incumplimiento consistente, como hemos visto, en la declaración de la existencia de licencia y la efectiva inexistencia de la misma, y sus efectos económicos en la finca al tener que asumir las obras exigidas para poder obtener la preceptiva licencia municipal.

El Estado combatió lo anterior alegando que no se había producido ninguna infracción de los términos del contrato de compraventa, sino que más bien se trata de un defecto aparecido que ninguna de las partes podía conocer al tiempo de concertarse la venta del accionariado y tal defecto se ha de encuadrar en el artículo 1.484 del Código Civil, que el Tribunal de Instancia no aplicó y con ello la extinción de la acción por haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses de vigencia que fija el artículo 1.490 del Código Civil.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso del Estado argumentando lo siguiente: «*El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1.484 impone al vendedor, se proyectará directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador. En el caso de autos se trata de licencia municipal ocultada, en cuanto se dice en el contrato que se contaba con todas las licencias, la que incluye la de apertura y, por tanto más que relacionarse la cosa, se está refiriendo a actividad o conducta precontractual del Estado vencedor; que resultó omisiva, al no haberse preocupado de consta-*

(1) Comentada por VERDA Y BEAMONTE, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre/diciembre de 2000, págs. 1353-1358.

tar si se había concedido licencia, lo que resultaba fácil y posible con la simple consulta a las oficinas municipales (...) El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica. Se trata de vicio que existía en el momento de la contratación, y ello posibilita la sanción de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil (sentencias de 12 de marzo de 1982, 14 de febrero de 1984, 6 de abril de 1989 y 17 de febrero de 1994)».

La conducta del Estado fue calificada como dolosa al decirse que: «La conducta censurable del Estado no se agota en que obró sin la necesaria buena fe, ya que la sentencia sienta que concurrió dolo, que apoya en el factum demostrado para decretar que la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar “dolo incidental”, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1.270 del Código Civil, en relación con el 1.104 (...) Habiéndose sentado actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora, el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1.101 del Código Civil, hace aplicable el artículo 1.107 en relación al apartado final del 1.270. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir, se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas».

Pese a la claridad y acierto del fallo, VERDA Y BEAMONTE (2), basándose en su proposición de restringir el ámbito de aplicación de las acciones de incumplimiento a las compraventas genéricas, siendo de aplicación la acción de saneamiento por vicios ocultos a las compraventas específicas, opina que en el supuesto litigioso existió un vicio redhibitorio, afirmando el citado autor (vid. Cuadernos..., pág. 1356) que: «La calificación del defecto como un vicio redhibitorio significa excluir que la compradora pueda obtener protección mediante el ejercicio de las acciones de incumplimiento. Sin embargo, ello no implica privarle de toda acción contra el vendedor, como a continuación veremos (y ello, a pesar de que también habían caducado las acciones de anulación, por error y por dolo, así como las previstas en el art. 21.3 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, suponiendo que estas últimas fueran aplicables al caso». A continuación VERDA Y BEAMONTE (vid. Cuadernos..., pág. 1357) añade que: «Nos encontramos, en suma, ante un supuesto de dolo in contrahendo (“la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas”), generador de responsabilidad precontractual, por lo que el vendedor estará obligado a resarcir daños y perjuicios al comprador de buena fe, según prevé expresamente el artículo 1.486.II del Código Civil».

VERDA Y BEAMONTE (vid. Cuadernos..., pág. 1357) finaliza su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000, afirmando lo siguiente: «La sede en que está ubicado el artículo 1.486.II del Código Civil no debe inducir a equívocos. El precepto no contempla una acción edilicia, sino una

(2) Vid. VERDA Y BEAMONTE, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre/diciembre de 2000.

acción de reparación, que, en mi opinión, encuentra encaje en el artículo 1.902 del Código Civil, norma ésta, a la que, con carácter general, son reconducibles los supuestos de culpa in contrahendo en nuestro Derecho, y que, por ende, constituirá el fundamento jurídico de la pretensión resarcitoria del comprador.

El artículo 1.486.II del Código Civil tiene una función muy concreta, cual es la de aclarar que, de optar el comprador por la rescisión del contrato, conservará el derecho a solicitar del vendedor de mala fe la indemnización de daños y perjuicios que, obviamente, se ceñirán a aquéllos que no queden cubiertos por la restitución recíproca de las prestaciones.

Pero no hay por qué interpretar que sólo el comprador que ejercita la acción redhibitoria puede exigir indemnización de daños y perjuicios. La acción de rescimiento es autónoma y sigue el régimen propio de la responsabilidad civil extracontractual. Por ello, no está sujeta al breve plazo de caducidad, que para las acciones edilicias prevé el artículo 1.490 del Código Civil, lo cual tiene su importancia en aquellos supuestos, como el que nos ocupa, en los cuales los defectos silenciados por el vendedor se descubren una vez transcurridos seis meses a partir de la entrega de la cosa. En tal caso, el comprador no podrá ejercitar las acciones edilicias (ya caducadas), pero siempre podrá accionar ex artículo 1.902 del Código Civil, en el razonable plazo (de prescripción) de un año, a contar desde que tuviera conocimiento de los vicios de que adolecía la cosa vendida (art. 1968.2 CC).

En conclusión, estimo que la justa pretensión resarcitoria de la compradora hubiera debido ejercitarse al amparo del artículo 1.902 del Código Civil».

La conclusión del referido autor nos parece criticable y no la podemos compartir, según expondremos posteriormente, ya que en nuestra opinión y pese a ciertos argumentos excesivamente dogmáticos que pudieran apuntarse en contrario, y de los cuales somos conscientes, en el contexto actual y futuro de nuestro Derecho de Obligaciones, consideramos aplicables las acciones de incumplimiento a los supuestos debatidos, en el ámbito propio de la responsabilidad contractual, aunque, por razones pragmáticas, generalmente, será la indemnización de daños y perjuicios al comprador el remedio más oportuno ante el incumplimiento de las cláusulas de declaraciones y garantías en las compraventas de empresas articuladas mediante la compra directa de las acciones o participaciones sociales de la misma. Esta acción de indemnización de daños y perjuicios estaría sustentada generalmente por la existencia de un *dolo in contrahendo* (3) suscitado por el vendedor incumplidor de dichas cláusulas, lo que fundamenta una acción resarcitoria de carácter contractual normalmente por dolo incidental, *ex* artículo 1270.2 del Código Civil (4). Pero lo

(3) Vid., con carácter general sobre la figura, Antonio Manuel MORALES MORENO, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XVII, vol. 1.º B, artículos 1.269 y 1.270, pág. 378 y sigs.

Asimismo, VERDA Y BEAMONTE, «El dolo *in contrahendo*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, núm. 16, 2006.

(4) De esencial interés es la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001), que aprecia la nulidad de un contrato de compraventa de acciones por dolo causante debido a que no se había informado al comprador de la inexistencia de un terreno en el patrimonio de la sociedad, en base a lo se conoce como «reticencia dolosa» del vendedor. Esta sentencia, en relación con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7 y 1.258 del Código Civil) apoya su conclusión: «b) porque la apreciación de los hechos corresponde a esa descripción del dolo reticente, no otra que la de la ambigüedad de la vendedora, que no obstante decir que no es dueña luego lo contradice».

anterior supone adelantar demasiado nuestras conclusiones, por lo que es preferible una argumentación previa de las mismas para poder ofrecer al lector la posibilidad de obtener también las suyas propias.

Pero, no sólo el criterio mantenido ahora por la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, contradice la anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000, sino también al que ya mantuvo la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2001 (2001/1320), esto es, resulta pues contraria a la jurisprudencia anterior de nuestro Tribunal Supremo.

Así la sentencia de 19 de enero de 2001, trató un supuesto donde existía una deuda tributaria de la sociedad con anterioridad a la transmisión del accionariado de la misma, que había sido garantizada por los socios al venderse sus acciones donde asumieron el balance de la sociedad acompañado, declarando igualmente que la sociedad había cumplido sus obligaciones con terceros.

De esta forma, se pronunció la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2001:

«...las actas levantadas en el año 1990 por los Servicios Inspectores de Hacienda, que pusieron de manifiesto la existencia de una deuda tributaria por importe de 42.220.837 pesetas, correspondiente a impuestos de sociedades de la entidad Opa Gestión Patrimonial, S. A. (SGC), cuyo accionado había sido transmitido a la entidad actora Fitinvest, S. A. por los socios demandados y otros no traídos al pleito mediante escrituras públicas de 27 de octubre de 1989 y 15 de diciembre de 1989 (...)

No debe olvidarse y ha de decirse de inmediato, que dicha deuda fue contratada por consecuencia de la suscripción de Seguro de Capitalización en fecha 10 de noviembre de 1987, y con vencimiento el 10 de noviembre de 1988, por importe, en cuota única, de cincuenta millones de pesetas, cuyos rendimientos no fueron declarados, refiriéndose las actas a los ejercicios de 1987 y 1988, es decir, se trata de actos anteriores a la venta del accionado.

No resulta de recibo el argumento de que por haber vendido los recurrentes sus acciones quedaron desvinculados por completo de la sociedad en la que estaban integrados, pues, aunque la deuda fiscal se presenta como sobrevenida, se trata de deuda contratada durante la vigencia de la compañía y fueron los socios los que se comprometieron directamente en razón a la compraventa pública que llevaron a cabo de las acciones de las que eran titulares y en cartas suscritas por cada uno de ellos, que llevan fecha de 27 de octubre de 1989, y a las que se acompañaba el balance de la sociedad, y resultaron entregadas a la compradora, ya que de este modo asumieron el balance por reflejar la situación patrimonial de la compañía objeto de transmisión, al no existir otras contingencias que las que el balance incluía, asegurando el negocio al manifestar que la mercantil venía cumpliendo con sus obligaciones respecto a la Administración, sus empleados, clientes y terceros contratantes, lo que conforma acto propio con eficacia vinculativa y hace inaplicable el principio de la relatividad y límite personal de los contratos, no estando consecuentemente amparados los que recurren por posición jurídica de terceros, ya que el contrato que celebraron les obliga en

mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada (es del año 1971 y el contrato de 1973) y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio».

Sobre este extremo relativo a la reticencia, vid. VERDA Y BELMONTE, *La reticencia en la formación del contrato*. Aranzadi Civil, 1998, III, pág. 197 y sigs.

cuanto constituye ley particular para ellos, conforme al artículo 1.091 del Código Civil, en relación al 1.254 y 1.257 (...).

En el último motivo se denuncia infracción del artículo 1.481 in fine, así como del 1.475 del Código Civil, para sostener que la responsabilidad exigida a los vendedores que recurren se deriva de la pérdida de valor de la cosa adquirida, por razón del pago impuesto de la obligación tributaria contratada, y que no se tuvo en cuenta al tiempo de la venta del accionado de Opa Gestión Patrimonial, S. A. (SGC), tratándose de obligaciones de los socios vendedores consecuencia de una evicción por la actuación fiscalizadora de la Administración.

Resultan ciertas las conclusiones decisorias del Tribunal de Instancia en cuanto decretó que no se trataba de concurrencia de vicios ocultos, a lo que ha de agregarse de efectiva situación de evicción, sino de responsabilidades que se demandan y exigen por consecuencia de incumplimiento contractual a cargo de los vendedores interpelados. Se trata de una obligación expresamente asumida y de la que pretenden liberarse, sin base fáctica demostrada y apoyo legal alguno, viniendo a ser indiferente, dentro del marco procesal del pleito, que hubieran intervenido o no en las actuaciones inspectoras llevadas a cabo y el momento en que descubrieron el impago del tributo que correspondía a la sociedad.

El incumplimiento opera por insatisfacción objetiva en la parte compradora (sentencia de 30-6-2000 [RJ 2000, 6747]), al imponérsele unos desembolsos no previstos ni asumidos contractualmente para hacer frente a la reclamación de Hacienda como consecuencia de las actas de descubierto que fueron levantadas».

Por lo tanto, rechazo a la aplicación de la doctrina del saneamiento por vicios ocultos y adopción de la doctrina del incumplimiento contractual doloso es la Jurisprudencia (ex art. 1.6 del Código Civil), que contradice esta sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, sin mayores argumentos que los de hacer suyos los dictados por la sala de apelación, cayendo con ello en un dogmatismo impropio de los tiempos que corren, favorables a la adopción de los postulados propios de lo que pudiera denominarse como «Modernización del Derecho de Obligaciones» (5), por la cual no pasa ni siquiera el mantenimiento autónomo de las acciones edilicias dentro del sistema de remedios que ha de ofrecerse al comprador ante una falta de conformidad con el objeto del contrato de compraventa.

II. EL CARÁCTER DE LAS CLÁUSULAS DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS DE ADQUISICIONES DE EMPRESAS Y SU TRATAMIENTO

Un correcto entendimiento de la problemática propuesta requiere para ello un previo análisis de las características de estas cláusulas de manifestaciones y garantías en los contratos de adquisiciones de empresas.

CARRASCO (6), señalando la procedencia anglosajona de este tipo de cláusulas, señala que con ellas: «...Básicamente se quiere decir que el vendedor comu-

(5) Me permito adoptar esta denominación de la excelente colección de trabajos que con el mismo título son obra de Antonio MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Editorial Thomson-Civitas, primera edición, 2006.

(6) CARRASCO PERERA, «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento», en la obra colectiva, *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 258.

nica al comprador una serie de circunstancias relativas a la empresa enajenada o a su entorno y que le asegura que son ciertas. La garantía versa sobre la veracidad, pero no se garantiza propiamente (mediante una garantía personal o real una promesa independiente) la obligación que asume el vendedor de que tales declaraciones sean veraces, o que, a su vez, sea veraz la declaración que afirma que las restantes declaraciones son veraces».

Acertadamente, CARRASCO (7) ubica el origen de estas cláusulas en las «misrepresentations» del Derecho inglés (8), o sea, cuando una de las partes contractuales ha realizado a la otra una serie de declaraciones que con posterioridad resultan ser falsas, considerando el citado autor que el referente español de las mismas se encuentra en el *dolo in contrahendo*, normalmente incidental, ex artículo 1270.2 del Código Civil.

Aunque, ya ALFONSO DE COSSÍO (9) entendió en relación con la doctrina continental del dolo el ligamen existente con las tradicionales «misrepresentations» del Derecho inglés, diciendo que: «Una “representation” no es, jurídicamente, otra cosa que “afirmación o aserción hecha por una de las partes a la otra, antes o al mismo tiempo de contratar, de alguna materia o circunstancia relacionada con él”, una “misrepresentation” es una representación falsa, la cual puede ser inocente (“innocent misrepresentation”) cuando la parte que la hace es de buena fe, presentando “como verdadero lo que tiene motivos razonables para creer que es verdadero”, o fraudulenta (“fraudulent misrepresentation”), que consiste en lo contrario, es decir, en una afirmación hecha por “una persona que conoce su falsedad, y tiene la intención de engañar a la otra parte”, o que afirma como cierto lo que ignora si lo es».

CARRASCO (10) señala la generalización de este tipo de cláusulas por la existencia de las tradicionales limitaciones del Derecho inglés en la concesión de remedios a la parte que ha sufrido una «misrepresentation».

Así y pese a la «Misrepresentation Act» de 1967, la necesidad de una declaración fraudulenta sigue siendo un requisito para la obtención de una compensación por los daños sufridos, ya que ante las que no tienen tal carácter fraudulento: «...no existe todavía un derecho a ser compensado por los daños a consecuencia de una “misrepresentation” completamente inocente que no

(7) Vid., *op. cit.*, pág. 258.

(8) Fernando GÓMEZ POMAR, *El incumplimiento contractual en Derecho español*, Barcelona, julio de 2007. www.indret.com. Este autor se refiere al origen anglosajón de las mismas de la siguiente manera: «4. La influencia de la práctica angloamericana: manifestaciones y garantías en la compraventa de empresas y remedios frente al incumplimiento. En el marco de los remedios generales frente al incumplimiento, una buena piedra de toque del funcionamiento de este sistema de remedios viene dada por los supuestos de incumplimiento —en sentido lato— asociados a las cláusulas de manifestaciones y garantías que hoy acompañan a cualquier adquisición de empresa —de volumen simplemente mayor que modesto— realizada en España. Tales cláusulas son importaciones relativamente recientes en la práctica contractual española, procedentes de los modelos contractuales ingleses y norteamericanos. No hay normas en el Código Civil ni en otros textos normativos que se ocupen de ellas, pero ya hay una nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo [SSTS, 1.º, 30-6-2000, 19-1-2000, 18-12-1999, 11-7-2000, 12-3-1999, 16-11-2001, 3-12-2003, 19-7-2004 y 1-9-2006] que se ha ocupado de contratos que contenían, más o menos explícitamente, cláusulas de esta clase, y ya han sido objeto de cierta atención doctrinal, y no digamos ya, profesional...».

(9) Alfonso DE COSSÍO, *El dolo en el Derecho Civil*, 1955. Editorial Comares, 2005, págs. 207 y 208.

(10) Vid., *op. cit.*, págs. 258, 259 y 260.

ha llegado a tener fuerza contractual. En el caso de tal “misrepresentation”, el juez dispone de un poder discrecional de conceder compensación por los daños, en lugar de admitir la rescisión del contrato; pero no puede rescindir el contrato, o considerarlo rescindido y reconocer una pretensión resarcitoria por los daños» (11).

La segunda limitación se sitúa en la distinción entre las «conditions» y las «warranties», como expone CARRASCO (12), la cual implicaba de nuevo hacer referencia a la diferencia existente entre la «misrepresentation» fraudulenta y la «misrepresentation» inocente.

A este respecto, y como señaló Cossío (13) frente a la primera que implicaba una responsabilidad para el declarante fraudulento, se encuentra la segunda, «...y según el “common law”, no concedía acción alguna, salvo en dos casos excepcionales: 1.º Cuando el contrato pertenecía a la categoría de los denominados uberrimae fidei, es decir, convenciones concluidas entre miembros de una misma sociedad, y de “family settlements” o arreglos de familia: en ellos se estimaba la obligación de cada contratante de revelar a la otra parte todos los hechos de importancia determinante; el mero silencio a este respecto constituía una fuente de responsabilidad; 2.º Cuando la falsa declaración había sido incorporada al contrato, en cuyo caso se la consideraba como una condición o garantía “warranty”, según las partes la hubieran considerado como un elemento esencial (en cuyo caso la “misrepresentation” daba lugar a su resolución), o como un elemento accesorio o secundario (en cuyo supuesto solamente determinaba obligación de indemnizar daños y perjuicios). Los Tribunales de equidad, en cambio, dieron un alcance mucho mayor a la “misrepresentation” inocente, bien denegando a su autor la ejecución del contrato, por estimar contrario a la conciencia el reclamar algo que la otra parte había aceptado por una falsa representación, bien, en determinadas categorías de contratos, dando incluso lugar a una acción de nulidad» (14) (15).

(11) Según cita de CARRASCO (vid., *op. cit.*), pág. 259, de TREITEL, *The Law of contracts*, pág. 279.

(12) Vid., *op. cit.*, pág. 259.

(13) Vid., *op. cit.*, pág. 209.

(14) CARRASCO expone en relación con esta materia (vid., *op. cit.*, pág. 259) la siguiente cita de BEALE (*Chilty on Contracts, General Principles*, 27.ª ed., 1998, págs. 375-376): «[...] Antes de la entrada en vigor de la Misrepresentation Act de 1967, la posición relativa a la rescisión era, en términos generales, como sigue: cuando una persona es inducida a entrar en un contrato como resultado de una “misrepresentation” de la otra parte, y aquella nunca llegó a incorporarse como una cláusula contractual (“contractual term”), el destinatario de la declaración se encontraba legitimado para rescindir el contrato, ya fuera la “misrepresentation” fraudulenta, negligente o enteramente excusable. En el “common law” el derecho de rescisión quedaba confinado a los casos en los que la “misrepresentation” había sido fraudulenta o en los que se hubiera producido una frustración total de la causa contractual, pero en equidad se reconocía el derecho de rescindir incluso en los casos de “misrepresentation” plenamente no culpable. Desde la Ley de 1967, este derecho de rescisión se caracteriza (excepto en caso de fraude) por el poder discrecional del juez de rechazar la rescisión y conceder en su lugar una compensación por daños [...]».

(15) Cossío (vid., *op. cit.*, pág. 211) explica, no obstante, los posibles efectos comunes de la falsa representación y la inocente representación en el Derecho inglés del siguiente modo: «...Sin embargo, como ya dejamos apuntado más arriba, tanto la falsa representación fraudulenta como la inocente producen determinados efectos comunes, en cuanto una y otra implican un vicio de la voluntad. En cuanto a la “misrepresentation”

CARRASCO (16) señala como tercera limitación tradicional del Derecho inglés que sustentan el recurso práctico de este tipo de cláusulas de manifestaciones y garantías, el tradicional principio del *caveat emptor*, explicándolo como «...la tradicional regla del common law que rechaza que exista, con carácter general, un deber por parte del contratante de manifestar (disclose) a la otra parte los hechos materiales conocidos por aquél y desconocidos por éste, pero cuyo conocimiento pudiera ser declarado para el mismo. Este deber no existe ni siquiera respecto de los defectos ocultos de la cosa vendida, salvo que el vendedor haya hecho una declaración específica sobre las cualidades de la cosa, que resulta posteriormente falseada por la evolución de los hechos. Esta regla aboca a este sistema jurídico a una situación en la que, de hecho, el comprador que adquiere una empresa lo hace tal cual es y ha sido examinada por el comprador».

La función de este tipo de cláusulas es explicada por CARRASCO (17) sobre la asignación contractual de riesgos que realiza el comprador al vendedor. Así, «En una venta de acciones, lo que el vendedor garantiza por ley (art. 1.484 CC español) es que el objeto vendido (shares) no tenga defectos ocultos. En un bien inmaterial y no corporal, como son las acciones de una compañía, el vicio oculto que puede tener lugar con carácter más frecuente es que las acciones estén sujetas a gravámenes ocultos para el comprador o que el valor de las mismas no represente el valor de la compañía, que las partes tuvieron presentes al convenir el precio de venta (...) Los activos de la empresa vendida no están incluidos en la garantía, pues tales activos no son objeto de venta. Las distintas disfunciones y contingencias que puedan afectar a esos activos no afectan a la cosa vendida (shares), en cuanto vicio, salvo que supongan un

inocente, el "common law" distingue si forma o no parte del contrato, atribuyendo a una y otra diferente alcance. La "equity", sin embargo, tiende a extender los efectos de la segunda de manera progresiva. Cuando la representación inocente constituye un término del contrato, puede, según hemos indicado, hacerlo en forma de condición o garantía. Cuando es una condición del contrato, puede el que ha padecido los efectos de la falsa representación, pedir la nulidad del mismo, a no ser que el contrato haya sido sustancialmente ejecutado, en cuyo supuesto únicamente puede pedir daños y perjuicios; cuando constituye una garantía, únicamente puede pedir daños y perjuicios. Si la representación no forma parte del contrato, no se ha incorporado a él, lo único que se puede hacer es pedir la nulidad, pero nunca exigir daños y perjuicios. Pero esta rescisión tiene características especiales que se resumen en el principio: "todo debe quedar igual que estaba antes del contrato para ambas partes". El impugnador debe reintegrar todo lo que ha recibido y exonerar al demandado de todas las cargas que asumiera: el "status quo" precontractual debe ser íntegramente restaurado y en tal sentido procede también la indemnización de los daños experimentados con ocasión del contrato (cosa distinta de la indemnización de daños y perjuicios). Tal rescisión no será sin embargo posible cuando el contrato haya sido totalmente ejecutado, ya que entonces no es posible reponer las cosas a su estado primitivo. Si la falsa representación supone un fraude, el contrato es nulo, además de lo cual, procede la indemnización de daños y perjuicios mediante la acción "of deceit" (de dolo). Tal derecho de rescisión no es, sin embargo, posible ejercitarlo, cuando ha mediado confirmación posterior del contrato, con pleno conocimiento de causa; o cuando sea posible la íntegra restauración de las cosas al estado que tenían anteriormente al contrato, o cuando tal resolución pueda redundar en perjuicio de tercera persona que no intervino en el contrato. Claro está que ello no impide el resarcimiento de daños y perjuicios que puede obtenerse mediante el ejercicio de la acción de dolo».

(16) Vid., *op. cit.*, pág. 260.

(17) Vid., *op. cit.*, págs. 266 y 267.

gravamen oculto de las mismas o una disminución grave del valor de estas acciones» (18) (19).

(18) Para una clasificación de las mismas, vid. CARRASCO, *op. cit.*, pág. 273 y sigs. En igual sentido, vid. Fernando GÓMEZ POMAR, *op. cit.*, pág. 33 y sigs.: a) Promesas de conducta futura del vendedor o garantía de ciertos hechos, resultados o contingencias futuras; b) Declaraciones del vendedor acerca de la existencia o subsistencia de ciertos hechos, pasados o presentes; c) Declaraciones del vendedor por la que manifiesta su creencia en ciertos eventos o estados del mundo futuro; d) Declaraciones acerca del valor y trascendencia de las propias manifestaciones y garantías o de alguna de ellas (metamanifestaciones).

En cuanto a las consecuencias de cada tipo de estas cláusulas, en términos de incumplimiento, Fernando GÓMEZ POMAR (vid., *op. cit.*, pág. 33 y sigs.) entiende para las más frecuentes como son: las del apartado a), en la que la sujeción del vendedor a los remedios del incumplimiento contractual sería plena. Para las del apartado b), ante la falsedad de lo declarado como cierto y exacto, una vez probada su inexactitud por el comprador, el vendedor asume ese riesgo, aunque no se pueda acreditar la intención fraudulenta o el dolo en sentido estricto, ni siquiera la negligencia en el desconocimiento de la realidad, con cita de las SSTS de 30 de junio de 2000 y de 19 de enero de 2001, recuerda que el Tribunal Supremo ha considerado estos supuestos como de verdadero incumplimiento contractual.

(19) Por su parte, CARRASCO (vid., *op. cit.*, pág. 284 y sigs.) analiza las diferentes soluciones o remedios que pudieran utilizarse en relación con estas cláusulas. De esta forma (y en cuanto aquí nos interesa), en relación con la acción de saneamiento por vicios ocultos sobre la cual concluye lo siguiente: «...Con todo, con seguridad los tribunales no aceptarían la pretensión del vendedor de que la correspondiente acción del comprador se canalizara en exclusiva por este mecanismo. Como veremos, bien sea por la doctrina de la compatibilidad, bien sea por la calificación de la contingencia como un caso de incumplimiento total, difícilmente nos encontraríamos ante la aplicación de estas normas. Esta dificultad persistiría aunque fuera el comprador el que pretendiera obtener una reducción del precio pagado por las acciones como consecuencia de una falsedad o incompletud en las manifestaciones y garantías. Téngase presente también aquí que el objeto de la compra son acciones y no activos de la empresa». En cuanto a la acción de incumplimiento, afirma CARRASCO que: «Esta vía estaría abierta para dos tipos de supuestos. En primer lugar, cuando la manifestación o garantía pudiera ser interpretada como una promesa de cumplimiento de una conducta futura. En segundo lugar, cuando las contingencias fueren de naturaleza tan sustancial que se pudiera considerar que existe una entrega de cosa objetivamente distinta de la prometida. La única objeción que cabría hacer a esta segunda aplicación es que, tratándose de una venta de cosa específica, como lo es la venta de acciones de una determinada sociedad, no se podría decir que se entrega cosa distinta de la que se prometió cuando se entrega efectivamente la que se prometió. Esta objeción, que sin duda está en la base del régimen codificado del saneamiento por vicios ocultos, sin embargo ha sido rechazada por la aplicación jurisprudencial que ha aplicado sin problemas el régimen de las acciones generales de incumplimiento contractual cuando se ha tratado de venta de cosas específicas con graves defectos de calidad o funcionalidad». En relación con la acción de indemnización y nulidad por dolo, CARRASCO mantiene que: «Según la jurisprudencia —lo que es de importancia especial en nuestro caso— también es relevante el engaño que versa sobre los activos de la sociedad, cuando el objeto de la compra no son éstos, sino las acciones de la sociedad titular de los mismos [vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001)]. La inexistencia de manifestaciones expresas sobre cualidades de los bienes transferidos sólo podría dar lugar a nulidad por dolo si el silencio pudiera interpretarse como reticencia dolosa; es decir, cuando existe un deber de hablar y comunicar circunstancias importantes para la otra parte, y el vendedor las silencia... Nada de eso ocurre si existe una declaración expresa, que resulta ser falsa. Pues en este caso el comprador puede legítimamente atenerse al contenido de tales cualidades que se afirman de la cosa, con independencia del grado de diligencia que el

Por su parte, Fernando GÓMEZ (20) expone, con gran acierto, las ventajas de las cláusulas de manifestaciones y garantías del siguiente modo:

- (i) Permitiría eliminar casi por completo el riesgo de que la contravención de las mismas fuera considerada como un supuesto de saneamiento por vicios ocultos, o a lo sumo, como un supuesto de reticencia dolosa del vendedor quien debería haber declarado algo y no lo hizo, y no un *aliud pro alio*, o cualquier otro supuesto que permitiera acudir a los regímenes generales del incumplimiento contractual.
- (ii) La existencia de unas manifestaciones y garantías expresas sobre hechos o contingencias negativas que con posterioridad se revelan, permiten afirmar la existencia de un *dolo in contrahendo* por parte del vendedor que las ha realizado, excluyéndose sólo esta posibilidad si el comprador conocía tal circunstancia negativa, sin necesidad de que el comprador tenga que probar el fraude, la intención dolosa, o incluso el mero conocimiento del hecho por parte del vendedor.
- (iii) Cuando las manifestaciones y garantías versan sobre activos sociales, el incumplimiento de las mismas supondría un supuesto de *dolo in contrahendo*, aunque el objeto del contrato haya sido las acciones o participaciones de la sociedad.
- (iv) Aun cuando fuera calificable el supuesto como un caso de saneamiento por vicios ocultos, la existencia de las manifestaciones y garantías supondrían eludir la presunción de conocimiento del comprador experto y facilitar la prueba para la consideración del vendedor como vendedor de mala fe.

En suma y como reconoce Fernando GÓMEZ (21): «*Las manifestaciones y garantías que forman parte principal de los contratos de compraventa de empresa presentan, a la vista de lo anterior, variantes importantes en su relación con la realización del propósito contractual conjunto de los contratantes, y se ajustan de manera diferenciada a las estrategias contractuales de realización de valor que las partes persiguen. Parece que sólo un Derecho del incumplimiento contractual con supuestos de aplicación amplio y flexible, y con un sistema de remedios frente al incumplimiento adaptable a las diversas circunstancias que afectan a la negociación, celebración y cumplimiento del contrato, y a los deseables incenti-*

propio comprador haya puesto en el proceso de due diligence». Respecto de la consideración del supuesto como «falta de conformidad», expone CARRASCO que: «...*existen dificultades para considerar que la falta de veracidad o completud de las Manifestaciones y Garantías pueda ser caracterizada como vicio oculto en el sentido del artículo 1.484 del Código Civil. Pero aunque así no fuera, la propia limitación del régimen de los vicios ocultos haría escasamente útil al comprador una defensa basada en este régimen. Es preciso que la falta de conformidad pueda ser reputada como incumplimiento contractual o precontractual, para que el comprador pueda tener la posibilidad de reclamar una indemnización. La jurisprudencia española no ha tenido nunca problemas en sostener un concepto muy amplio de lo que es incumplimiento contractual. Bien por considerar que todo defecto oculto es a la vez un incumplimiento del contrato, y permite acudir a las acciones de defensa de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, bien por entender que los incumplimientos que hacen inútil la cosa vendida para el comprador o que disminuyen sustancialmente la utilidad constituyen entrega de cosa diversa (aliud pro alio), y no simple vicio oculto*».

(20) Vid., *op. cit.*, págs. 36, 37 y 38.

(21) Vid., *op. cit.*, pág. 38.

vos de conducta de los contratantes, está en condiciones de ofrecer un marco normativo útil para mejorar la eficiencia de los intercambios en este sector».

En nuestra opinión, resulta evidente que la ubicación sistemática en nuestro Derecho codificado de la problemática que puede suscitar el incumplimiento de las manifestaciones y garantías ha de realizarse no en sede de los remedios previstos por las acciones edilicias, las cuales fueron creadas con otros propósitos, sino en el marco de la actuación dolosa del vendedor, generador de responsabilidad por *dolo in contrahendo*, bien como supuesto de nulidad relativa del contrato (22) con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, o bien, como hecho generador de responsabilidad que también lleva pareja una indemnización de daños y perjuicios, en función de la tradicional (aunque criticada por cierto sector doctrinal) distinción entre *dolo causal* y *dolo incidental* (23). *Dolo* aplicable, excepto en los casos de conocimiento del comprador del supuesto generador de la falta de conformidad.

Pero junto, a la solución ofrecida como hecho generador de *dolo in contrahendo*, en relación con el consentimiento contractual, también consideramos que desde la óptica de la causa del contrato puede atenderse el incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Esto es, con el sistema codificado actual entendemos que también el correcto análisis de los elementos del negocio jurídico ofrecen una solución más adecuada que la que pueda ofrecerse mediante el recurso a la acción de saneamiento, no sólo por la dificultad admitida doctrinalmente en cuanto a la configuración del concepto de «vicio» y su posible circunscripción a las compraventas específicas, como tendremos oportunidad de exponer con posterioridad, sino porque la atención de este asunto exclusivamente desde la óptica de las acciones edilicias (tal y como

(22) Así lo entendió la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001), aunque en la práctica los costes derivados de una anulabilidad pueden hacer poco deseable este recurso, no por ello ha de desdeñarse.

(23) Vid., sobre la distinción entre *dolo causal* y *dolo incidental*, vid. MORALES MORENO, «Comentario...» (*op. cit.*), págs. 406 y 407. Este autor recoge, con interés sobre el tema que nos ocupa, como una de las manifestaciones del *dolo in contrahendo* que pueden relacionarse con el *dolo incidental* el engaño en el valor de la cosa y el problema de la equivalencia de las prestaciones [vid. «Comentario...» (*op. cit.*), págs. 413 y 414]. Así explica lo siguiente: «*El dolo in contrahendo puede afectar a la equivalencia de prestaciones. Es un engaño que se refiere al precio. Unas veces incide directamente sobre la determinación del precio (por ejemplo, se falsifican informes de peritos sobre el valor de la cosa, su tasación o sobre el precio de mercado). Otras veces incide de modo indirecto: se refiere, por ejemplo, a las cualidades del objeto que se transmite, o las de la persona con la que se contrata... Descartada la rescisión [por lesión] como posible remedio a utilizar en estos casos, nos queda la indemnización, remedio propio del dolo incidental... Debe tenerse en cuenta que un reajuste del precio es, probablemente, en muchos casos, la solución más razonable, y parece conveniente favorecer esta solución... El reajuste debe practicarse según el criterio concreto que pueda ofrecer el contrato (equivalencia subjetiva)... El contrato puede contener las bases para extraer de él un criterio de equivalencia subjetiva. Por ejemplo: si se ha pagado un precio por la cosa, creyendo que tiene ciertas cualidades, se podrá realizar un reajuste proporcional del precio, si carece de ellas (comp. art. 1486.1.º). Pero seguramente en muchos casos el contrato no nos ofrecerá elementos suficientes para extraer de él el criterio de equivalencia subjetiva. En ese caso habrá que utilizar el precio de mercado (comp. art. 1289.1.º). No creo que puedan ser utilizados criterios subjetivos puramente unilaterales: la equivalencia que hubiera estado dispuesto a aceptar, de no mediar el dolo, el contratante engañado. Esa equivalencia subjetiva/unilateral no parece que pueda servirnos, si no se ha incorporado al contrato, ni puede constarle al otro contratante».*

hace esta reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008), supone una clara y evidente indefensión en cuanto a la tutela de la lesión del derecho de crédito del comprador, al no permitir el acceso al conjunto de remedios, aunque asistemáticos pero existentes, que ofrece nuestro Ordenamiento Jurídico como satisfacción del comprador ante la prestación defectuosa realizada por el vendedor de la empresa.

Ello debe ser así, pese a que la regulación del contrato de compraventa en nuestro Código Civil inspirada en los postulados de la *emptio venditio* romana siga entendiendo el objeto del contrato como el objeto propiamente real y no el ideal, protegiendo (pese al nacimiento de las acciones edilicias) el interés del vendedor al cumplir con la mera entrega de la cosa, ya que la entrega defectuosa no supone pues un genuino incumplimiento contractual, sino un supuesto de saneamiento. Esta concepción excesivamente dogmática implica la no satisfacción del comprador ante la entrega de la cosa con defectos. No obstante, no es menos cierto que la Jurisprudencia ha tenido ocasión de superar esta excesiva rigidez dogmática no adecuada al tráfico jurídico actual mediante la ampliación del concepto de incumplimiento contractual a los supuestos de entrega defectuosa, a través de la conocida aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*; aunque estos loables intentos jurisprudenciales deberían tener su reflejo positivo para poder ofrecer al comprador un amplio sistema de remedios satisfactorio de sus pretensiones, tal y como sucede desde una atención comparatista de la cuestión.

Pero antes de avanzar en estas ideas, volvemos a lo que anteriormente introducíamos, esto es, el análisis de tal incumplimiento de las manifestaciones y garantías desde la causa del contrato. Para ello y como ya hiciera MORALES (24), resulta básico tener presente la definición de negocio jurídico que ofreciera don Federico DE CASTRO (25) al decir que se considera como negocio

(24) MORALES MORENO, «El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», en *Anuario de Derecho Civil* (1983), págs. 1529 a 1546, y «La modernización del Derecho de Obligaciones». Editorial Thomson-Civitas, 1.ª ed., 2006, pág. 324 y sigs.

(25) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, 1985, pág. 34. En las páginas 27, 28 y 29, DE CASTRO justifica el fin del negocio jurídico como la persecución de un resultado en contraposición con las tesis de SAVIGNY en cuanto a la consideración del negocio que persigue un fin jurídico. El ejemplo que cita DE CASTRO es sumamente revelador. Para SAVIGNY, la compra de una casa es un negocio jurídico, ya que el comprador, sabiendo lo que hace, da lugar a una relación jurídica que le origina derechos y obligaciones, sin que importe cuál sea el fin extrajurídico para el que se adquiere (habitarla, arrendarla, revenderla). Sin embargo, DE CASTRO propone al efecto (vid., *op. cit.*, págs. 29, 30 y 31) lo siguiente: «Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y responsabilidad (...) También se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio; lo que se puede observar en el mismo ejemplo de Savigny de la compra de la casa. Según su criterio, quedaría extramuros del Derecho el propósito práctico del comprador de habitarla o arrendarla, aunque de ello se tratara con el vendedor. En cambio, conforme al fin práctico propuesto (como hacen en sus decisiones los tribunales), se entenderá integrado en el propósito negocial el de habitar o arrendar la casa, y consecuentemente quedará viciado el negocio cuando se ocultó el mandato de su derribo (por ejemplo, por servidumbre hacia un aeródromo, por ser zona militar) o la prohibición de arrendar (por ejemplo, respecto de ciertas construcciones protegidas (...)). La práctica de nuestros Tribunales, por su lado, da la impresión

jurídico: «la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hecho o actos». Esto es, y en cuanto ahora nos ocupa, la idea de consecución de un resultado en cuanto a los fines o propósitos perseguidos por las partes es el fin del negocio jurídico. Para DE CASTRO, pues, la contravención del propósito práctico incluido en la relación negocial mediante la ocultación por el vendedor de elementos que pudieran impedir la consecución del mismo supone que el negocio jurídico esté viciado (vid., *op. cit.*, pág. 29), vicio del mismo, que en nuestra opinión y en relación con el caso que nos ocupa puede ser adicionalmente entendido como un negocio viciado en su causa (26), lo que nos lleva a la llamada «causa concreta» del contrato.

Como correctamente observó MORALES (27), la cuestión del propósito práctico del negocio jurídico entraña como dificultad la realización de un deslinde entre lo que DE CASTRO (28) denominó «simples motivos» de los «motivos incorporados a la causa». En este sentido, DE CASTRO (29) ofreció como concepto de causa el siguiente: «la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales». Vista la causa desde el ángulo subjetivo (supuesto de hecho) será: «lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico». Desde el ángulo objetivo o de la norma jurídica, la causa servirá como: «el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada», conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda».

Partiendo de lo anterior, DE CASTRO (30), en relación con la delimitación de la «causa concreta», afirma lo siguiente: «De lo dicho puede advertirse la utilidad de la llamada “causa concreta”. La cuestión de los “motivos” queda con ella reducida a la delimitación de la causa en su aspecto subjetivo, o sea, a la de separar del supuesto de hecho todo aquello que sea jurídicamente indiferente para caracterizar el negocio. No importarán deseos o pretensiones individuales, ocultas o expresadas, ni las demás características del objeto y componentes de su contenido. Se tratará de poner en claro cuál fuera el resultado y repercusión social del negocio, en cuanto venga a darle un especial sentido respecto a su calificación o clasificación causal. Resultado o propósito que, en un contrato, habrá de ser materia de consentimiento de las partes, o deberse dar por consentido (responsabilidad). Es lo que, con terminología muy expresiva, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido destacando como “los motivos incorporados a la causa”. Conforme a ello, se denominarán motivos o simples motivos todo lo que

de que consideran siempre necesario atender al fin práctico buscado con el negocio, valorando a tal efecto la conducta de las partes. Lo que corresponde a la concepción “espiritualista” y causalista del sistema jurídico español».

(26) DE CASTRO (vid., *op. cit.*, pág. 229) expone como se ha entendido que un contrato es inválido lo mismo por carecer de causa que por no cumplirse la condición tácitamente pactada (sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1956, que analiza un supuesto donde se compró un solar para construir viviendas o dependiendo de que en él se autorizase la construcción, lo que negó el Ayuntamiento).

(27) MORALES MORENO, *La modernización...*, pág. 332.

(28) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, págs. 228 y 229.

(29) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, págs. 191 y 192.

(30) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, págs. 228 y 229.

no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, a la del resultado práctico o social para el que aparece utilizado».

En nuestra opinión, la inclusión en los contratos de adquisición de empresas de las cláusulas de manifestaciones y garantías supone (mediante una adecuada redacción de las mismas) el reflejo negocial del resultado práctico querido por las partes mediante dicha compraventa. A nadie se le escapa que en las adquisiciones de empresas instrumentadas mediante compraventas, cuyo objeto son las acciones o participaciones sociales, el propósito negocial de ambas partes es la satisfactoria toma de control sobre la empresa, o toma de participación en la misma, entendida la empresa, como el conjunto de elementos materiales o inmateriales organizadamente relacionadas cuyo objeto persigue la consecución del fin social.

Es decir, la calidad y fin de las manifestaciones y garantías, en cuanto al propósito negocial, debe suponer (en nuestra opinión) la cualificación de las mismas como verdadero motivo causal de la celebración del contrato de adquisición y no un mero deseo del comprador en cuanto al objeto de la adquisición instrumentada mediante el correspondiente contrato de compraventa, por lo que su incumplimiento puede ser digno de tutela mediante la correspondiente resolución contractual (cosa distinta es que el comprador opte por la misma, debido a las consecuencias perjudiciales que en su caso pudieran derivarse de la correspondiente restitución de prestaciones), o bien, dignas del amparo de la responsabilidad contractual del vendedor por entrega defectuosa.

No obstante lo anterior, la cuestión no deja de ser controvertida debido a la inexistencia de una acción autónoma para la impugnación del negocio por vicio de la causa, aunque no por ello no puede ser remediado dicho vicio causal, desde nuestro punto de vista mediante la resolución contractual (31) o la acción de responsabilidad contractual, por haberse frustrado la finalidad económica del contrato.

Pese a ello, y al respecto, DÍEZ-PICAZO (32) expone de forma interesante lo siguiente: «La consideración de la causa del contrato como causa concreta ha sido abundantemente recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a la hora de definir los incumplimientos esenciales en materia de resolución de contratos, como ocurre, por ejemplo, en la sentencia de 24 de enero de 1986, cuando se habla de la eventualidad resolutoria de la conducta de una de las partes que pueda reputarse contraria a la "finalidad perseguida por el contrato", o cuando se ha hablado, en el mismo sentido, de frustración del fin del contrato, como hizo, por ejemplo, la STS de 8 de julio de 1983.

Es manifiesto que todas estas sentencias en que se habla de la finalidad económica del contrato o de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato, se encuentran en la misma línea de lo que se ha denominado causa concreta del contrato, estando ésta formada por aquellos intentos empíricos o prácticos que las partes, o una de ellas con el conocimiento y aquiescencia de la otra, tratan de alcanzar por medio del contrato. Se pueden considerar equivalentes

(31) Evidentemente, siempre que este ánimo resolutorio sea el interés del comprador (lo que será difícil en los contratos de adquisiciones de empresas) y se cumplan los requisitos para entender que nos encontramos ante un incumplimiento resolutorio. En este sentido, vid. Luis DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, 2005.

(32) Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*, Editorial Thomson-Civitas, 6.ª ed., págs. 276 y 277.

tes las expresiones que a veces utiliza la jurisprudencia al hablar de la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato, de quiebra de la finalidad del contrato o de falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes, no sólo en materia de resolución por incumplimiento, sino también, y de modo muy notorio, cuando se trata de poner en marcha la llamada doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, donde los tópicos mencionados aparecen de forma muy reiterada».

Por esto y como hemos tenido oportunidad de comprobar, aunque analicemos el problema desde la perspectiva de la existencia de un *dolo in contrahendo*, o bien, desde el enfoque de la causa concreta del contrato (como alternativas a la acción de saneamiento) resulta de enorme interés e importancia la constancia de una cláusula de declaraciones y garantías en los contratos de adquisición de empresas con el objeto de poder ofrecer una interpretación clara y no controvertida sobre cuáles fueron los compromisos que se obligó a cumplir el vendedor, en creencia de los cuales el comprador accedió a contratar, y que sin embargo no cumplió (actitud dolosa), así como para poder ofrecer cuál es el propósito práctico perseguido por el comprador cuya insatisfacción supondrá la quiebra de la finalidad buscada por el comprador.

Resulta interesante mostrar cómo los «Principles of European Contract Law» exigen (en superación de la distinción entre dolo causal y dolo incidental) para la anulación del contrato que éste se haya celebrado bajo la influencia del dolo, pero no que el dolo sea causa de la celebración del contrato (33), pudiendo ser el dolo activo u omisivo (34), y pudiendo

(33) Artículo 4:107: Dolo:

1. Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.
2. La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.
3. Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:
 - a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
 - b) el coste de obtener dicha información;
 - c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
 - d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

(34) En relación con los remedios, en caso de dolo, vid. el artículo 4:117: Daños y perjuicios:

1. La parte que denuncia un contrato, en virtud del presente capítulo, podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta.
2. La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 ó 4:114 puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado 1, limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.

tener influencia la conducta de terceros, conocida como «dolo del tercero» (35).

Por otro lado, y como según hemos expuesto, ya que el vendedor genuinamente no responde del defecto, en sede de incumplimiento contractual, sino simplemente con la entrega de la cosa, resulta pues necesario realizar una distribución o asignación contractual de riesgos, con el ánimo de ofrecer una protección al comprador mediante la obligación de la obtención de un resultado por parte del vendedor ante la prestación defectuosa. Aunque esta mera obligación esté siendo objeto de revisión por nuestra doctrina (36) y jurisprudencia,

3. Por lo demás y con los ajustes que correspondan, se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9.

(35) Artículo 4:111: Terceros:

1. Cuando un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma:

- a) provoca un error al dar una información o conocía o debía conocer que existía un error,
- b) proporciona una información incorrecta,
- c) incurre en dolo,
- d) provoca intimidación,
- e) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta, se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo en idénticas condiciones a las que se aplicarían si el comportamiento o la información fueran de la parte misma.

2. Cuando cualquier otro tercero:

- a) proporciona una información incorrecta,
- b) incurre en dolo,
- c) provoca intimidación,
- d) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta, se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo, si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato.

(36) DÍEZ-PICAZO, vid. *Fundamentos...*, vol. II, págs. 704 y 705, en cuanto a los remedios con los que se goza ante una prestación de carácter defectuoso propone una generalización del siguiente tenor:

«Si la relación obligatoria es sinalagmática, el acreedor dispone de la misma pretensión de corrección o de rectificación de la prestación defectuosa, que es, en definitiva, la acción de cumplimiento en forma específica. Dispone, además, de la acción para exigir los daños y perjuicios cuando los defectos le sean imputables al deudor. Sin embargo, la interdependencia funcional propia de las obligaciones sinalagmáticas hace que en éstas quepan consecuencias distintas y más amplias. Así podrá ejercitarse la llamada excepción de cumplimiento defectuoso, que se examinará más adelante y mediante ella enervar el pago de la contraprestación hasta que los defectos hayan sido corregidos. Además, hay que admitir la posibilidad de un reajuste o reducción de la contraprestación que adecúe ésta el valor real de la prestación ejecutada defectuosamente. Por último, es necesario admitir igualmente la posibilidad de que el acreedor demande la resolución del vínculo obligacional. En los casos de prestación defectuosa, la resolución posee un alcance excepcional y requiere, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales, una frustración total o parcial del contrato. En particular, que la prestación defectuosa no útil por no servir al fin al que se le había destinado o que el interés del acreedor en la resolución sea atendible, por no aparecer la resolución como abusiva o como contraria a la buena fe.

En un sentido parecido, la STS de 9 de octubre de 1981 dijo expresamente que si la ejecución de una prestación había sido tan defectuosa que "resulta frustrada la finalidad perseguida por el negocio y el consiguiente interés del acreedor", en las obligaciones sina-

revisión con la que estamos plenamente de acuerdo, lo que supone una constante ampliación de los supuestos de incumplimiento, por lo que para evitar calificaciones del supuesto como saneamiento —tal y como realiza esta sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008—, resulta de enorme interés y altamente aconsejable incluir una cláusula de manifestaciones y garantías con el fin de la asignación contractual de riesgos a que antes hacía referencia (37).

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, al tratar el incumplimiento de una manifestación y garantía en el seno de un contrato de compraventa de acciones como un caso de saneamiento, no hace más que reflejar en el campo de las adquisiciones de empresas y de este tipo de cláusulas, la existencia de una grave problemática que con carácter general existe sobre el estado de la cuestión en relación con los remedios existentes ante la existencia de una prestación defectuosa, según la dogmática más tradicional en cuanto a las obligaciones del vendedor. Este problema ha venido intentándose superar a través de intentos doctrinales (38) y jurisprudenciales al efecto (me refiero a la llamada doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*, aunque no cabe duda que nos adscribimos también a estas opiniones que desde hace unos años vienen clamando por la reforma de nuestro Derecho de Obligaciones en materia de compraventa, para hacer cohonestar el mismo con

lagmáticas es posible actuar (art. 1.124 CC) exigiendo que se imponga al deudor el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo. Y la STS, de 5 de mayo de 1982, dijo que el denominado cumplimiento irregular o defectuoso no produce la ineficacia del símilagma contractual y sí sólo la posibilidad de instar una ejecución complementaria correcta o una reducción del montante de la contraprestación debida».

(37) De nuevo, nos parecen correctísimas las observaciones de MORALES (vid. *La modernización...*, págs. 341 y 342), cuando afirma lo siguiente:

«...Pero además de estos casos de imputación de riesgo [saneamiento por vicios ocultos, entre otros] previstos en la ley, en los que no interviene culpa, caben otros establecidos por la voluntad a través de la garantía. La garantía a que aquí nos referimos es un pacto incorporado al negocio por el que una de las partes asume voluntariamente un riesgo, que en otro caso no le sería atribuido. Por ejemplo, el vendedor se compromete a reparar determinados defectos de la cosa, a sustituirla por otra o indemnizar daños, en un caso en que la ley no le impone estas obligaciones.

Una cláusula de garantía adquiere sentido, en la medida en que ofrezca al adquirente de un objeto una protección que no le ofrece la ley: bien porque atribuye al vendedor riesgos que la ley no le atribuye, bien porque altera la distribución legal de riesgos. Pero en ningún caso puede servir para excluir, por vía de sustitución, una imputación legal de responsabilidad que no admita pacto en contrario o un sistema de reparto de riesgos que no admita alteración.

Otras veces el riesgo se distribuye (se imputa al transmitente) manejando criterios de imputación d responsabilidad basados en la culpa.

El primer criterio en que se piensa, tratándose de las obligaciones derivadas de un contrato, es el incumplimiento de una obligación contractual. Mas no siempre que resulta defectuosa la cosa entregada o que no se acomoda a lo pactado, podemos entender que hay incumplimiento en sentido estricto. Propiamente no lo hay, si los defectos de la cosa fueran debidos a la falta de cuidado en la custodia de la cosa, habría un incumplimiento de la obligación de custodia (cfr. art. 1.094).»

(38) En este sentido resultan de enorme interés las obras de MORALES MORENO citadas en este trabajo, así como los siguientes trabajos de Fernando PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 1019-1091, y «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 1719-1745.

el sistema de remedios admitidos en la contratación internacional, como abordaremos más adelante.

Tales opiniones han llegado a cristalizar en un loable trabajo en el seno de la Comisión General de la Codificación, como es el Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa (39), con la finalidad de modernizarlo, incorporando al mismo las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario, siendo los referentes de dicha reforma, la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (1980) y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Siendo igualmente destacables a estos efectos, los «Unidroit Principles of International Commercial Contracts» y los «Principles of European Contract Law».

En el referido Anteproyecto y en relación con el saneamiento por vicios ocultos, cabe destacar que el mismo y el saneamiento por evicción quedan sustituidos porque al vendedor se le obliga a entregar la cosa conforme al contrato y libre de derechos y pretensiones de tercero. Así, la Propuesta de Anteproyecto dice, en relación con las acciones edilicias, lo siguiente: «*La reforma afecta, fundamentalmente, al régimen de los denominados saneamientos. Afecta, pues, al saneamiento por defectos ocultos de la cosa vendida, que es el que corresponde en la tradicional regulación del Código Civil al principio de conformidad de la Directiva. Afecta también al saneamiento por evicción y por gravámenes ocultos, cuya regulación en el Código Civil no corresponde con las*

(39) Esta propuesta de Anteproyecto de Ley fue publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1998, pág. 2076 y sigs.

En lo que ahora nos interesa, la redacción de los artículos del Código Civil que modifica este Anteproyecto es la siguiente:

- Artículo 1.445. Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no han sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas.
- Artículo 1.474. La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente a la pactada se equipara a la falta de conformidad.
- Artículo 1.475. A salvo de los pactos por las partes hay, en particular, falta de conformidad:
 - 1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor.
 - 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador.
 - 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso.
 - 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador pueda fundamentalmente esperar.
- Artículo 1.481. El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo de éste.
- Artículo 1.482. En caso de falta de conformidad, el comprador podrá, por su sola declaración dirigida al vendedor, exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato. En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere.

exigencias de la sociedad actual. Los saneamientos, como regímenes especiales de responsabilidad contractual, desaparecen y son sustituidos por una regulación de los problemas acorde con las reglas generales del derecho de obligaciones. En este punto, la reforma está presidida por la idea de unificación del sistema de responsabilidad contractual».

O sea, no se puede ser más explícito, la acción de saneamiento no se corresponde con las exigencias de la sociedad actual, por lo que sorprende el recurso a la misma en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, y no puede entenderse sino es desde posturas excesivamente dogmáticas y no pragmáticas, por lo que hubiera sido deseado que las alegaciones en cuanto a la existencia de un incumplimiento contractual y correspondiente solicitud de daños y perjuicios alegadas en el pleito hubieran sido acogidas en sus instancias (de ser calificado como esencial, según veremos y si el defecto no hubiera sido conocido por el comprador), lo que hubiera supuesto un correcto entendimiento del incumplimiento contractual en cuanto a la inexistencia de falta de conformidad. Por ello, fallos judiciales como el aquí tratado, surcan caminos en sentido contrario a los propuestos no sólo en los «Unidroit Principles of International Commercial Contracts» y los «Principles of European Contract Law» (40), sino en nuestro Derecho patrio, como son la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (1980) (41) (art. 35 y sigs.) y el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha integrado el régimen de las ventas de consumo.

Por otro lado, sorprende cómo la ponente (Excma. señora Encarnación ROCA TRÍAS) de la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, no acude como criterio interpretativo a los textos antes mencionados, como de hecho sí hace la misma ponente en otras dos resoluciones, aunque en éstas a propósito del correcto entendimiento de lo que debe considerarse un incumplimiento esencial, como son: la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 2008 (*JUR* 2009/8393) y la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2008 (Id. Cendoj: 280791100012008101164) (42).

(40) Vid. Luis Díez PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

(41) *La compraventa internacional de mercaderías*. Comentario de la Convención de Viena, dir. y coor. Luis Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, Madrid, 1998.

(42) En la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 2008, se afirma lo siguiente: «...Ante un incumplimiento de este tipo, la jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.2 CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como “voluntad deliberadamente rebelde del deudor”, sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso por incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, “sin que sea preciso una tenaz y persistentes resistencia obstativa al incumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte” (STSS de 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006, entre otras). Modernamente, los textos internacionales relativos a las obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el Derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, “si otorga a la parte perjudicada razones para creer

Es decir, fallos judiciales como el aquí expuesto también contradicen la Jurisprudencia que en relación con el *aliud pro alio* o insatisfacción objetiva del comprador han intentado superar rigideces normativas actuales en nuestro Código Civil, tales como la regulación de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa en aras a configurar el concepto de «falta de conformidad», como el verdadero supuesto generador de incumplimiento de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa.

No nos queda más en este momento que recordar que dicho Anteproyecto configura a la «falta de conformidad» como el nuevo supuesto generador de incumplimiento del vendedor en el contrato de compraventa y, como tal, faculta al comprador para ejercitar los remedios propios para el incumplimiento que pasan por una generalización de los mismos, tal y como hacen los «Principles of European Contract Law» (1:301 [4]), los cuales, en relación con el término «incumplimiento» expresan: *«que denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos»*.

Por ello, la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios solicitada por la demandante (en el pleito resuelto por esta sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008) ante el incumplimiento de las obligaciones de la demanda en relación con lo aseverado en las manifestaciones y garantías, entendemos que pudiera haberse resuelto positivamente en clave de incumplimiento contractual (43). Así, el artículo 8:103 de los «Principles of European Contract Law» califica de esencial del incumplimiento:

que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra". Este principio se repite en el artículo 8.101 [1] de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL), que en el artículo 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991; en su artículo 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver el contrato cuando esta conducta constituya "un incumplimiento esencial del contrato" (SSTS de 5 de abril y 22 de diciembre de 2006). Aplicando estos principios al presente recurso...».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2008, expone en cuanto al tema que ahora tratamos, lo siguiente: *«...Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTSS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil. Y a tal efecto es buena la referencia del artículo 8:103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas...».*

(43) Evidentemente, si el incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías pudiera calificarse de «esencial» de acuerdo con estos términos.

- «a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.
- b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.
- c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte».

Y, como según el artículo 8:101 de los «Principles of European Contract Law», el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los remedios dispuestos en el capítulo 9, observamos cómo el artículo 9:501 de los «Principles of European Contract Law» (entre los otros remedios disponibles) faculta para solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, incluyendo las mismas: a) las pérdidas no pecuniarias, y b) las futuras pérdidas previsibles y probables.

En suma y en virtud de lo expuesto, el incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías, bien por su análisis desde el *dolo in contrahendo*, como vicio de la causa o como prestación defectuosa por falta de conformidad, pudieran haber dado lugar a la indemnización de daños y perjuicios solicitada en este caso jurisprudencial, siendo remedios más acordes con los textos internacionales y con la aplicación que el propio Tribunal Supremo, ya está haciendo de los mismos que la acción de saneamiento por vicios ocultos, tanto por las dificultades de la misma en cuanto a un correcto entendimiento del «vicio», como por la superación que de dicha doctrina edilicia se ha venido realizando también en la práctica mediante la aplicación de la conocida doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*.

Como hemos podido comprobar, principalmente pueden ofrecerse soluciones al problema, analizado tanto desde la perspectiva del dolo como de la falta de conformidad en el ámbito del incumplimiento contractual (44). En este caso, aún admitiendo una coexistencia entre ambos regímenes, la tendencia a construir un sistema de responsabilidad contractual objetiva, que se demuestra en los textos propuestos y en nuestra Jurisprudencia, supone un remedio más favorable, en cuanto a su aplicación para el comprador, el recurso al incumplimiento o responsabilidad contractual, aunque ciertamente, el plazo de prescripción de quince años (*ex art. 1.964 del Código Civil*) pueda considerarse excesivo y sea recomendable su reducción en los términos del citado Anteproyecto.

(44) Nieves FENOY PICÓN, «El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos de Derecho Registral*, 2006. Esta autora, aunque en el ámbito de las compraventas de consumo, afirma al respecto lo siguiente: «Por otro lado, el caso del vendedor doloso puede encajar en el dolo vicio del consentimiento (arts. 1.269, 1.270 CC). Hay una concurrencia entre el dolo vicio y el régimen general del incumplimiento del Código Civil, concurrencia que, en la situación actual de nuestro ordenamiento, soy partidaria de solucionar admitiendo su compatibilidad, a elección del comprador; siendo lo más probable que el consumidor encauce la protección de sus intereses a través del incumplimiento. Éste, tanto en remedios (cumplimiento, resolución, indemnización), cuando en plazo de ejercicio (quince años), resulta más ventajoso que el del dolo vicio (anulación, indemnización; cuatro años). Vid. la abundante doctrina citada por esta autora en esta obra, en relación con la evolución del Derecho en este campo.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS DESDE EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS Y EL *ALIUD PRO ALIO*

El tratamiento de la cuestión, objeto de controversia, en el procedimiento que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, desde la aplicación al mismo de las soluciones ofrecidas por la acción de saneamiento por vicios ocultos, no deja de ofrecer problemas, fundamentalmente por la polémica doctrinal en cuanto al concepto de «vicio», la cual simplemente nos vamos a limitar a apuntar en este trabajo.

En un primer lugar, dicha polémica ha venido tradicionalmente referida en cuanto a la existencia de una noción conceptual de vicio frente a una concepción funcional de vicio.

MANRESA (45) expuso la noción conceptual de vicio al afirmar que *«la simple ausencia en la cosa de determinadas cualidades, que el comprador creía haber encontrado en ella, no puede estimarse como un vicio redhibitorio. Una cosa es que el objeto vendido carezca de ciertas bondades, y otra que positivamente tenga ciertos vicios»* (46).

Por otra parte, la noción funcional de vicio ya fue expuesta por Mucius SCAEVOLA (47) cuando dice que el uso de la cosa, a que se refiere el Código Civil en materia de saneamiento por vicios ocultos *«...no es, en términos generales, aquel uso que el comprador manifiesta querer obtener, sino el que natural y lógicamente corresponde prestar la cosa»* (48).

(45) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, Madrid, 1910, pág. 208.

(46) VERDA Y BEAMONTE ilustra esta doctrina del siguiente modo: *«Tomando un ejemplo tradicionalmente propuesto por los autores que defienden la noción conceptual, no habría, así, un “vicio” cuando el cuadro vendido no hubiera sido pintado por el famoso artista, al que erróneamente se hubiera atribuido su autoría. Ciertamente, de haber conocido al comprador esta circunstancia, no habría comprado el cuadro o habría pagado un menor precio por él. Sin embargo, en este caso, faltaría el prius, respecto del cual poder enjuiciar la gravedad del defecto, a saber, la existencia misma del “vicio”, ya que el cuadro sería hábil para su normal destino, cual es el de su contemplación estética. Por lo tanto, la ausencia en la cosa vendida de una cualidad especialmente presupuesta (la autenticidad de la obra pictórica) habría de ser reconducida a las normas generales de los contratos, con el fin de posibilitar la anulación (por error-vicio del consentimiento) o la resolución (por defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega) del contrato»*. VERDA Y BEAMONTE, «La noción de “vicio” del artículo 1.484 del Código Civil», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, vol. II, pág. 3231.

(47) Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XXIII, artículos 1.445 a 1.541, Madrid, 1906, pág. 608.

(48) VERDA Y BEAMONTE, *vid.*, *op. cit.*, «La noción de “vicio”»..., pág. 3234, retomando el ejemplo del cuadro, gráficamente lo trata desde la concepción funcional de vicio al decir que: *«Por lo tanto, la falta de autenticidad de una obra de arte, en la que no hay una cualidad presupuesta por el comprador, cual es la de haber sido pintada por un famoso maestro, constituirá un “vicio” en el sentido del artículo 1.484 del Código Civil. Ciertamente, que el cuadro seguirá siendo hábil para su natural destino (su contemplación estética), pero, con toda probabilidad, el comprador no sólo lo habrá adquirido para contemplarlo, sino también en atención a haber sido pintado por un concreto autor, ya que, en definitiva, la autoría de un cuadro es circunstancias que determina su valor de mercado. Resulta, pues, que el comprador no podrá extraer de la obra pictórica todas las utilidades que razonablemente esperaba obtener de ella, ya que con su adquisición pensaba haber realizado una adecuada inversión económica tendente a la conservación o revalorización de su patrimonio»*.

Aún admitiendo, como de hecho consideramos que ha de hacerse, el concepto funcional de vicio, no es menos cierto que en el caso analizado, el objeto del contrato son las acciones de la compañía. En este sentido, también habría de superarse la clásica polémica entre la concepción objetiva del vicio y la concepción subjetiva del vicio (49). Así, la concepción objetiva delimita la noción de vicio en función de caracteres abstractos, mientras que la concepción subjetiva delimita los vicios, atendiendo a lo querido por las partes en el contrato, lo cual no ha estado claro en la doctrina, existiendo posiciones discrepantes al respecto, aunque pudiera admitirse una concepción subjetiva del vicio, con la consabida hasta ahora, expansión del supuesto de hecho de las acciones edilicias (50).

El tercer punto del debate vendría suministrado por la polémica existente entre si el ámbito de circunscripción de las acciones edilicias es el de las compraventas de cosa específica, mientras que el de las acciones de incumplimiento es propio de las compraventas de cosa genérica. Aunque pudiéramos aceptar que, efectivamente, ello fuera así, la cuestión tampoco ha estado exenta de polémica (51).

Otro aspecto controvertido es la continua superación del concepto de vicio, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, a favor de la ampliación del ámbito de aplicación del incumplimiento contractual, tendencia que como ya hemos expuesto consideramos correcta. Así, en la dicotomía *alius/peius*, se defiende que habría un *aliud* en los supuestos de falta de conformidad por parte del comprador cuando la cosa vendida adolezca de las especificaciones contractuales, existiendo un *peius* cuando la cosa es impropia para el destino habitual de la misma (52).

(49) Antonio Manuel MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», en *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pág. 635 y sigs.

(50) MORALES MORENO, *El alcance...* (vid., págs. 644 y 645), expone la cuestión del siguiente modo: «Una cuestión que nos suscita la interpretación del artículo 1.484, básica para la determinación del concepto de vicio redhibitorio en nuestro Derecho, consiste en saber si acoge sólo un sistema subjetivo o permite emplear, al menos con cierta medida, criterios subjetivos para su determinación. El texto del artículo no ofrece, a primera vista, una solución clara: Su referencia inicial al uso a que la cosa se destina, no nos conduce claramente a un resultado concreto...», y pese a la admisión del criterio subjetivo, el mismo autor expone más adelante en este trabajo (vid., pág. 652) lo siguiente: «...En cuanto se supera la construcción puramente objetiva de los vicios, como ocurre en nuestro sistema jurídico, es difícil trazar una distinción segura, con efectos prácticos satisfactorios, entre vicios y ausencia de cualidades...».

(51) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pág. 839 y sigs. Este autor considera que si el comprador conocía los defectos de la cosa, no se aplicaría la acción de saneamiento sino la de incumplimiento, proponiendo la aplicación de la acción de saneamiento a los vicios manifiestos y la de incumplimiento a los vicios ocultos.

En cuanto a la consideración de la aplicación de las acciones edilicias a las compraventas específicas y las de incumplimiento a las compraventas genéricas, puede observarse VERDA BEAMONTE, *La noción de «vicio»...* y la doctrina por él citada, pág. 3268.

(52) Claramente en contra con esta solución, VERDA Y BEAMONTE, *La noción de «vicio»...* y pág. 3267, cuando afirma: «A mi parecer, la distinción entre *peius* y *aliud* no puede basarse en la circunstancia de que las cualidades de que adolece el bien haya sido objeto, o no, de una expresa previsión contractual, sino que ha de prestarse atención al diverso significado que en la compraventa de cosa específica y en la de cosa genérica alcanza la ausencia de las cualidades expresamente previstas o implícitamente presumpues-

Evidentemente, la polémica anterior ha servido para sentar las bases de la correspondiente jurisprudencia del *aliud pro alio* (53) que con referente en el artículo 1.166 del Código Civil ha tenido la oportunidad de colaborar en el avance de la solución al problema propuesto, identificando como supuestos de incumplimiento contractual por equiparlos a falta de entrega, aquellos casos en que se produce una insatisfacción o falta de conformidad objetiva del comprador en cuanto a las características de la *res vendita* (54), por lo que, en

tas por las partes al tiempo de la celebración del contrato». Sin embargo, de enorme interés resultan las citas que el mismo autor (vid., op. cit., pág. 3261) a la posición contraria que existe en la doctrina y jurisprudencia francesas. Así expone, lo siguiente: «(47) En tal sentido se orienta la actual jurisprudencia francesa, la cual diferencia los conceptos de "vicio redhibitorio" y de "ausencia de cualidad". El "vicio" se identifica con aquellos defectos que hacen la cosa impropia para el uso a que habitualmente se la destina para el tráfico jurídico, mientras que la "ausencia de la cosa vendida de una cualidad" especialmente tenida en cuenta por las partes se califica como un supuesto de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega ("non conformité"). De esta clasificación se extraen importantes consecuencias: si la cosa es inútil para su normal destino, el comprador sólo puede acudir a las acciones edilicias, mientras que si es inútil para una específica finalidad pretendida por las partes, se admite la posibilidad de acudir a las acciones generales de incumplimiento, las cuales no están sujetas al breve plazo previsto por el artículo 1648 del "Code"».

(53) Vid. Antonio ORTI VALLEJO, «Los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente», en *Aranzadi Civil*, vol. I (Estudio), 1996. Asimismo, VERDA Y BEAMONTE, «Entrega de *aliud pro alio*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, Editorial Aranzadi, 1999.

(54) VERDA Y BEAMONTE, *La noción de vicio...* (págs. 3268 y 3269) reconoce, pese a su posición, que: «La jurisprudencia española, en cambio, sigue un criterio bien diverso al que aquí se sugiere en orden a la coordinación de las acciones edilicias y las acciones de incumplimiento, ya que no distingue según que los defectos afecten a cosa específica o genérica, sino que atiende a la gravedad o levedad de los mismos. Con la finalidad de obviar la aplicación de las normas reguladoras del saneamiento y de asegurar la tutela del comprador, más allá del breve plazo de caducidad establecido en el artículo 1.490 del Código Civil, entiende que cuando la cosa presenta defectos de tal entidad, que resulta totalmente inhábil para el uso a que se destina, no existe un vicio en el sentido del artículo 1.484 del Código Civil, sino que hay un supuesto de entrega de *aliud pro alio*, por lo que las acciones ejercitables no son las edilicias, sino las de incumplimiento, las cuales están sujetas al amplio plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código Civil... Hay que reconocer que esta moderna orientación jurisprudencial, que se ha impuesto a otra más antigua, favorable a la compatibilidad de las acciones edilicias y las de incumplimiento tiene sus méritos. El más evidente es el de paliar, al menos en parte, las consecuencias de una inadecuada regulación procesal de las acciones edilicias, obviando la aplicación del breve plazo de caducidad que para su ejercicio prevé el artículo 1.490 del Código Civil... Creo que es innegable que existe un inevitable punto de coincidencia entre la entrega de *aliud pro alio*, tal y como es concebida por la jurisprudencia, y el "vicio", tal y como es definido por el artículo 1.484 del Código Civil. Entiendo, en definitiva, que la orientación jurisprudencial que circunscribe el ámbito de aplicación del artículo 1.484 del Código Civil a los pequeños defectos que disminuyan la utilidad de la cosa, pero que no la hacen totalmente inútil para el uso a la que se la destina, carece de fundamento legal, ya que supone ir contra el claro y tajante tenor del precepto. Y, además, aplicada rigurosamente conduce a un resultado injusto, ya que sólo permite al comprador ejercitar las acciones de incumplimiento cuando los defectos hacen la cosa "totalmente inhábil para el uso a que va destinada", negándole tal posibilidad cuando se trate de defectos de calidad menor, en cuyo caso no se comprende por qué no ha de poder demandar la sustitución o reparación del bien, y ha de limitarse a ejercitar las acciones edilicias, quizá ya extinguidas por el transcurso del breve plazo de caducidad del artículo 1.490 del Código Civil».

nuestra opinión, esta doctrina jurisprudencial no puede valorarse en función de la exclusiva gravedad o levedad del defecto, sino sobre dicha falta de conformidad por ser contraria a las especificaciones contractuales de la cosa vendida aunque, evidentemente, para que dicho incumplimiento pueda calificarse como resolutorio ha de ser esencial.

No obstante lo anterior, la propia sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, sobre las bases de los hechos probados y de lo alegado en las instancias, no considera aplicable la doctrina del *aliud pro alio*, fundamentalmente por considerar probado que el objeto del contrato eran acciones y no la toma del control de la sociedad, lo que a nuestro juicio, vuelve a ser propio de un excesivo dogmatismo en cuanto a la interpretación del objeto contractual, atendido única y exclusivamente desde la óptica del objeto real del contrato y no desde lo que pudiera ser considerado objeto ideal del contrato, que es el conformado no sólo por el real sino por las especificaciones contractuales que realizan las partes sobre el mismo en las referidas cláusulas de manifestaciones y garantías; obviándose por otro lado, la integración que en relación con el contenido del contrato ha de realizarse conforme al artículo 1.258 del Código Civil (55).

Además, lo anterior sería contrario incluso a la concepción subjetiva de vicio, defendida por la doctrina mayoritaria, y por lo tanto incongruente con el tratamiento edilicio efectuado por la sentencia.

Resulta incluso significativo, exponer como la Audiencia Provincial de Madrid afirmaba en el recurso de apelación que para entender que se pudiera aplicar la doctrina del *aliud pro alio* hubiera sido necesario que la sociedad comprada hubiera estado en quiebra. Entendimientos como éste implican incluso agravar hasta límites insospechados en el ámbito de las adquisiciones de empresas el concepto de «esencialidad» como requisito del incumplimiento resolutorio, contrario a la concreción que de dicho concepto se ha venido realizando por la Jurisprudencia: a saber, existe un incumplimiento esencial cuando se produce la falta de obtención de la finalidad perseguida, la frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones, quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido. En este sentido, DIEZ-PICAZO expone con claridad su opinión cuando afirma que (56): «*De esta suerte, el problema que plantea la calificación de un incumplimiento como esencial es si éste debe resultar claramente de las estipulaciones de las partes, de manera que éstas contengan lo que los ingleses llaman una conditio, o se trata de una valoración realizada a posteriori sobre lo que puede considerarse la trama económica del contrato. En este punto, hay que decir que, a nuestro juicio, es solución preferible la primera, pues en la segunda existe siempre una cierta dosis de arbitrariedad.*».

De ahí que, a nuestro juicio, la normal y correcta construcción de la cláusula de manifestaciones y garantías evidencie claramente la esencialidad de lo que antes también hemos denominado «propósito comercial», por lo que pueden justificar un incumplimiento resolutorio en términos de esencialidad, sin que sea correcto entender que su falta sólo puede ser digna de consideración

(55) Sobre la integración del contrato con carácter general, vid. Carlos LASARTE, «Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Revista de Derecho Privado*, LXIV, págs. 50-78, 1/1980.

(56) DIEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, pág. 66.

si la empresa se encuentra en insolvencia, ya que la frustración del fin del contrato evidentemente se puede producir sin tener que esperar al acaecimiento de la situación de insolvencia.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos tenido oportunidad de exponer, no consideramos adecuado el tratamiento que la sentencia de 20 de noviembre de 2008 realiza del supuesto de hecho debatido, a saber, el incumplimiento de una cláusula de manifestaciones y garantías en el ámbito de las adquisiciones de empresas cuando ésta se conviene mediante un contrato de compraventa de acciones.

La solución a este problema no puede venir por la aplicación del régimen del saneamiento por vicios ocultos, un sistema de protección del comprador introducido en Roma por los Ediles Curules para mitigar el conocido *caveat emptor* en las ventas celebradas en los mercados, cuando ni siquiera este nuevo remedio edilicio en el Derecho Romano excluía por completo la posibilidad del comprador de acudir a las acciones y remedios propios del *Ius Civilis* (57).

La ubicación de este tipo de cláusulas en sede de *dolo in contrahendo* y de vicio de la causa subjetiva o concreta, podrían haber servido como justificaciones para la exigibilidad de la indemnización de daños y perjuicios solicitada, con cumplimiento de sus requisitos.

La progresiva evolución del concepto de incumplimiento resolutorio (aunque el comprador pueda pretender, en la mayoría de estos supuestos, exclusivamente la acción de indemnización de responsabilidad contractual debido a las características de este tipo de adquisiciones) en función a la «falta de conformidad» ha de servir igualmente como fundamento jurídico de la indemnización solicitada, coadyuvando al respecto la igualmente progresiva objetivización de dicho incumplimiento.

El saneamiento por vicios ocultos no se desvela como una fórmula adecuada para el tratamiento de este problema, a la luz de su desaparición como figura autónoma en los textos internacionales y de los constantes esfuerzos jurisprudenciales por una superación del referido sistema edilicio, en aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, siendo evidente que el recurso edilicio no es el correcto, según las características especiales de las adquisiciones de empresas, por no ser el apropiado para atender al remedio por contravención de los propósitos negociales o fines buscados por el comprador en estas adquisiciones.

Ni los textos internacionales (como los Principios del Derecho Europeo de Contratos, que están siendo aplicados ya por nuestro Tribunal Supremo), ni nuestro propio Derecho nacional (Convención de Viena de 1980 y Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,

(57) MORALES MORENO, *El alcance...* (pág. 597), afirma que: «El sistema protector de los ediles, aun siendo un sistema especial, no va a privar al comprador de la posibilidad de utilizar, ante la jurisdicción correspondiente, los remedios propios del *Ius Civile*. Ello es así, incluso en los casos en que el remedio edilicio no se ha dado *splendi iuris civilis*, sino *adievundi iuris civilis gratia*... (20). ARANGIO RUIZ, *Compraventa*, pág. 367. Por ejemplo, el simple silencio del vendedor de buena fe no estaba sancionado; no determina la *actio empti* y sí la protección edilicia. En cambio, las declaraciones positivas engañosas del vendedor daban lugar a la protección civil honoraria».

que ha integrado el régimen de las ventas de consumo), donde se supera por completo el régimen de las acciones edilicias a favor de la falta de conformidad, justifican la existencia de la desigualdad de trato en los remedios que pudiera utilizar el comprador en estas adquisiciones especiales, como de hecho ocurre con la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008, desde postulados, a nuestro juicio, excesivamente dogmáticos.

El anterior rigor en cuanto al recurso codificado edilicio y las polémicas doctrinales en cuanto al mismo y su conexión con el incumplimiento contractual, pese a los loables intentos de la conocida doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* (con los riesgos en cuanto a la gravedad o no del defecto), hacen aconsejable, en general, una reforma del sistema de nuestra compraventa regulado en el Código Civil (58).

En suma, asuntos como el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, refuerzan dichos propósitos de reforma. En esta línea, y como colofón a las reflexiones realizadas en este trabajo, consideramos sumamente ilustrativas las palabras de Díez-PICAZO (59) al respecto: *«El problema, en mi opinión, es definir claramente si en el Derecho moderno se debe seguir una política, por llamarla de algún modo, denominaremos de favorecimiento de la contratación, o si se debe seguir una política que en cierta medida resulta restrictiva. Mi opinión va en el primero de los sentidos mencionados. Puedo admitir, aunque las cosas no estén en este punto especialmente claras, que en los momentos en que el Código Civil francés se promulgó, el contrato fuera considerado como una aventura especialmente arriesgada, de manera que para generar obligaciones vinculantes hubiera que tomar algunas precauciones y que no se sintiera la necesidad de un mundo con demasiados contratos, pero me parece que no es la misma óptica que doscientos años después se debe adoptar. Aunque sea tachado de neoliberal, tendré que decir que el progreso económico va unido al desarrollo constante de la contratación y que, por consiguiente, cuantas más medidas se tomen en ese sentido mejor será para todos. (...) En cualquier caso, y a modo de conclusión, quiero señalar que cualquier reforma que, en estos momentos o en el futuro, se acometa para modificar los actuales códigos civiles, tiene, naturalmente, que adquirir conciencia clara de que debe ponerlos en línea con los textos en los que se plasma un proyecto de Derecho europeo. El Derecho de contratos se encuentra hoy en un momento delicado de su evolución y, si se considera necesario reformarlo, lo mejor que puede hacerse es colocarse en la misma línea que el llamado Derecho europeo».*

(58) De hecho, países como Alemania han llevado a cabo una reforma de su Código Civil (BGB) mediante la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), para trasponer la Directiva 1999/44/CE, donde se ha sustituido la regulación de los vicios por la falta de conformidad de la Directiva. Lo mismo ha ocurrido en Austria mediante la (*Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz*) que ha modificado en el mismo sentido el Código Civil austríaco (ABGB). Igualmente, en Holanda el nuevo Código Civil (NBG) ya había recogido la regulación de la compraventa bajo los principios de la Directiva 1999/44/CE y del Convenio de Viena de 1980.

(59) Díez-PICAZO, «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, LV-4, octubre de 2003.

RESUMEN

ADQUISICIÓN DE EMPRESA. INCUMPLIMIENTO

La sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, resuelve un supuesto de incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías en un contrato de adquisición de empresa, articulado mediante una compraventa de acciones, desde la aplicación del saneamiento por vicios ocultos, lo que nos parece contrario a los modernos postulados del Derecho de obligaciones que ofrecen el concepto de «falta de conformidad» como superación de las clásicas acciones de saneamiento.

ABSTRACT

COMPANY ACQUISITION. BREACH OF OBLIGATION

In a case of breach of the clause of statements and guarantees in a contract to purchase a company through a purchase of shares, the Supreme Court's ruling of 20 November 2008 was to apply a remedy to hidden defects. This seems to us contrary to the modern postulates of obligation law, which offer the concept of «unacceptability» as a better tool than classic action to remedy hidden defects.