

## 2. MERCANTIL DERECHO DE CONTRATOS

### Distinción entre estipulación en favor de tercero y autorizado de pago en el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones en los contratos de compraventas de empresa

#### *Distinction between stipulation in favour of a third party and authorized payment in the breach of the declarations and statements in the company sales contracts*

*por*

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** Resulta necesario delimitar la figura del tercero beneficiario y del mero autorizado de pago en orden a clarificar la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones en los contratos de compraventas de empresa.

**ABSTRACT:** *It is necessary to delimit the figure of the third-party beneficiary and the mere authorized payment in order to clarify the active legitimacy of the acquired company in the event of non-compliance with the declarations and statements in the company sales contracts.*

**PALABRAS CLAVE:** Compraventa de empresa. Tercero beneficiario y autorizado de pago.

**KEY WORDS:** *Sale of company. Third party beneficiary and authorized payment.*

**SUMARIO:** I. LA SOCIEDAD ADQUIRIDA ¿TERCERO BENEFICIARIO O AUTORIZADO DE PAGO?—II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA SOCIEDAD ADQUIRIDA ¿TERCERO BENEFICIARIO O AUTORIZADO DE PAGO?

Ya nos hemos ocupado anteriormente sobre el tema de la legitimación activa de la sociedad adquirida para la reclamación de daños y perjuicios derivada de un contrato de compraventa de empresa<sup>1</sup> aunque íntimamente ligada a esta cuestión jurídica se precisa delimitar o deslindar correctamente instituciones tales, como la estipulación en favor de tercero o el mero autorizado de pago, haciendo referencia también por la conexión con esta última figura a la conocida como *adiectus solutionis gratia*.

Decíamos que es habitual en la práctica la construcción del clausulado relativo al efecto de las declaraciones y manifestaciones (*«representations & warranties»*) de tal manera que no solo se encuentra legitimado el comprador o adquirente de la empresa o acciones adquiridas sino la propia sociedad adquirida.

Una cláusula contractual tipo de las que venimos hablando podría ser la siguiente:

*«Cualquier falta grave y esencial de veracidad, exactitud, corrección o adecuación a la realidad e integridad de las Manifestaciones y Garantías del Vendedor, así como cualquier incumplimiento grave y esencial de las obligaciones asumidas por el Vendedor en este Contrato, será considerado como un incumplimiento contractual grave y esencial (en lo sucesivo, «Incumplimiento»).*

*En caso de Incumplimiento, el Vendedor se obliga a indemnizar al Comprador y/o la Sociedad, a decisión del Comprador, de todos los daños y perjuicios efectivos que estos puedan sufrir como consecuencia del Incumplimiento.*

*En consecuencia en los casos citados en el párrafo anterior, el Vendedor se compromete e irrevocablemente se obliga a indemnizar al Comprador y/o a la Sociedad, a decisión del Comprador, por cualquier daño efectivo («Daño Indemnizable») definido como quebranto o impacto patrimonial negativo cierto y que se produzca efectivamente en la Sociedad como consecuencia de un Incumplimiento culpable o doloso, que tenga su origen o viniera producido en virtud de actos, negocios, situaciones, hechos, omisiones o vicios anteriores al día de la Fecha de Cierre, aunque sean reclamados, conocidos o liquidados con posterioridad, así como de los daños y perjuicios que, puedan producirse al Comprador y/o a la Sociedad como consecuencia de cualquier Incumplimiento».*

La cláusula contractual de atribución de responsabilidad de la Vendedora frente a la sociedad adquirida también es clara y la doctrina española la admite sin ningún tipo de duda: «...No es infrecuente que la obligación de resarcir por falsedad o incorrección de las manifestaciones y garantías se construya teniendo como beneficiario al comprador o la propia sociedad»<sup>2</sup>.

Junto a la jurisprudencia francesa y resoluciones judiciales españolas que citábamos en nuestro trabajo referido, también es digna de mención, en materia de compraventa de sociedades mercantiles la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª) núm. 253/2015 de 20 de octubre (*JUR* 2016, 131366), que literalmente razona lo mismo que se sostiene por esta parte con sede en la aplicación del artículo 1257.2 del Código Civil, con el siguiente tenor literal:

*«En este motivo del recurso se sostiene la falta de legitimación de la empresa, demandante y reconvénida, por cuanto la acción nació de los contratos de compraventa de participaciones sociales en los que la empresa no fue parte. Y siendo cierta esta argumentación, el motivo no puede prosperar, tanto por lo*

*explicado por el Juez a quo, antes transcrito, como por cuanto si acudimos a la demanda observamos que aunque la acción que se ejercita nace del contrato de compraventa, en cuya cláusula octava, los vendedores se hicieron responsables de los créditos que terceros tuvieran contra la sociedad; esa asunción de responsabilidad, en tanto que recae sobre deudas de la empresa demandante, favoreciendo a esta que si bien no se libera de la reclamación de sus acreedores, si que le permite reclamar a los demandados el pago de esa deudas, y por tanto, que la acción derivada del contrato sea ejercitada tanto por los compradores como por la mercantil, ya que en su condición de titular de las relaciones jurídicas en las que nacen esos créditos va a recaer sobre ella el pago de las citadas deudas (artículo 1257.2 del Código Civil (LEG 1889, 27))».*

El hecho de que la doctrina española se haga eco en los contratos de compraventa de empresa de la práctica anglosajona de incluir en los mismos las conocidas como «*specific indemnities*» no nos puede hacer desvirtuar la verdadera naturaleza jurídica de la figura y su consideración como estipulación en favor de tercero, en función de lo que a continuación razonaremos.

La jurisprudencia ha calificado al contrato que contiene estipulación a favor de un tercero como aquel «*que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño, que no ha tomado parte en su conclusión*» (SSTS, entre otras de 23 de octubre de 1995, 7 de junio de 1976 o 17 de febrero de 1977). De esta forma, al tercero beneficiado le asiste acción para exigir su cumplimiento.

Pues bien, como afirma AGUAYO (*vid. op. cit.*, 206, 207 y 209) el uso de este tipo de pactos [*«specific indemnities»*] de manera combinada con las manifestaciones y garantías en las operaciones de adquisición de empresa se ha importado (al igual que estas), de los países anglosajones y en particular del Derecho inglés. En el Derecho y en la práctica de este país resulta claro el cometido que estos pactos cumple. Se trata de evitar el riesgo de que el derecho del comprador a percibir compensación por daños en caso de falta de veracidad o incorrección de las manifestaciones y garantías se vea limitado por el conocimiento por parte del destinatario de la falta de veracidad o incorrección de la manifestación y garantía en cuestión en el momento del contrato (...). Por ejemplo, que un tercero, pongamos por caso la administración tributaria levante acta reclamando el ingreso de una cantidad a la sociedad cuyas acciones se venden, como consecuencia de una defectuosa liquidación. La sociedad paga y el vendedor indemniza a la sociedad o al adquirente. Como se ve, el obligado no lo está porque la sociedad haya incumplido (de hecho, la sociedad paga el importe reclamado), sino porque ha asumido el riesgo de que, si la sociedad tiene que pagar, él indemniza. Y lo ha hecho porque en la negociación ha alcanzado ese pacto en la asignación de riesgos con su contraparte. Puede decirse que se trata de una asunción o cobertura de riesgos.

De hecho, en un caso similar de atribución de derechos a terceros en términos de responsabilidad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011 (*JUR* 2013, 115652), se analizaba la naturaleza jurídica de la cláusula que imponía la *obligación de indemnizar* a una sociedad no firmante de un contrato las posibles contingencias o pasivos ocultos, se razonó su consideración como estipulación en favor de tercero (*ex. art. 1257.2 CC*), se razona lo siguiente:

*«Siendo una nota característica de dichos pactos su carácter extraestatutario o extrasocial el mismo no puede resultar oponible frente a la sociedad precisa-*

mente en atención a su carácter extracorporativo. Y a ello no obsta que LIDERA pueda exigir a CADISA y al Sr. Ángel Daniel el cumplimiento de aquello a lo que se obligaron los socios, con la fuerza del vínculo, obligatorio, al contener el pacto preciso cual una estipulación en favor de tercero —artículo 1257 2 del Código Civil (LEG 1889, 27)—. Más en razón de dicha estipulación LIDERA, tercero, puede exigir el cumplimiento del contenido obligacional establecido a su favor, más sin que ello entrañe que el tercero devenga parte de aquel pacto, al no suscribir el mismo. Los comparecientes intervinieron en su condición de legales representantes de las cinco sociedades, respectivamente, y en su propio nombre, pero no como representantes de la sociedad creada LIDERA.

La estipulación a favor de tercero (LIDERA) se recoge en la cláusula 3.4 del contrato parasocietario suscrito por las cinco sociedades y sus representantes a título personal en concreto cuando dice: «En caso de que surgieran contingencias que modifiquen el valor de la aportación en especie realizada por cada SOCIO DE SU patrimonio, por hechos o actuaciones previas a la fecha de efectiva aportación a LIDERA HIGIENE, dicho SOCIO se compromete y obliga a reponer a LIDERA HIGIENE cualquier importe o quebranto patrimonial que pudiera sufrir como consecuencia de dicha contingencia o pasivo oculto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a que se produzca el efectivo pago por la Sociedad o se manifieste dicha contingencia. Las personas físicas que comparecen en este acto en nombre y representación de los SOCIOS responderán solidariamente con el socio aportante de cualquier responsabilidad económica que pueda surgir en virtud de lo aquí dispuesto. «Y asimismo se recoge en el contrato de novación parasocietario suscrito en fecha 14 de noviembre de 2008 en donde se dice: «TERCERA.- RESPONSABILIDAD POR CONTINGENCIAS PREVIAS. 3.1. Todos los SOCIOS garantizan personal e ilimitadamente la veracidad y realidad de los Balances aportados a la escritura de ampliación de capital otorgada en el día de hoy y, en consecuencia, del patrimonio empresarial objeto de su aportación. En consecuencia, cada uno de los SOCIOS se comprometen y obliga a responder y reintegrar a LIDERA HIGIENE cualquier posible contingencia o pasivo oculto que pueda ponerse de manifiesto en el futuro que pueda suponer una modificación patrimonial o con efecto económico para LIDERA HIGIENE, siempre que tenga origen en hechos o actos anteriores al día de hoy, cualquiera que sea la fecha de exigibilidad o devengo. En consecuencia, si desde el día de hoy se produce cualquier obligación o modificación patrimonial en LIDERA HIGIENE atribuible al patrimonio aportado por cualquiera de los SOCIOS, al SOCIO al que corresponda deberá reintegrar a primer requerimiento y dentro del plazo máximo del treinta (30) días naturales desde que se produzca el pasivo o contingencia y/o sea notificada al SOCIO, el importe que corresponda, incluidas sanciones, intereses y gastos producidos si los hubiera. La presente obligación de garantía se otorga en los más amplios términos respecto a cualesquiera contingencias comerciales, laborales, fiscales y de cualquier otra índole o naturaleza, que puedan surgir en el patrimonio aportado por cada uno de los SOCIOS, según resulta de los Balances incorporados a la escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

3.2. Sin perjuicio de lo antes dispuesto, en especial, en cuanto a los saldos de Clientes que constan en los Balances incorporados al acuerdo de ampliación de capital, todos los SOCIOS acuerdan y aceptan expresamente que aquellos saldos que no hayan sido efectivamente satisfechos a LIDERA HIGIENE a fecha 31 de marzo de 2009 por tales clientes, el importa que impagado deberá ser reintegrado a LIDERA HIGIENE por el SOCIO que haya aportado dicho

cliente, no más tarde del 15 de abril de 2009, cualquiera que sea la causa o razón del impago, sin perjuicio del derecho del SOCIO a quien corresponda de hacer las gestiones y reclamaciones que estime oportunas frente al cliente.

3.3. En cuanto al inventario de existencias aportado por cada SOCIO, según resulta de los Balances antes indicados, todos los socios acuerdan, asimismo, que deberán asumir todas las existencias no vendidas a terceros en el curso normal de la actividad a fecha 31 de diciembre de 2009, obligándose a abonar el valor consignado en el Balance de ampliación de capital, no más tarde del 31 de enero del año 2010.

3.4. Cada SOCIO garantiza y se responsabiliza de la plena adecuación de las instalaciones cedidas por título de arrendamiento a la normativa para el legal desarrollo de la actividad. En consecuencia, si por el cambio de titularidad de licencias de apertura a nombre de LIDERA HIGIENE, la Administración o cualquier organismo público competente notificase cualquier deficiencia y/o exigiese el cumplimiento de cualesquiera requisitos, el SOCIO aportante se compromete y obliga a adoptar las medidas necesarias para adecuar las instalaciones, (realización de obras de adecuación, trámites administrativos, etc., en los más amplios términos), para cumplir la legislación vigente, en el plazo máximo de treinta (30) días naturales desde el requerimiento, salvo que la Administración u organismo público requirente indique un plazo menor, siendo exclusivamente de su costa, cualesquiera gastos que se originen, y obligándose a dejar indemne a LIDERA HIGIENE de cualquier coste o perjuicio económico por tal causa, incluidas sanciones y/o intereses si los hubiera.

En caso de que el SOCIO aportante no diese cumplimiento a esta obligación, LIDERA HIGIENE podrá hacerlo a su costa, siendo de aplicación lo dispuesto en las Cláusulas SÉPTIMA Y OCTAVA.

3.5. Todos los SOCIOS se obligan a aceptar el importe de las contingencias, renunciando a su impugnación frente a LIDERA HIGIENE, sin perjuicio de los derechos que puedan asistirles frente a terceros. Todos los SOCIOS por sí y por medio de LIDERA HIGIENE se comprometen y obligan a facilitar al SOCIO afectado la reclamación a dichos terceros, si así procede.

En caso de discrepancia entre los SOCIOS sobre la procedencia, existencia, cuantía, etc. de cualquier contingencia, pasivo o sobre su forma de pago, todos los SOCIOS se obligan a aceptar la decisión que adopte al respecto quien en dicho momento sea Auditor o Asesor económico o contable de LIDERA HIGIENE, obligándose a cumplir la misma y renunciando a cualesquiera acciones de impugnación o discusión de tal resolución».

Dicha estipulación a favor de tercero, se regula en el artículo 1257.2 del Código Civil, y en virtud de la cual los contratantes convienen una prestación a favor de tercero que confiere a este, en el aspecto de que se haya aceptado (lo que puede realizarse de forma expresa o tácita) un derecho de exigir la prestación convenida. Y eso es precisamente lo que sucede en nuestro supuesto. Toda vez que el pacto parasocial nunca fue suscrito por LIDERA, aun cuando lo fue por todos los socios de la sociedad, ya en nombre propio ya en nombre las sociedades de las que eran legales representantes D. Ángel Daniel, D. José Antonio, D. Juan Miguel, D. Artemio y D. Darío. LIDERA no firmó el pacto parasocial que contenía el pacto de sumisión a arbitraje; se opuso a la declinatoria de contrario y nunca se remitió a dicho documento, ni siquiera ha expresado su voluntad de someterse a él manifestando frontalmente su oposición. Y como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7872): «Tal contrato produce efectos únicamente entre las partes y sus causaha-

bientes, careciendo de efectos frente a terceros, es decir, estos no pueden sufrir ninguna carga ni obligación ni ser privados de cualquier derecho por medio de un contrato en el que no han sido partes, ni por sí ni estando representados (arts. 1257 y 1259 CC [LEG 1889, 27]), y Sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3344): «Partiendo, pues, de la buena fe, no les alcanza la condición resolutoria de un contrato en el que no fueron parte, por mor del principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código Civil, en virtud de la protección a la apariencia jurídica y por ser un tercero adquirente de buena fe. Todo ello en relación al tema jurídico resaltado por la sentencia de instancia que fueron adquirentes de quien en aquel momento era propietaria, por título —compraventa— y modo —posesión real— y ellos, a su vez, también adquirieron por título y modo, cumpliendo así lo requerido por los artículos 699 y 1905 del Código Civil, sin que —insistiendo en lo mismo— les alcance la pérdida de la propiedad de los que fueron sus transmitentes».

*El motivo debe por todo ello decaer.*

Pero una cuestión es entender la causa inmediata del obligado al pago, o sea, una materialización del riesgo que en definitiva tiene su causa mediata en el incumplimiento de la correspondiente manifestación y garantía (causas concatenantes) y otra muy diferente es no ubicar la naturaleza jurídica del beneficiario de esa materialización del riesgo, como auténtico beneficiario de una estipulación a favor de tercero, a saber, la que se concreta necesariamente en su patrimonio como el objeto de esa obligación específica de indemnizar.

Debe en este sentido recordarse en el ámbito del estudio de la causa del contrato, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8862), que «en un evento dañoso pueden concurrir varias causas (predisponentes, desencadenantes, concomitantes; de concurrencia, simultánea o sucesiva), y nada obsta a la existencia de una concausa que, sin ser la propiamente desencadenante, pueda contribuir a hacer más grave el resultado». Y es que, con arreglo a una jurisprudencia inveterada de la que son exponentes las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1993 (RJ 1999, 509) y 13 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1236), «no cabe en el terreno jurídico estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo (SS. de 18 de octubre de 1964 y 22 de abril y 4 de junio de 1980 [RJ 1980, 1529 y 2399])».

Razona al hilo de lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 junio 1980 (RJ 1980, 2399), lo siguiente:

«CDO.:

*Que la doctrina, criterio y solución expresado en el precedente ya ha sido reconocido por esta Sala en S. 9 junio 1969 (RJ 1969, 3353), por lo que estimando aplicable dicho párrafo 1.º del artículo 1104 del Código Civil al supuesto de culpa extracontractual o aquiliana, dado el lugar que tal precepto legal ocupa en la sistemática del citado Cuerpo sustantivo, aprecia que si bien el artículo 1902 del mismo ordenamiento jurídico al establecer, desde un aspecto meramente sancionador, la obligación legal de tener presente el «alterum non laedere» de la Instituta de Justiniano, o sea, que nuestras acciones no causen daño a otro, refiriéndose a la culpa, no especifica qué hechos y en qué grado la determinan, ese vacío legal ha de llenarse con relación al aspecto causal y*



concretamente en orden a la eficiencia de la causa y para que produzca sus normales efectos, entendiendo que si ontológicamente, para distinguirla del «principio» genéricamente considerado («quod aliquid procedit quodcumque modo») y de la «condición» (aquello que sin ser causante coopera a la producción del efecto) debe definirse como «principium quod reti producit efectum a se distinctum», ello no entraña una intervención unitaria y decisiva, ya que tal causa puede ser total, cuando no necesita del concurso de otra causa para producir íntegramente el efecto, y «parcial» cuando este no se produce sin el concurso de otra causa eficiente, pudiendo tales causas en forma «simultánea» (concurencia) o «sucesiva» (concatenación) cuando el efecto de una causa aparezca influido por el efecto que produjo una causa anterior, sin que en el terreno jurídico quepa por tanto estimar como no eficiente la causa que de modo indubitado prepare, condiciones o complete la acción de la causa última, actuando tales con causas respectivamente como mediata o inmediatamente originadas del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo, que es precisamente lo ocurrido en el supuesto ahora contemplado desde el momento que, como viene dicho, el siniestro de que se trata si ciertamente tuvo su causa inicial desencadenante en un incendio sin origen precisado, ha tenido su causa desarrolladora para llegar a producir los efectos dañosos que alcanzó en el negligente comportamiento del demandado recurrente don Ignacio S.E. al tener instalado en forma de excesivo almacenamiento mercancía «altamente inflamable» y «de gran combustibilidad» en el local en que el incendio se inició, sin extintores adecuadamente proporcionados al volumen y condiciones de lo almacenado, y cuya causa desarrolladora pasa a ser de hecho y jurídicamente, como primordiales al respecto».

Así, en nuestra doctrina española a la misma conclusión se llega en el ámbito del estudio de la estipulación en favor de tercero para un supuesto similar. Se puede citar, a título de ejemplo, en este sentido, a LÓPEZ RICHART<sup>3</sup> quien también se hace eco de la doctrina francesa (*vid. op. cit.* 88) y considera como estipulación en favor de tercero las cláusulas de garantía de pasivo: «...en las que el cedente —promitente se obliga frente al cesionario— estipulante, y en beneficio de la sociedad, a pagar a aquellos acreedores que vengan a aparecer con posterioridad al balance que sirve de evaluación a los derechos cedidos».

Además, como razonare PANTALEÓN PRIETO<sup>4</sup> en un ámbito específico de la responsabilidad pero aplicable en la generalidad a dicho término, el concepto de «responsabilidad» se ha utilizado de tres formas en la praxis jurídica.

#### — Responsabilidad en el sentido de «obligación de indemnizar»

En un primer sentido — que expresa muy bien la palabra alemana *Verantwortlichkeit* — significa «tener que responder» del daño sufrido por otra persona, resultando el responsable obligado a indemnizar dicho daño al perjudicado». En este sentido hablan de responsabilidad, entre otros los artículos 1102, 1103, 1107, 1591 o 1903 y siguientes del Código Civil (CC), mientras que en los artículos 1101 y 1092 del Código Civil se emplea con idéntico significado la terminología «estar sujeto u obligado a indemnizar o reparar el daño o los daños y perjuicios causados». Y este es el sentido con el que el término responsabilidad es utilizado cuando hablamos, por ejemplo, de responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o responsabilidad por hecho ajeno.

- Responsabilidad como sujeción del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor

En un sentido completamente diferente, aquel en el que «responsabilidad» (Haftung) forma binomio con «deuda» (Schuld) integrando la posición pasiva de la relación obligatoria, responsabilidad significa «sumisión al poder de agresión del acreedor» y, más en concreto, lejanos los tiempos en que el deudor respondía de sus deudas con su persona, «sujeción del patrimonio del deudor o de parte de él al poder de agresión del acreedor» para hacer efectivo el crédito. En este sentido contempla la responsabilidad el fundamental artículo 1911 del Código Civil, al disponer que «del cumplimiento de las obligaciones (y entre ellas, las obligaciones de indemnizar a las que nos hemos referido en el apartado precedente) responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

- Responder como modo de estar obligado

Cuando hablamos de responsabilidad directa o principal y de responsabilidad subsidiaria o de responsabilidad solidaria y de responsabilidad mancomunada, empleamos «responder» como otro modo de decir «estar obligado» y no necesariamente, aunque será lo más frecuente, a indemnizar daños y perjuicios. Se regresa al ámbito de la deuda (*Schuld*) como opuesta a la responsabilidad (*Haftung*) que se ha examinado en el apartado anterior, pero no solo para las deudas indemnizatorias, sino para deudas de cualquier objeto.

Por lo tanto, la responsabilidad es la sujeción del patrimonio del deudor al poder del acreedor lo que en términos de la cláusula contractual expuesta al inicio, insistimos, en términos de estipulación en favor de tercero, necesariamente se traduce en la sujeción del patrimonio del vendedor al poder de agresión del acreedor (sociedad adquirida) para hacer efectivo su derecho de crédito quien ostenta por tanto legitimación al ser el sujeto portador del derecho a accionar sobre el patrimonio del sujeto responsable.

Así consideramos que han de entenderse los razonamientos del citado autor AGUAYO ESCALONA (*vid. op. cit.* 212) que se ha ocupado específicamente del análisis de este tipo de cláusulas, cuando concluye sobre el particular lo siguiente: «El acreedor de la indemnización podrá ser la sociedad en cuyo patrimonio se produce el daño o directamente el adquirente de las acciones o participaciones de la sociedad. En el primer caso, se produce una reconstitución del patrimonio de la sociedad. En el segundo cabría hablar de un ajuste de precio. El adquirente querrá disponer en el contrato de ambas alternativas para decidir ante las circunstancias concretas lo que más le conviene». Obsérvese, que acertadamente el referido autor utiliza la palabra «acreedor» para referirse a la posibilidad contractual de que sea la sociedad quien efectúe la reclamación y no el adquirente de la misma, lo que, a nuestro juicio, tiene su indudable trascendencia jurídica en cuanto a la legitimación activa (orden público).

La legitimación activa consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal en tanto que supone una coherencia entre la cualidad atribuida y las pretensiones jurídicas postuladas (STS de 11 de noviembre de 2011, RC 905/2009 [RJ 2012, 1488], entre otras), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta (STS de 7 de noviembre de 2005, RC 1439/1999). Como señaló el Tribunal Supremo, la legitimación sí tiene un com-



ponente de derecho positivo, al afectar al fondo de la litis y puede ser invocado a través del recurso de casación (ATS de 21 de mayo de 2013, RC 1964/2012).

La legitimación procesal permite, junto con otros requisitos, ejercitar el poder de acción, y siendo que el ejercicio de la acción se produce en el proceso mediante la pretensión. PRIETO-CASTRO<sup>5</sup> afirma que: «la teoría de la legitimación es, pues, aquella que sirve para determinar la parte que jurídicamente debe figura como tal en el proceso, es decir, la genuina parte, portadora del derecho a accionar, incoando y siguiendo un proceso precisamente contra un demandado concreto (legitimación activa), y para precisar cual deba ser el sujeto gravado con la carga de asumir la postura de tal demanda frente a ese demandante y a su demanda, esto es la carga de contradecir (legitimación pasiva)».

Por ello, la ecuación ha de estar completa: sociedad que en la cláusula de obligación de indemnizar es «acreedor», lo ha de ser como beneficiario de la estipulación en favor de tercero (art. 1257.2 CC) y por ello resulta ser titular de la relación material que le confiere la legitimación activa procesal (art. 10 LEC), a saber, el derecho de crédito que le confiere la estipulación en favor de tercero en que reside el objeto de la obligación del estipulante, con independencia de que el daño lo haya sufrido el adquirente, comprador o promitente (ajuste de precio) o la propia sociedad adquirida como tercero beneficiario (reconstrucción del patrimonio social), aunque en bastantes ocasiones en la práctica sucede esto último.

Lo anterior se ajusta al análisis que doctrinalmente se ha realizado sobre la coexistencia de los derechos del estipulante y del tercero en la estipulación a favor de tercero. En este sentido, efectivamente, LÓPEZ RICHART ha razonado con acierto (*vid.* 478 y 479) que: «No estamos pues ante dos derechos de crédito distintos, sino más bien ante dos derechos de crédito idénticos pero dirigidos ambos a la misma finalidad, que en todo caso es la realización de la prestación al tercero. El derecho de crédito del estipulante aparece de este modo *funcionalizado*, en tanto que va dirigido a la satisfacción de otra persona, y esa función es la que le sirve de límite y la que justifica su especial posición de *accesoriedad* frente al crédito del beneficiario. Dicho con otras palabras, ambos son acreedores, pero solo el tercero es beneficiario de la prestación, lo que hace que el derecho del estipulante desempeñe una función instrumental o auxiliar respecto del derecho del tercero. De este modo quedaría salvada la objeción planteada por quienes rechazan que el estipulante sea titular de un auténtico derecho de crédito por entender que ello significaría conceder a este un auténtico poder de injerencia sobre el derecho del tercero, que no podría disponer efectivamente de él a favor del promitente, dado que esta renuncia no afectaría al derecho del estipulante».

La coexistencia de los derechos de crédito en favor de estipulante y de beneficiario, no puede suponer como erróneamente se ha observado en algunas situaciones derivadas de la práctica que pudiera producirse un enriquecimiento injusto por la compradora el obtener un reembolso consistente en la rebaja del precio y al mismo tiempo acrecentar los activos de la sociedad adquirida, ya que lo que resulta realmente determinante ante esta situación será la concreción del daño realmente sufrido por cada uno de los legitimados al ejercicio de dicha reclamación de daños y perjuicios (estipulante y beneficiario).

En este sentido, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.*, 480 y sigs.) cuando razona lo siguiente: «...Pero las acciones que tanto el estipulante como el beneficiario pueden ejercitar de forma concurrente contra el promitente en caso de incumplimiento de la prestación serán distintas la una de la otra, teniendo cada una por objeto la reparación de un perjuicio distinto — el que cada uno haya sufrido—, de donde resulta evidentemente una agravación de la responsabilidad del deudor

que puede verse sujeto a una doble indemnización. Sin embargo, no creemos que esta consecuencia sea contraria al principio del favor debitoris, ni que convierta la figura, como ha afirmado algún autor, en un instrumento de opresión contra el promitente, pues, en ningún caso se ve aquí afectada la confianza del deudor, que desde un primer momento, al obligarse a favor de un tercero, sabe que hay dos personas interesadas en el cumplimiento de la prestación, consiente esa dualidad de acreedores y, por lo tanto, puede esperar de ambos una reacción en caso de incumplimiento.

Cuestión distinta es cuál debe ser el alcance de la indemnización a la que tenga derecho el estipulante. Evidentemente, lo que no podrá pretender el estipulante es reclamar para sí el equivalente pecuniario de la prestación, ya que este no representa una partida integrante de la indemnización. Tampoco podrá ser indemnizado por el daño que haya sufrido el tercero. Pero si como consecuencia del incumplimiento, entendido este en sentido amplio, esto es, también en los casos de cumplimiento defectuoso o retraso en el cumplimiento, resulta él personalmente perjudicado, no cabe duda de que tendrá derecho a ser resarcido por el promitente. Ocurre, no obstante, que en la mayoría de los casos el perjuicio derivado del incumplimiento para el estipulante viene determinado en función de la relación de valuta que le une con el beneficiario y a la que el promitente es, en principio, ajeno, por lo que, al menos cuando este sea un deudor de buena fe, no deberá hacerse responder de él al promitente (arg. ex art. 1107 CC).

Por otra parte, la doctrina se inclina —entendemos con acierto— por admitir que el estipulante está facultado también para exigir del promitente el pago al beneficiario de la indemnización que a este corresponda por los daños derivados del incumplimiento».

En el ejercicio de la acción resolutoria, la cuestión se torna más complicada en función de la consideración de parte acreedora frente al promitente tanto del estipulante como del tercero beneficiario y en función de la posible contraposición de intereses que pudiese existir entre ambos.

De nuevo, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.*, 487 y sigs.) se pronuncia sobre este particular razonando que: «...la doctrina mayoritaria resuelve — a nuestro juicio con buen criterio — otorgar al estipulante la facultad de resolución ante el incumplimiento del promitente y ello tanto si la obligación incumplida tiene por objeto la prestación estipulada a favor de tercero u otra prestación en favor del propio estipulante.

Para rechazar que tercero pueda servirse de la acción de resolución, se invocan los mismos argumentos que sirven para negarle la posibilidad de ejercitar las acciones de anulabilidad o rescisión. En primer lugar, se dice que, puesto que la resolución pone en juego la propia vida del vínculo contractual, su ejercicio no puede ser atribuido a quien no ostenta la condición de parte contratante. A ello se añade que, en cualquier caso, el tercero tiene interés en obtener el cumplimiento de la prestación estipulada a su favor, pero no en la resolución, pues si esta llega a producirse quedará resuelto el contrato, debiendo las partes restituirse las prestaciones que hubieran sido cumplidas, y ni la recuperación de las contraprestaciones efectuadas, ni la liberación de las que todavía se encuentran pendientes, beneficiará al tercero sino al estipulante».

Si bien la acción de resolución recae en el estipulante, todavía ha de plantearse si este ha de contar con el beneficiario para el ejercicio resolutorio o no, en función del interés del estipulante en conseguir la prestación *in natura* o por equivalente. En relación con esta cuestión, LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.* 493) matizando el exclusivo derecho que se concede por la doctrina mayoritaria

al estipulante, opina que: «Por nuestra parte, creemos que la resolución a este problema no puede hacerse de una manera unitaria, siendo preciso distinguir según que el promitente haya incumplido la prestación estipulada a favor del tercero o alguna otra prestación que eventualmente hubiera podido ser estipulada a favor del propio estipulante. En este último caso y siempre, claro está, que el incumplimiento sea de la suficiente entidad para justificar una medida tan drástica y excepcional como la resolución, deberá darse preferencia al derecho del estipulante. Mas si el cumplimiento generador de la acción de resolución se refiere a la prestación estipulada a favor de tercero, solo procederá si cuenta con el consentimiento de este último, habiendo de optarse en otro caso por el cumplimiento».

Por último, resulta también a nuestro juicio un grave error lo que hemos tenido la oportunidad de observar en situaciones que nos ha ofrecido la práctica jurídica, como es el hecho de entender ante la cláusula típica antes expuesta al comienzo de este trabajo que es posible que un contrato pueda prever que en caso de incumplimiento de las manifestaciones y garantías, la sociedad comprada pueda reclamar la reparación correspondiente, pero ello no lo hace en su interés, sino en interés del comprador que es quien sufre el daño que se pretende resarcir mediante las cláusulas de manifestaciones y garantías.

Lo anterior, supone indudablemente confundir la cualidad de «acreedor» y de «interés», y dicha confusión, obviamente, no puede servir para incluso llegar a afirmar que la sociedad es un mero autorizado de pago, *ex.* artículo 1162 del Código Civil<sup>6</sup>.

Para aproximarnos a lo anterior, citamos en primer lugar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 607/2014, de 14 de noviembre (*RJ* 2014, 6897), también diferenció de la estipulación a favor de tercero la figura de la *adiectus solutionis gratia* (figura que ya había reconocido la sentencia 1204/1994, de 28 de diciembre (*RJ* 1994, 10388 y que se ubica según esta jurisprudencia en el artículo 1162 CC como supuesto de autorización de pago), al razonar lo siguiente:

*«En estos casos, conviene puntualizar que pese a la existencia o juego recíproco de la especial facultad del obligado para realizar el pago, por un lado, y de la legitimación del tercero para recibirlo, por el otro, no obstante, no se atribuye derecho subjetivo alguno que legitime el tercero para exigir, de forma directa, el cumplimiento de la estipulación o promesa realizada; del mismo modo, y en mayor medida, como tampoco viene legitimado para hacer remisión o condonación de la deuda, pues el adiectus (autorizado) no es partícipe de la relación obligatoria, en donde actúa en nombre propio y por cuenta ajena».*

Realmente, en nuestra opinión la figura del *adiectus solutionis gratia* no reside en el ámbito del artículo 1162 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda encontrar su acomodo al amparo de la autonomía de la voluntad, *ex.* artículo 1255 del Código Civil, como ya razonara en su día CRISTÓBAL MONTES<sup>7</sup>, quien diría (*vid. op. cit.* 371) que: «pero lo que difícilmente cabrá admitir a la vista del texto del artículo 1262 del Código Civil es que, según pretende HERNÁNDEZ-GIL, el meramente autorizado actuará en nombre propio, pero por cuenta y en interés del acreedor, ya que el referido precepto parece imponer como condición para que alguien pueda cobrar en lugar del acreedor que el mismo actúe en nombre de este. Esto nos lleva al problema de la admisión o no en el Derecho español del *adiectus solutionis gratia* (...) En cualquier caso, el *adiectus* ni es acreedor ni tampoco representante suyo para el cobro, sino que tan solo ostenta una legitimación que

le permite recibir el pago ofrecido por el deudor, ya que de lo que, en definitiva, se trata es de facilitar las vías de cumplimiento a este. En consecuencia, aunque no pueda reclamar el crédito ni mucho menos condonar la deuda, el *adiectus solutionis gratia*, que actúa en nombre propio y por cuenta ajena, recibe válida y liberatoriamente el pago, ya que ha sido autorizado a tal efecto»

Es decir, en la mera autorización de pago sin representación *ex* artículo 1162 del Código Civil (ej. mandato sin poder de representación) el tercero actúa en nombre propio a diferencia del sujeto del art. 1162 CC, literalmente lo considera así cuando se refiere «...para recibirla *en su nombre*», y por cuenta del acreedor, así en la *adiectus solutionis gratia*, el tercero actúa en nombre propio aunque también por cuenta ajena, o sea, del acreedor, residiendo que en la estipulación en favor de tercero o contrato en favor de tercero en sentido propio donde el tercero actúa por cuenta propia, tal y como razonara también LÓPEZ RICHART (*vid. op. cit.* 188), cuando concluyera lo siguiente: «...así como el *adiectus* recibe la prestación por cuenta del acreedor, aunque sea en nombre propio, el beneficiario en el contrato a favor de tercero lo hará por cuenta propia».

En conclusión, una cláusula modelo como la analizada no obedece más que a una obligación de indemnizar bajo la fórmula de estipulación en favor de tercero (art. 1257.2 CC) lo que confiere legitimación activa (art. 10 LEC) a la sociedad adquirida para la reclamación del daño al vendedor en virtud de la obligación que este asume como promitente frente al comprador estipulante de resarcir al beneficiario tercero de la prestación o sociedad adquirida, quien actúa verdaderamente por cuenta propia como titular del derecho conferido, sin que ello pueda dar lugar a confundir la referida institución como un autorizado de pago (art. 1162 CC) o un *adiectus* quienes, por el contrario siempre actuarían por cuenta del acreedor estipulante, aunque el autorizado lo haga en nombre ajeno y el *adiectus* en nombre propio.

De esta forma, el reconocimiento de la legitimación activa (art. 10 LEC) en un caso concreto a la sociedad como un beneficiario de la prestación (art. 1257.2 CC) y la negativa a reconocerle en el mismo caso el derecho al resarcimiento a la sociedad al identificarle también como autorizado de pago (art. 1162 CC) no puede suponer más que la sentencia o laudo arbitral en cuestión que así lo declare incurriera en una grave y patente falta de motivación, al no poderse considerar fundada en Derecho por ser arbitraria, irrazonable e incurrir en un error patente, implicando que la aplicación de la legalidad por la misma sería tan solo una mera apariencia.

Una sentencia motivada ha de contener una razonable respuesta judicial. Así a título de ejemplo, la STC 215/2006, de 3 de julio, (FJ 3.º), en la que se afirma que «el artículo 24.1 CE comprende el derecho [...] a obtener de los Jueces y Tribunales una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada y razonable y no incurse en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente». Lo mismo habría de predicarse de un laudo arbitral que incurriera en dicho error patente. Así es cierto que en la STC 65/2021, de 15 de marzo (RTC 2021, 65) se resalta la vertiente de orden público procesal como causa excepcional de anulación de los laudos, pero la sentencia añade de modo diferenciado (FJ 3) otra fuente de nulidad (no causa tasada en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje), y así nos dice que podrá verse anulado también un laudo arbitral «cuando carezca de motivación, o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional...».

Es decir, sobre la motivación errónea, el Tribunal Constitucional ha reiterado (por todas, SSTC26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6) que:

«el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4)».

## II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 215/2006, de 3 de julio.
- STC 26/2009, de 26 de enero.
- STC 61/2009, de 9 de marzo.
- STC 82/2009, de 23 de marzo.
- STC 65/2021, de 15 de marzo.
- STS de 4 de junio de 1980.
- STS de 27 de enero de 1993.
- STS de 13 de febrero de 1999.
- STS de 10 de noviembre de 1999.
- STS de 7 de noviembre de 2005.
- STS de 11 de noviembre de 2011.
- ATS de 21 de mayo de 2013.
- STS de 14 de noviembre de 2014.
- SAP de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011.
- SAP de Valencia núm. 253/2015 de 20 de octubre de 2015.

## III. BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO ESCALONA. *Las Manifestaciones y Garantías en el Derecho de Contratos español*, pág. 120, Ed. Civitas, 2010.
- CRISTÓBAL MONTES. Los elementos personales y reales del pago. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 579. marzo-abril de 1987.
- JUAN GÓMEZ. *Adiectus solutionis gratia* o mero destinatario de la prestación. *Actualidad Civil*, noviembre 2017.
- LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.
- PANTALEÓN PRIETO. *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid 1996.
- PIETRO-CASTRO, Leonardo. *Tratado de Derecho procesal Civil* t. 1, Pamplona 1985, 2.<sup>a</sup> ed.

REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 96, núm. 780, 2020.

## NOTAS

<sup>1</sup> REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 96, núm. 780, 2020, 2456-2473.

<sup>2</sup> AGUAYO ESCALONA. *Las Manifestaciones y Garantías en el Derecho de Contratos español*, 120, Ed. Civitas, 2010.

<sup>3</sup> Vid. LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero (tesis doctoral)*. Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.

<sup>4</sup> PANTALEÓN PRIETO. *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid 1996.

<sup>5</sup> PIETRO-CASTRO, Leonardo. *Tratado de Derecho procesal Civil* t. 1, Pamplona 1985, 2ª. ed., 314-347.

<sup>6</sup> Obviamos por no entender aplicable al caso por las circunstancias propias del mismo y de la característica del contenido de la prestación a la que se promete se ha obligado frente al estipulante en favor del tercero, la figura del contrato impropio en favor de tercero, donde el tercero no tiene facultad para la exigibilidad de la prestación. LÓPEZ RICHART (vid. op. cit. 180 y 181) con apoyo en la distinción que efectúa la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1940 (RJA 1940/1131), toma apoyo en la literatura germánica para ilustrarnos sobre la figura del contrato impropio en favor de tercero: caso del padre que contrata a un profesor para que de clases particulares a su hijo o el del joven que compra un ramo de rosas en una floristería para que sea enviado a su novia en el día de su aniversario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1940 se refiere al contrato impropio en favor de tercero del siguiente tenor: «este supone la existencia de un tercero autorizado solamente para rehusar la prestación, o sea destinatario de la prestación sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante —acreedor, mientras que en el caso de verdadero contrato a favor de tercero este es el titular del derecho hacia él derivado, lo es en potencia desde el momento mismo de la celebración del contrato, hasta que cumpla la condición suspensiva de la aceptación prevenida en el artículo 1257 del Código Civil, adquiere definitiva e irrevocablemente, salvo reserva expresa en caso de estipulación condicional— el concepto de acreedor único, asistido de la correspondiente acción para apremiar al deudor».

Como hemos dicho, la cláusula contractual que analizamos contiene una auténtica obligación de indemnizar a la sociedad adquirida y como tal, habiendo una auténtica obligación indemnizatoria, ha de existir necesariamente acción para su exigibilidad en el tercero beneficiario de la misma (sociedad adquirida), lo que lógicamente no sucede en los casos en que el promitente a pesar de obligarse con el estipulante no lo hace con el tercero, que se configura como un mero destinatario de la obligación.

El tenor literal coincidente con la voluntad de las partes en el modelo de cláusula analizada («el Vendedor se compromete e irrevocablemente se obliga a indemnizar al Comprador y/o a la Sociedad») no deja lugar a dudas sobre su configuración como obligación de indemnización: («se obliga a indemnizar»).

<sup>7</sup> CRISTÓBAL MONTES, Ángel, Los elementos personales y reales del pago. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 579, marzo-abril de 1987, 337 y sigs.

Vid. también, JUAN GÓMEZ. *Adiectus solutionis gratia* o mero destinatario de la prestación. *Actualidad Civil*, noviembre de 2017.