

2. DERECHO MERCANTIL

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

*Again about corporate sale and action
for damages. Some notes of the active
legitimation of the acquired company in the event
of breach of the representations and warranties*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

RESUMEN: El Tribunal Supremo vuelve a fallar en la Sentencia de 27 de marzo de 2019 que la acción de daños y perjuicios es apropiada en las reclamaciones derivadas de las compraventas de empresas.

ABSTRACT: *The Supreme Court again fails in the judgment of March 27, 2019 that the action for damages is appropriate in the claims arising from the sale of companies.*

PALABRAS CLAVE: Compraventa de empresa. Acción de daños y perjuicios y estipulación en favor de tercero.

KEY WORDS: *Corporate sale. Damages and stipulation in favour of third party.*

SUMARIO: I. EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DE 2019. ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE A ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.—II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA SOCIEDAD ADQUIRIDA EN SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES Y MANIFESTACIONES.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS—IV. BIBLIOGRAFÍA. .

I. EL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MARZO DE 2019. ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS FRENTE A ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

En el pleito que dio origen a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100180) la demandante argumentó que el objeto de la compra realizada respondió a una operación empresarial de adquisición de las referidas empresas, y no a una mera operación financiera de adquisición de sus participaciones sociales, por lo que el conocimiento de la situación financiera de dichas empresas para generar beneficios resultaba esencial a la hora de adoptar dicha decisión de compra. Por lo que las demandadas, al actuar de mala fe, y ocultar la existencia de los gastos reales y maquillar la contabilidad de las empresas incumplieron su obligación de proporcionar a la compradora los datos necesarios para conocer la situación real de las empresas objeto de la venta.

En el Fallo de la sentencia de instancia se resolvió lo siguiente: «*Que debo condenar y condeno a las demandadas a abonar a la actora la cantidad total de cinco millones ciento veintitrés mil quinientos ochenta y tres euros con setenta y ocho céntimos de euros (5.123.583,78 euros) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, debiendo abonar de esta cantidad la entidad Valcapital Inversiones I SCR S.A. el importe total de 5.123.494,11 euros y Grupo Valcapital S.L. el importe total de 89,66 euros más los intereses legales de esta cantidad (igualmente en proporción a la cantidad que debe abonar cada demandada) desde la fecha de la presente resolución».*

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de las demandadas, la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue: «*Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Valcapital Inversiones I SCR S.A. y Grupo Valcapital S.L., contra la sentencia dictada en fecha 11 de marzo de 2013 y aclarada mediante auto de 29 de abril siguiente por el Juzgado de Primera Instancia número 34 de los de Madrid, en los autos de juicio ordinario seguidos ante dicho órgano judicial con el número 2592/2010, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el sentido de reducir el importe de la cantidad principal a cuyo pago se condena a las demandadas, en el porcentaje que se indica en aquella resolución, conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho tercero de la presente, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada». Y con fecha 19 de enero de 2015 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva señala: «*Estimando parcialmente la aclaración, subsanación u complemento de la sentencia precedente interesados por Valcapital Inversiones I SCR S.A. y Grupo Capital S.L., y desestimando los solicitados por Isastur Servicios S.L., se corrige el error cometido en la sentencia precedente en el sentido de sustituir la referencia que en ella se contiene a 700.000. —por la de 819.075.— manteniendo sus restantes pronunciamientos».**

Se viene a reconocer por el Tribunal Supremo que «*el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información de las vendedoras no quedó limitado al precio de venta, sino al daño patrimonial que se occasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos, o por la aparición de contingencias que trajesen causa de hechos anteriores a la suscripción del contrato, sin reflejo en la información facilitada a la adquirente. (...) no resulta procedente la aplicación en el presente caso de la doctrina del enriquecimiento injustificado».*

En lo que ahora nos interesa, la discusión sobre el debate introducido sobre el intento de la condenada a reconducir el supuesto, como vendedora, a un caso de saneamiento por vicios ocultos para argumentar la caducidad de la acción edilicia por el transcurso de los seis meses a que hace referencia el artículo 1490 del Código civil, se resuelve en el FJ núm. 4 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 del siguiente modo:

«4. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1484 CC y por incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial del aliud pro alio con relación a los artículos 1101, 1124, 1484, 1485, 1486 y 1489 del Código civil, en cuanto a la inhabilidad del objeto entregado. Argumenta que no se ha entregado ningún bien inhábil a Isastur Servicios S.L., sino que ha obtenido lo que pretendía con la compraventa, que era el 75% de las participaciones sociales de Asas Corporative S.L. Únicamente resultarían de aplicación las acciones edilicias, referidas al saneamiento por vicios ocultos, pero la acción se encontraría caducada, pues desde el momento de la adquisición de las participaciones sociales, hasta el momento de ejercitarse la acción, habrían transcurrido los plazos previstos en el Código civil y en el CCom. En todo caso, el ejercicio de la actio quanti minoris impediría exigir la condena al pago de los daños y perjuicios, al no haberse optado por la rescisión de la compra con base en el artículo 1486 del Código civil. 5. El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, hay que precisar, que si bien es cierto que la sentencia de la Audiencia, fundamento de derecho tercero, apartados 5 y 6, declara que comparte la valoración de la prueba realizada en la primera instancia que llevó a apreciar, dada la gravedad del incumplimiento, que se entregó una cosa distinta a la pactada e inhábil para el uso a que se destina, no obstante, a continuación de forma expresa señala «que dicha valoración no tiene otra finalidad que la meramente dialéctica». Para puntualizar dicha sentencia, más adelante, que lo que realmente ejerce la demandante es una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, razón por la cual la demandante no viene constreñida solo a lo previsto para el caso de las acciones edilicias, tal y como pretende la recurrente».

Es decir, ninguna claridad nos aporta la meritada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 sobre el régimen de acciones a ejercitar ante los supuestos de problemas derivados en las compraventas de empresas y los daños que pudieren derivarse como consecuencia de la aparición de contingencias o pasivos no declarados por el vendedor a la compradora.

De hecho en el caso de Autos las partes, en la cláusula segunda del contrato de compraventa, expresamente pactaron que los vendedores responderían del daño patrimonial que se causare a la compradora *«por cualquier variación de valores de activos y pasivos, o por la aparición de cualquier contingencia que traigan su origen en hechos de fecha anterior a la de esta escritura y que no se hayan reflejado en la información escrita facilitada a la adquirente»*.

En realidad parece que el Tribunal Supremo, sin la claridad que hubiera sido conveniente a la luz de los antecedentes jurisprudenciales existentes, permite la coexistencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios con la acción de saneamiento por vicios ocultos, decantándose por la validez de la indemnización de daños y perjuicios en este caso única y exclusivamente en función de los principios procesales de rogación y congruencia, más que sobre el análisis de la materialidad subyacente a la relación jurídica controvertida.

Ello nos hace recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 (núm. de recurso 2098/2003 y núm. de resolución 1059/2008)

resolvió 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 % 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% de la sociedad adquirida a través de una sociedad patrimonial propia. Aparte de lo anterior, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 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 solo 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 ejerce una acción no solo frente a las sociedades que le vendieron las acciones de ENA, sino también frente a D. 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 el 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, esta sentencia de casación confirmó la sentencia de apelación defendiendo que es la acción de saneamiento por vicios ocultos la que cabe ejercitarse 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 6 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 ya razonamos en su momento¹.

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)², quizás 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 1484 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 1490 del Código civil.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso del Estado argumentando lo siguiente: «*El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1484 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 vendedor; que resultó omisiva, al no haberse preocupado de constatar 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 1101 y 1124 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 1270 del Código civil, en relación con al 1104 (...) Habiéndose sentando 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 1101 del Código civil, hace aplicable el artículo 1.107 en relación al apartado final del 1270. 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».*

Pero, no solo 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 SA (SGC), cuyo accionado había sido transmitido a la entidad actora Fitinvest SA 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 contraída 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 contraída 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 cuanto constituye ley particular para ellos, conforme al artículo 1091 del Código civil, en relación al 1254 y 1257. (...)»

En el último motivo se denuncia infracción del artículo 1481 «in fine», así como del 1475 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 contraída, y que no se tuvo en cuenta al tiempo de la venta del accionado de Opa Gestión Patrimonial, SA (SGC), tratándose de obligaciones de los socios vendedores consecuencia de una evicción por la actuación fiscalizadora de la Administración.

Resultan certeras las conclusiones decisorias del Tribunal de Instancia en cuanto decretó que no se trataba de concurrencia de vicios ocultos, a lo que ha de agregar-

se 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 (S. de 30 de junio de 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».

En suma, varios años han pasado desde el controvertido Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 en la que se adoptó el régimen del saneamiento por vicios ocultos ante el incumplimiento de las declaraciones y garantías sin que esta Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 haya desvirtuado aún con la claridad que resultara deseable dicha posibilidad de encuadrar el problema debatido en el régimen de las acciones edilicias y no en el de las de incumplimiento obligacional.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA SOCIEDAD ADQUIRIDA EN SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES Y MANIFESTACIONES

La reducida visión del problema del incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones propias en un contrato de compraventa de empresa para ubicar la solución de las mismas atendiendo al régimen de las acciones edilicias derivadas del saneamiento por vicios ocultos puede suponer un problema adicional en determinadas ocasiones en cuanto al análisis de la admisibilidad o presupuestos de la legitimación activa de la sociedad adquirida para hacer valer el contenido de dichas declaraciones y manifestaciones mediante la exigibilidad del daño que sufre como consecuencia de la contingencia o pasivo correspondiente.

De esta forma, es habitual en la práctica la construcción del clausulado relativo al efecto de las declaraciones y manifestaciones 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».

O sea, el interés contractual de las partes del contrato de compraventa de empresa hace conceder a la Sociedad adquirida la posibilidad que sea la reclamante del daño, es decir, concederle legitimación activa *ad causam* como consecuencia de la construcción contractual referida, ya que puede ser que en realidad el daño causado (ej. reclamación judicial de un tercero previsto en sentencia firme) afecte de forma directa al patrimonio de la Sociedad adquirida y la forma más conveniente de subsanarlo sea la reposición de la valoración de ese daño al patrimonio social.

No conocemos jurisprudencia que analice la naturaleza jurídica del problema propuesto, a saber, el de la legitimación activa de la sociedad adquirida, aunque para un caso que guarda cierta similitud, hemos encontrado la respuesta desde el régimen de la estipulación en favor de tercero previsto en el artículo 1257 del Código civil.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011 (*JUR* 2013, 115652), donde 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. artículo 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 precisamente 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 de 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 importe 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 C. 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. Jose 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 causahabientes, 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 si 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».

En la práctica y en la jurisprudencia francesa son comunes el análisis de supuestos de lo que se conoce genéricamente como «cláusula de garantía de pasivo» (*clause de garantie de passif*) en los casos de transmisión de acciones.

Tradicionalmente en la doctrina francesa se han distinguido: a) las cláusulas de garantía de balance que pueden incluir la responsabilidad *estricto sensu* en las que el cedente de las acciones se compromete a cubrir cualquier responsabilidad social que sea causa o tenga origen a una determinada fecha aunque se manifieste con posterioridad a la misma, o bien, la garantía de activos y de garantía de activo neto, mediante la cual el cedente se compromete a asumir cualquier

reducción del activo social que sea causa o tenga origen a una determinada fecha aunque se manifieste con posterioridad a la misma, y b) las cláusulas de revisión de precios en las que el cedente se compromete a garantizar al comprador la disminución en el valor de las acciones vendidas ya sea por la aparición de un pasivo o disminución en un activo después de la transmisión.

La diferencia en la práctica entre estos dos grandes grupos de cláusulas (garantía de balance y revisión de precio) no suele ser sencilla pero se suele admitir que si el beneficiario de la cláusula es el comprador nos encontramos ante una cláusula de revisión de precio, mientras que si el beneficiario de la cláusula es la sociedad adquirida nos encontramos ante una cláusula de garantía de balance.

En una importante Sentencia dictada el 8 de marzo de 2017 por la Cámara de Comercio del Tribunal de Casación (Cass. Com., 8 de marzo de 2017, núm. 15-19.174) afirma que «*el beneficiario de una garantía de activos y pasivos es, en principio, el cessionario de los derechos de la empresa y (...) si el acuerdo de cesión puede hacer que la empresa cuyos valores se venden sea el beneficiario de la garantía ya sea exclusivamente o en paralelo con el cessionario, el pacto de asignación debe contener una estipulación clara a su favor*».

En realidad, ante la falta de designación de beneficiario es donde ha existido y continúa existiendo la controversia en la jurisprudencia francesa pese al fallo casacional antes expuesto puesto que como hemos tenido la oportunidad de observar la libertad de las partes contractuales puede hacer expresamente como beneficiario de la cláusula de garantía de pasivo a la sociedad adquirida, mediante la fórmula de la estipulación en favor de tercero (*stipulation pour autrui*, en palabras del profesor Menjucq). ³

Ubicada, a nuestro juicio, la cuestión desde el régimen de la estipulación en favor de tercero⁴ y si ante el ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios (ex. art. 1101 CC) estuviéramos, no encontramos dificultad para que la Sociedad adquirida (target) como beneficiaria de la cláusula contractual modelo transcrita pueda exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios sin que la posible reclamación de la parte compradora (estipulante) le excluya a la Sociedad adquirida en tan posibilidad y legitimación *ad causam* para reclamar a la parte vendedora (promitente). Ahora bien, lo 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 estipu-

lante 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 pudiere 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».

Trasladadas las anteriores consideraciones al ámbito del contrato de compraventa de empresa, estimamos que la Sociedad adquirida encuentra plena legitimación para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios desde la óptica de la estipulación en favor de tercero en el modelo de cláusula propuesta, resultando a lo sumo necesaria la intervención de la misma mediante su consentimiento para el caso de ejercicio de la acción resolutoria en caso de conflicto de intereses, aunque si bien es cierto que en la práctica y en función de los costes que implicaría la resolución no suele ser el remedio ejercitado en estos casos.

Desde otro punto de vista y si la falta de veracidad de las declaraciones y manifestaciones (*representations & warranties*) típicas de un contrato de compraventa de empresa (también para cuando el objeto sean propiamente las acciones o participaciones sociales) se analiza desde el régimen del saneamiento por vicios ocultos tal y como lo efectuó en su día la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008, el resultando del razonamiento en cuanto a la intervención de la Sociedad adquirida ha de tratarse debidamente, dependiendo también a nuestro juicio de lo pactado entre las partes en el correspondiente contrato.

De este modo, si las partes contratantes regulan el problema mediante la simple atribución de la legitimación activa a la Sociedad adquirida en los términos de la cláusula modelo antes expuesta, la intervención de la misma en cuanto al ejercicio de las acciones edilicias entendemos que resultaría diferente por la propia naturaleza de los presupuestos para la exigibilidad de la acción (acción de daños, acción resolutoria, acción de saneamiento).

Dentro del régimen de la estipulación en favor de tercero, hemos de partir que el régimen del saneamiento está plenamente pensado en nuestro Código civil para las relaciones entre las partes contractuales del contrato de compraventa. De esta forma, el artículo 1474 del Código civil se refiere a que «...en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador...» de ahí que en el contrato que nos ocupa (compraventa de empresa) entendemos que el planteamiento del problema carece de utilidad práctica ya que será realmente infrecuente por no decir inexistente el caso en que el comprador haga prometer que se entregue la cosa saneada a un tercero (quizás, aventuramos el supuesto de compraventa de determinadas acciones o participaciones sociales para la entrega en autocartera por la propia Sociedad que ha sido objeto de adquisición, con el cumplimiento de los requisitos que establece la normativa societaria al efecto, ex. artículos 140 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, en dación en pago de una deuda que tuviera con carácter previo el comprador con la Sociedad adquirida, en función de la relación de valuta que une al estipulante con el beneficiario).

De nuevo acudimos al trabajo de LÓPEZ RICHART (494) al efecto que sobre este particular opina que: «Las mismas consideraciones que venimos haciendo cabrían en relación con la acción redhibitoria del artículo 1486 del Código civil, en el caso de que el comprador se haya hecho prometer la entrega a favor de un tercero. Lógicamente, corresponden al comprador — en nuestro caso, el estipulante — y no al tercero, las acciones derivadas de los vicios ocultos, pero, desde el momento en que tenga lugar la aceptación del beneficiario, el comprador solo podría ejercitar la acción redhibitoria contando con el consentimiento de aquel. El estipulante conserva en cualquier caso la posibilidad de exigir una rebaja en el precio, porque con ello no se verá afectada la posición del beneficiario».

O sea dentro del régimen de la estipulación a favor de tercero, para el ejercicio de la acción de daños se puede conferir legitimación activa al beneficiario; para el caso

de la acción resolutoria el beneficiario puede tener en algunos casos intervención en los supuestos de incumplimiento de la estipulación en favor de tercero prestando su consentimiento a la acción resolutoria del comprador; y, en el escenario de las acciones edilicias, observamos cómo el ámbito de actuación o de legitimación del beneficiario se reduce a la prestación de su consentimiento para la redhibitoria ejercida por el estipulante sin que pueda tener lógica intervención en la acción estimatoria o *quanti minoris*, ya que esta solo afecta al estipulante o comprador, aunque también en estos supuestos entendemos que la Sociedad adquirida podría tener legitimación activa para la reclamación de daños en la acción autónoma general, que no de saneamiento, se deduce del artículo 1486.2 del Código civil.

Por tanto, la diferencia en la intervención de la Sociedad adquirida en un proceso como consecuencia del incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones (*representations & warranties*) en el ejercicio de una acción indemnizatoria que es la que en la práctica y por las características propias de la compraventa de empresa es la que se suele utilizar radica principalmente en el supuesto de hecho de la legitimación, a saber, si incardinamos la cuestión dentro del análisis de los requisitos argumentados en el caso de la estipulación en favor de tercero, o bien, si la intervención de la Sociedad adquirida no se reconoce con causa en el régimen de la estipulación en favor de tercero.

En este último caso, o sea, cuando nos encontramos directamente en el campo de las acciones de saneamiento (lo que a nuestro juicio no sería correcto, dada la clara naturaleza de estipulación en favor de tercero de la cláusula modelo analizada) es cuando para proteger más eficazmente la legitimación activa de la Sociedad adquirida sin ser beneficiaria en los términos del artículo 1257 del Código civil, sería conveniente a nuestro juicio la inclusión en el contrato de una cláusula de cesión de acciones por subrogación convencional, con recurso a lo previsto en el artículo 1209 del Código civil.

Como razonara en su día la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) núm. 7/1992 de 22 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 6198), para los casos de cesión de acciones en favor del usuario del leasing, «*Junto a la legitimación que "directamente" corresponde a los sujetos de la relación jurídica material controvertida, doctrina y jurisprudencia coinciden en reconocer también dicha legitimación "por sustitución" a quienes, no siendo parte en la relación jurídica litigiosa, se hallan por disposición voluntaria o legal facultados para ejercitar judicialmente, en nombre e interés propios, las acciones que a sus titulares correspondan, cual sucede en los casos de subrogación legal o convencional de un tercero en los derechos del acreedor, que el artículo 1209 del Código civil autoriza a apreciar cuando resulte presumible con arreglo a sus disposiciones o así se haya establecido con claridad».*

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) núm. 7/1992 de 22 de mayo de 1992
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 junio de 2011

IV. BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.
- MICHEL MENJUCQ. Clause de garantie de passif: quel bénéficiaire a défaut de désignation?. <https://menjucq.fr/clause-de-garantie-de-passif-beneficiaire-a-defaut-de-designation/>
- REDONDO TRIGO. El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del tribunal supremo de 20 de noviembre de 2008. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), núm. 713.
- VERDA Y BEAMONTE. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre-diciembre de 2000.

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), núm. 713 1560-1589.

² Comentada por VERDA Y BEAMONTE. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre de 2000, 1353-1358.

³ MICHEL MENJUCQ. Clause de garantie de passif: quel bénéficiaire a défaut de désignation?

«La qualité de bénéficiaire d'une clause de garantie d'actif et de passif est une question traditionnelle qui donne lieu à un contentieux récurrent. En effet, la clause peut désigner comme bénéficiaire, le cessionnaire, la société dont les droits sociaux sont cédés, voire un créancier de celle-ci, la clause s'analysant dans ces deux derniers cas en une stipulation pour autrui. Ainsi n'y a-t-il pas de difficulté lorsque la clause est claire. Mais, encore faut-il que la clause désignant le bénéficiaire soit précise, à peine d'être interprétée souverainement par le juge». <https://menjucq.fr/clause-de-garantie-de-passif-beneficiaire-a-defaut-de-designation/>

⁴ Vid. LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.

El citado autor también se hace eco de la doctrina francesa (*vid. op. cit.* 88) que 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».