

Tratamiento jurídico de la frustración tras la adquisición de una empresa*

ANA SOLER PRESAS

Profesora Propia Agregada
Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)

RESUMEN

En este trabajo se estudian los remedios que el ordenamiento jurídico pone al alcance del comprador que, por un defecto de información en la fase precontractual, descubre tarde que la empresa adquirida no satisface sus expectativas. Presta especial atención al remedio indemnizatorio, destacando sus limitaciones y la conveniencia de utilizar otros remedios alternativos que conjuguen mejor los intereses en conflicto. Con este propósito se sugiere una modificación legislativa que permita al comprador solicitar la adaptación del contrato cuando sufra un defecto de información imputable al vendedor y no tenga acceso a los remedios contractuales. El análisis de la concurrencia de remedios, pre y contractuales, busca identificar el caso en que la opción del comprador por los precontractuales sería legítima.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual; Responsabilidad contractual; Indemnización; Interés de confianza; Interés en el cumplimiento; Adaptación del contrato; Acción de reducción del precio; Garantías.

ABSTRACT

This paper works on the different remedies available for the buyer who discovers that due to a breach of pre-contractual information duties the com-

* El contenido de este trabajo ha sido exhaustivamente discutido con el profesor Fernando Pantaleón, quien sugirió las mejores ideas y con generosidad y paciencia logró que descartase las peores. El profesor Jesús Alfaro también leyó sucesivas versiones del trabajo y contribuyó a que la presente sea la menos mala. Los defectos que persistan son solo míos.

pany acquired is not the expected one. It focuses on damages, emphasizing its limitations, and the adequacy of alternative remedies, suggesting therefore a legal amendment particularly to attend buyer's interest when he cannot plead contract remedies and the seller is liable for his lack of proper information. The concurrence of remedies is finally studied in order to identify the case for a sound option for pre-contractual ones.

KEYWORDS

Remedies for breach of information duties; Remedies for breach of contract; damages; Reliance interest; Expectation interest; Adaptation of contract; Price reduction; Warranties.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Grupos de casos. 2.1 Frustración de la expectativa individual del comprador. 2.2 Frustración de la expectativa habitual o usual en el tipo de compraventa en cuestión, aunque no recogida en los términos del contrato. 2.3 Frustración de la expectativa claramente protegida por el contrato, bien porque se recoge en su clausulado o porque se comunicó al vendedor de forma que deba entenderse por él asumida. 3. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

Como se indica en el título, me propongo analizar los distintos remedios jurídicos que nuestro ordenamiento pone a disposición del comprador de una empresa que ve frustrado su interés al no adecuarse lo entregado a sus expectativas.

Los supuestos prácticos son muy variados, y en casi todos se mezclan distintas causas de insatisfacción, pero, para dotar de alguna sistemática al estudio, agruparé los supuestos como sigue:

1) En primer lugar, que se frustre una particular expectativa del adquirente respecto de un determinado activo o utilidad de la empresa porque finalmente resulte inútil para los fines perseguidos por el comprador, o menos valiosa de lo esperado. Por ejemplo, porque alguno de los activos de la empresa inmobiliaria adquirida esté afectado por aluminosis¹ o porque se adquiera una imprenta por el especial interés que despierta su maquinaria que, a la postre, resulta no ser propiedad del vendedor, sino de una sociedad de *leasing*, finalizando el *leasing* al tiempo de la venta².

¹ Parece que nuestro Tribunal Supremo entendió que ese era el caso en la STS de 21.12.209 (RJ 2010\299), cuando los hechos demostraban otra cosa. Sobre ella volveremos inmediatamente.

² Es uno de los ejemplos utilizados por W. WEITNAUER, en «Der Unternehmenskauf nach neuen Kaufrecht» 35, *NJW* (2002), pp. 2511-2517.

2) En segundo lugar, que la insatisfacción derive de la desviación de la situación económico-financiera de la empresa respecto de la representada en los informes facilitados por el vendedor, bien porque las cuentas de ingresos/ganancias estén infladas (i.e. computándose como ingresos los pagos relativos a negocios aún no liquidados); porque el pasivo esté incompleto o las reservas sean insuficientes (i.e. no contemplan obligaciones tributarias pendientes o indemnizatorias inminentes); o bien porque los resultados dependan en exceso de circunstancias particulares no comunicadas (i.e. preaviso de desistimiento del cliente principal de la empresa)³.

3) En tercer y último lugar, que el negocio resulte frustrante porque el tráfico de la empresa adquirida se vea impedido o disminuido por carecer de las licencias o autorizaciones preceptivas⁴; de las ayudas o subvenciones con las que aparentemente cuenta⁵ o por contravenir derechos de terceros (i.e. patentes).

El criterio que articula la clasificación es, claro, el carácter o condición de la expectativa del comprador, que calificaré como *individual*, si no es habitual que la tenga un comprador-tipo ni fue oportunamente comunicada al vendedor (1); como *habitual o usual* al tipo de empresa comprada, aunque no compartida con el vendedor (2); o la denominaré *común*, si puede acreditarse que la compartió con el vendedor, ya se recoja o no explícitamente en un término del contrato (3).

Superada esta nada fácil calificación, la determinación de los remedios disponibles para el comprador pasa por otras dos dificultades añadidas:

La primera es la determinación de los remedios aplicables a los casos comprendidos en el área secante entre el *contract* y el *tort*, esto es, a los de las expectativas del comprador reconocibles para el vendedor pero no incorporadas en el clausulado del contrato (son los casos del grupo 2). Conviene adelantar al respecto, que el sistema norteamericano, modelo práctico de regulación en este tipo de transacciones, excluye este grupo de casos del *contract law* y los

³ Es, también, el famoso caso resuelto por el OLG de München en resolución de 26 de julio de 2006 (BeckRS 2006, 09 207), sintetizado por C. KERSTING en «Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen-Vertragsaufhebungsanspruch oder "Minderung" aus cic?» 14 JZ (2008), pp. 714-721. Se trataba de la venta de una empresa basada en un EBIT inflado por no haberse delimitado convenientemente los apuntes contables. El comprador alega que pagó 2 millones de euros de más, que reclama *ex cic* y, finalmente, obtiene.

⁴ Es el caso de la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747) que comentaremos en nota 75.

⁵ SAP Burgos de 27 de diciembre de 2012 (436\2012). El vendedor de un colegio concertado oculta al comprador que el expediente en curso ante el ministerio de educación es por irregularidades graves, que está prácticamente finalizado y que supondrá la cancelación del concierto que hasta la fecha permitía funcionar al colegio.

remite, casi en exclusiva, al *tort of fraudulent misrepresentation*⁶. Desprotege, por tanto, con carácter general, al comprador frustrado que no haya incluido su expectativa en un *contract term*, ya sea una *warranty* o una *condition*.

El *civil law*, por el contrario, absorbe estos casos en los remedios contractuales a través del saneamiento por vicios ocultos y, últimamente, del «principio de conformidad» con el contrato.

El Derecho norteamericano mantiene la reciprocidad pactada en dos sentidos. Por un lado, evita sorpresas y, por otro, incentiva al comprador para que incorpore al contrato la información que considera relevante para proteger su expectativa; pero el reenvío a los remedios pre/extracontractuales conduce, como tendremos ocasión de comprobar, a su efectiva desprotección (USA) o a una injustificada sobrecompensación (UK)⁷. El Derecho continental arriesga el equilibrio de las prestaciones pactadas por orientarse todos los remedios contractuales al *expectation interest* del comprador, quizá desconocido por el vendedor⁸; con el consecuente desincentivo para que las partes se comuniquen información relevante.

La segunda dificultad consiste en decidir la solución idónea en caso de concurso de pretensiones, esto es, si puede el comprador optar por el remedio contractual o extracontractual que le interese o si, por el contrario, unos remedios (los contractuales) desplazan a los otros (casos del grupo 3).

Antes de proceder al análisis de los grupos de casos debe recordarse que, para el tratamiento jurídico del problema planteado, es irrelevante cómo se articule la venta de la empresa, esto es, mediante la transmisión individualizada de sus elementos (*asset deal*) o mediante la transmisión de las acciones/participaciones de la misma (*share deal*). Lo relevante es que se transmitan todas o un volumen tal que permita operar un cambio en la titularidad de la empresa⁹.

⁶ Vid. S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*, Foundation Press, N. Y. (2007), pp. 278-288. El sistema norteamericano entiende que tratándose de un negocio entre empresarios que versa sobre un objeto específico, esto es, que carece de un mercado de referencia, la protección se la tiene que buscar el comprador. Primero, averiguando el precio de lo que compra y, segundo, estableciendo las garantías que adecuadamente protejan su inversión. De ahí que el protocolo establecido al efecto se denomine *due diligence*, obviamente del comprador. El contenido de la obligación del vendedor queda por tanto concretamente delimitado en el contrato, fuera del cual sólo en casos muy excepcionales (dolo) podría asentarse una pretensión indemnizatoria.

⁷ En el primer caso porque no admite la *negligent misrepresentation*; en el segundo porque, admitida ésta por el *Statute Law [Misrepresentation Act (1967), section 2 (1)]*, la indemnización se mide conforme a la *out-of-pocket-rule* que, como veremos después, no siempre será la medida adecuada.

⁸ Y que podría suponer la procedencia del abono de los «agujeros» del balance como si se hubiese pactado una garantía, pero gratis.

⁹ La eficiencia de articular la venta de la empresa a través de la venta del capital la explica sintéticamente J. ALFARO ÁGUILA-REAL en <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2010/02>: ahorra la delimitación de los elementos transmitidos y los costes de la

Así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia alemana¹⁰. Pero por desgracia la cuestión no está resuelta en nuestros tribunales. Así, por comparar supuestos análogos, véase el caso resuelto en la STS de 26.20.1981 (RJ 1981\4001), de adquisición de empresa (Matadero Frigorífico Asturiano) mediante la compra de todas sus participaciones creyendo, porque así consta en el balance y porque se exhibe la correspondiente escritura de propiedad, que un terreno de 4 hectáreas pertenece a su inmovilizado, cuando lo cierto es que estaba en trámite de ser de dominio público. El Tribunal entiende que la contingencia atinente a este activo es suficiente para declarar nula la venta, en este caso por dolo. Pero lamentablemente no resolvió igual en la STS de 21.12.209 (RJ 2010\299), donde el activo afectado tenía más relevancia. En el caso aquí debatido, el comprador (GRETIDEM) adquiere el 100% de las acciones de una sociedad (SASOTOVI) como medio para adquirir su principal activo: el hotel Bel-Air, que estaba afectado por aluminosis. El propósito perseguido por el comprador no sólo lo conoce el vendedor, sino que incluso se eleva a causa común del contrato de compraventa, aunque en documento anexo al público de venta de las acciones. Pese a ello, el Tribunal niega relevancia al defecto del inmueble alegando que las vicisitudes de *un* activo no son trascendentes porque el objeto de la compraventa fueron las acciones de la sociedad y no el hotel.¹¹

2. GRUPOS DE CASOS

2.1 Frustración de la expectativa individual del comprador

El supuesto que primeramente examinamos es el de la frustración de la expectativa individual del comprador que ha sido decisiva para que celebre el contrato o para que pague el precio acor-

transmisión individualizada de activos (*i.e.* cambios de titularidad registral) y de pasivos (consentimiento de los acreedores sociales); además de conservar, generalmente, la titularidad de los permisos o autorizaciones precisos para el tráfico del negocio y la clientela, pues refuerza la apariencia de continuidad.

¹⁰ Para los que no bastaría con la transmisión de la mayoría simple del capital (> del 50%), requiriéndose umbrales superiores al 90%. Entre nosotros, en cambio, M. GIMENO RIBES defiende que bastaría con que se transmitiese una mayoría de control. *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Comares, Granada (2013), pp. 17-18.

¹¹ La crítica a este pronunciamiento es unánime entre los autores. Además de J. Alfaro antes citado, véase J. R. GARCÍA VICENTE, 84, *CCJC* (2010), pp. 1729-46; F. REDONDO TRIGO, «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009», 720, *RCDI* (2010), pp. 1903-1933 y M. A. GILI SALDAÑA, «Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009», *InDret* 2/2010.

dado, pero que no fue compartida con el vendedor ni es susceptible de considerarse un presupuesto habitual de ese tipo de compraventas.

Es, por ejemplo, el caso de la adquisición de una empresa no tanto por su valor intrínseco como por razones estratégicas del grupo empresarial del comprador (motivación subjetiva), típicamente porque espera obtener sinergias derivadas de la integración de la red de distribución adquirida en la propia, o porque le interesa adquirir un activo emblemático¹².

Jurídicamente, nos enfrentaremos a una cuestión de validez del contrato –cuando la decisión de comprar se fundamente en una creencia errónea– o de exceso de precio, cuando la decisión de comprar se hubiera adoptado igualmente pero no a ese precio –vicio incidental–.

En ninguno de ellos podrá atenderse el interés del comprador recurriendo a los remedios contractuales porque no estaremos ante el incumplimiento de un contrato que proteja la expectativa del comprador¹³.

Pero tampoco el régimen del error ayudará a este comprador, porque el error invalidante, el que da acceso a la acción de anulabilidad, tiene que ser esencial, esto es, afectar a un elemento objetivamente relevante del contrato (a un presupuesto del contrato) que como tal pueda ser reconocido por la otra parte¹⁴. Debe tratarse además de un error excusable, que no quepa reprochar al comprador, pues solo en ese caso estaría justificado el desplazamiento de la frustración del comprador al vendedor mediante la impugnación del contrato¹⁵.

Y ninguna de las dos premisas concurren en el caso analizado. En nuestro supuesto de hecho la circunstancia relevante para el comprador no constituye un presupuesto objetivo del contrato, luego el error no puede reconocerse como esencial por la contraparte. Y el comprador difícilmente podrá defender la excusabilidad de su error, puesto que, por hipótesis, no cuenta con una garantía

¹² El ejemplo es de H.P. WESTERMANN, en Säcker, F. J./Rixecker, R. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C. H. Beck (2008), § 453 BGB, Rn. 22

¹³ En el primer caso (decisión de contratar basada en la expectativa fallida) puede que ni siquiera tengamos un contrato válido.

¹⁴ Si no podemos imputárselo al vendedor, el error puede tener aún alguna trascendencia jurídica si es común, pero ya no será la trascendencia idónea para proteger el interés particular del comprador, sino la que proteja equilibradamente los intereses de ambos. Véase, en este sentido, el artículo 4:105 (3) de los *Principles on European Contract Law* (en adelante, PECL); y el artículo II.-7:203 (3) del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR).

Sobre el carácter intrínseco del error invalidante, MORALES MORENO, *Comentario del Código Civil* (1991) M.º Justicia, artículo 1266, pp. 460 ss.

¹⁵ KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck (2012) Rn. 306.

del vendedor sobre las utilidades que espera obtener ni conmina al vendedor a informarle, revelando así su interés al respecto.

Tampoco concurren los requisitos para apreciar error incidental, a efectos de imponer al vendedor una reducción del precio de la empresa, por un argumento *ad minorem*: si el defecto de información no puede imputársele al vendedor, al menos en exclusiva, cuando es esencial para el comprador, aún menos lo será cuando su importancia sea meramente incidental¹⁶.

Luego la protección de los motivos estrictamente individuales que deciden al comprador queda limitada a los casos de dolo¹⁷. Dolo, necesariamente caracterizado por el ánimo de engaño del vendedor, por lo que no es doloso –ni relevante para este grupo de casos– el error negligentemente inducido, o que le sea objetivamente imputable¹⁸, que será el más frecuente en el campo de nuestro estudio, pues la información (por hipótesis, incorrecta) sobre la empresa la facilita fundamentalmente el vendedor¹⁹.

¹⁶ Que los vicios no invalidantes no son irrelevantes, que tienen trascendencia indemnizatoria, parece ya admitirse generalmente. Así, P. MOTA PINTO, *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, vol. II, Coimbra editora (2008), p. 1424; aunque hay numerosos partidarios de protegerlos sólo si la expectativa está cubierta por el contrato, como por ejemplo C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, Universidad del País Vasco (1989), pp. 250, 270.

Comparto la idea general, que el error incidental tenga relevancia indemnizatoria, pero entiendo que sólo la tendrá cuando sea excusable, luego no en este grupo de casos.

Coherentemente, entiendo también que la función del artículo 1270 CC es la mera delimitación negativa del dolo invalidante, y que la indemnización que menciona se fundamenta en el genérico artículo 1902 CC, por lo que procede también en caso de dolo esencial y de error, esencial o incidental Así, L. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas (1994), pp. 125, 138, 148; A. M. MORALES MORENO, en ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones Forales*, EDERSA, tomo XVII, vol. 1-B (1993) artículos 1269 y 1270 CC, pp. 409-410; y J. R. VERDA Y BEAMONTE, comentario de la STS de 18.1.2007 (RJ 2007\529), en *CCJC* (2007), pp. 1319-1328.

¹⁷ Dice Morales Moreno que «habiendo dolo se ensancha el campo del error y adquieren relevancia los errores extrínsecos, es decir, las simples motivaciones de un contratante, extrañas a la organización de intereses del contrato» *Comentario...*, artículo 1270 CC, M.º Justicia, p. 471. Y Rojo Ajuria lo suscribe (*El dolo...*cit., p. 158).

¹⁸ MORALES MORENO, *Comentarios...*, EDERSA, pp. 391-392; Rojo Ajuria, *El dolo...*cit. pp. 158, 210.

¹⁹ Son los casos del grupo 2, los de balances y demás informes financieros facilitados por el vendedor creyéndolos correctos y/o completos, cuando no lo son. Creencia que habrá de considerarse honesta, salvo que se demuestre lo contrario, esto es, que el vendedor sabía que eran erróneos o que lo sospechaba y su ignorancia era buscada.

Serán, por tanto, marginales los casos que interese solucionar mediante la alegación y prueba del dolo porque, como después explicaremos, al afectar la falta de información a los presupuestos habituales del contrato, podrán generalmente resolverse aplicando los remedios contractuales.

Consecuentemente, la mera inclusión en el contrato de una garantía explícita de corrección de la información que después resulta errónea no prueba la mala fe del vendedor. Más bien lo contrario. Presumir, como hace nuestro Tribunal Supremo –en la sentencia de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747)– y autores relevantes –F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007, p. 36– que garantizar la corrección de algo que se desconoce responde a una estrategia dolosa para conseguir que el comprador firme el contrato es claramente excesivo, porque lo cierto es que con esa

Además, el dolo tendrá que ser necesariamente activo, pues no puede cargarse al vendedor de una empresa con la obligación de facilitar información circunstancial sobre la misma, contraria a sus intereses y que no le ha sido concretamente requerida²⁰.

Queda por tanto limitado el ámbito de estudio a los casos de inducción maliciosa al error mediante la aseveración de datos circunstanciales a la empresa pero relevantes para el comprador que se saben falsos o que, al menos, premeditadamente, se ignoran²¹.

Si este engaño es causante, esto es, si el comprador contrata inducido por las malas artes del vendedor, el comprador podrá reubicar su caso en el tercer grupo de análisis propuesto en este trabajo: aquellos en los que la expectativa del comprador puede ampararse en el contrato porque puede probarse que el vendedor la conocía y que con su falaz aseveración dio a entender que la asumía²².

garantía el vendedor ofrece al comprador la máxima protección, comprometiéndose a hacer realidad lo garantizado.

²⁰ El caso de la imprenta cuya maquinaria era ajena, que utiliza Weitnauer [en 35 *NJW* (2002), p 2511], se perdería porque el comprador no solicita expresamente información sobre la misma, por muy evidente que sea el interés que tiene en ella, y porque el valor contable que el vendedor le atribuye en el inventario es cero.

Como también se perdió el caso definitivamente resuelto por la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009\4230).

Los hechos fueron así: el socio minoritario de una empresa papelera, tras diversos desencuentros con los socios de control, aceptó venderles sus acciones a razón de 16.680 pts/acción. Cuatro meses después, los compradores vendieron sus acciones a otra empresa alemana por 27.372 pts./acción y cuatro años después la misma empresa alemana adquirió las acciones restantes por 40.529 pts./acción.

El (ex) socio minoritario se consideró estafado e inició, coherentemente, la vía penal, que no prosperó. 14 años después de la venta (!), demandó civilmente a los compradores alegando que le ocultaron dolosamente las negociaciones con los alemanes y las buenas perspectivas de negocio de la empresa. No queda claro la acción que ejercita (si de nulidad por dolo o la indemnizatoria), pero en primera instancia entendió el juez que era la de nulidad, y la desestimó por caducidad; y, en la Audiencia, que la indemnizatoria, pero había prescrito.

El Tribunal Supremo entiende en cambio que la pretensión indemnizatoria es contractual porque no acompaña a la acción de nulidad (!?), a pesar de que el recurrente insiste en que si le hubieran informado bien no habría vendido las acciones. Semejante argumento le permite sostener que la pretensión no ha prescrito y pronunciarse así sobre el fondo del asunto para negar, con acierto, la relevancia de un presunto dolo omisivo en la contraparte puesto que en absoluto estaba obligada a informarle sobre los negocios que tuviera con terceros.

Nuestro pretendido *leading case* sobre reticencia dolosa, el resuelto por la STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981\4001), antes relatado, también atinente a un contrato de compraventa de empresa, no es tal, sino un claro ejemplo de dolo activo: se exhibe un documento público que afirma lo que (ya) es falso y se contabiliza en el balance un activo que no pertenece a la empresa.

²¹ *Scienter*, que dirían en el *common law*, *with reckless disregard of its truth or falsity*.

²² Alegaría, por tanto, que se trata de un *implied term of the contract*.

Si es activo y relevante, nuestro Tribunal Supremo acepta que el perjudicado se ampare, indistintamente, en la nulidad o en la resolución del contrato, argumentando que hay incumplimiento porque el objeto no corresponde a las condiciones pactadas o es inhábil para el destino que se le asigna (MORALES MORENO, *Comentarios...*, EDERSA, p. 435; *Comentario...*, M.º Justicia, p. 472).

La cuestión en estos casos queda remitida, pues, a determinar si deben aplicarse los remedios contractuales para proteger al comprador y si tales remedios desplazan a las reglas de validez (anulabilidad) y a la indemnización que les acompaña²³. Baste señalar aquí que cuando el dolo actúa como criterio de incorporación de presuposiciones al contrato²⁴, como es el caso, la indemnización puede liquidarse conforme al valor de la expectativa frustrada del comprador. Dicho de otro modo, conforme al beneficio que el comprador esperase obtener del contrato, llegándose al mismo resultado práctico que si el contrato fuese resuelto.

Pero también, al menos en teoría²⁵, nuestro comprador podría anular el contrato. Si acumula a esta pretensión otra indemnizatoria,

Este es, por ejemplo, el caso de la STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2009\2907), referido a una compraventa de terreno. La compradora, ESSO, adquiría el terreno para instalar una gasolinera, propósito perfectamente conocido por el vendedor que transmite también las licencias y un proyecto de construcción al efecto y asegura que la superficie del terreno es de 5.020 m., superior por tanto a los 5.000 m. de extensión mínima requerida por la normativa. En realidad la extensión es menor, porque invade en 2.172 m. otra parcela de la que es cotitular el vendedor. La doble inmatriculación del terreno no es fácilmente apreciable en el Registro. La compradora pretende la nulidad del contrato o su resolución, además de la indemnización de los daños que alega. Y procede la primera, por dolo, pero mejor aún habría resultado la segunda, pues el incumplimiento es claro y la indemnización podría abarcar otros conceptos quizá más extensos.

Este salto al ámbito contractual no estaría justificado, en cambio, cuando el dolo sea meramente incidental ni cuando sea omisivo, allá donde éste tenga relevancia.

En términos parecidos, reticentes a la ampliación de la órbita del contrato mediante la inclusión de las particulares expectativas del comprador, se manifiestan relevantes autores alemanes en los que se apoya A. POHLMANN, *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten. Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform*, Berlin, Duncker & Humblot (2002), pp. 122 ss.

También F. PANTALEÓN rechaza que con carácter general el dolo del vendedor incorpore las expectativas particulares del comprador al contrato [en «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», 64-3 *ADC* (2011), p. 921]. Entiende que solo excepcionalmente será así, excepción que, entiendo yo, se da en este caso en que únicamente son relevantes comportamientos activos del vendedor, que conoce o genera esa expectativa en el comprador y le persuade de que será satisfecha por el contrato.

²³ Lo analizaremos en el apartado 2.3.

²⁴ MORALES MORENO, *Comentarios...*, EDERSA p. 433; quien justifica esta medida en que «no sería razonable tratar de modo distinto al que incumple (que debe abonar una indemnización en la medida de la expectativa frustrada) que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en unos términos que no será posible hacerlo». Es una idea ampliamente compartida: así E. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid (1994) p. 44; F. GÓMEZ POMAR, *InDret* (2007), p. 24; J. DELGADO y M. A. PARRA LUCÁN, en el comentario de la STS 5.6.2010, en 86, *CCJC* (2010) p. 684.

Igualmente lo entiende la jurisprudencia norteamericana que, en caso de *fraudulent misrepresentation*, concede el diferencial del *benefit of the bargain* porque entiende que la declaración fraudulenta es una promesa, que tiene la eficacia de un *implied term of the contract*. K.S. ABRAHAM, *The Forms...* p. 283.

²⁵ Sigo a ROJO AJURIA (*El dolo...* p. 176), quien inmediatamente advierte que nuestro Tribunal Supremo parece limitar la anulación por dolo a casos de abuso de las limitaciones de la víctima o de error esencial, aunque entiende que en puridad no debiera ser así. Sí debe estar de acuerdo con esta jurisprudencia restrictiva el profesor

obtendrá un resarcimiento menor –básicamente, los gastos de contratación– dado que el precio y sus intereses se recuperan por efecto de la restitución.

Ahora bien, como la restitución que acompaña a la impugnación del contrato rara vez es una alternativa viable, pues el objeto del contrato –la empresa– normalmente estará ya integrado en el negocio del comprador, puede limitar la demanda a la pretensión de indemnización de los daños ocasionados por el contrato, que se mantiene²⁶.

Cómo liquidar correctamente esta indemnización es sumamente controvertido. Así, hay autores y jurisprudencia que permiten al comprador liquidarla de manera que el resultado económico sea equivalente al que produciría la anulación del contrato y la consiguiente restitución de prestaciones, esto es, conforme a la diferencia entre el precio de compra y el valor objetivo de la empresa al tiempo de celebrar el contrato (P-VR). Dicho brevemente, liquidar el contrato como daño²⁷.

Puede ser la medida correcta cuando, descubierto el defecto, no pueda ya anularse el contrato porque haya caducado la acción o cuando la restitución de los elementos de la empresa sea imposible o su coste inexigible al comprador.

Pero dejará de serlo cuando el vendedor acredite que, contando con la información correcta, el comprador habría adquirido la empresa (por el mismo o por otro precio), esto es, que el dolo era incidental; o que la imposibilidad de restituir los elementos de la empresa ha sido estratégicamente buscada por el comprador.

Para evitar repeticiones, explicaré después por qué, al hilo del análisis del segundo grupo de supuestos, mucho más frecuentes y para los que la medida discutida (P-VR) reporta más interés pues, en los presentes, de frustración de una expectativa particular del comprador, es probable que la carencia de la característica esperada del activo no afecte al valor objetivo de la empresa sino solo al valor subjetivo, esto es, que no coincida con la frustración experimentada por el comprador.

Morales Moreno, para quien el dolo invalidante ha de ser grave, excluyendo el calificativo la relevancia anulatoria de las expectativas caprichosas o poco acordes con los criterios ordinarios del tráfico (*Vid. su Comentario de los arts. 1269-1270 del CC, EDERSA p. 401*).

²⁶ La independencia de la pretensión de indemnización de la pretensión de nulidad del contrato está ya más que reconocida. Véase, por todas, la STS 18 de enero de 2007 (RJ 2007/529).

²⁷ *Vid. GÓMEZ CALLE, Los deberes... cit., pp. 38-40.*

2.2 Frustración de la expectativa habitual o usual en el tipo de compraventa en cuestión, aunque no recogida en los términos del contrato

El ámbito de máxima tensión entre los partidarios de absorber la expectativa del comprador en el contenido del contrato y los que abogan por los remedios precontractuales²⁸ se produce cuando se frustra una expectativa habitual o usual en el tipo de compraventa de que se trate, expectativa que, no obstante, no se ha recogido en una de las cláusulas del contrato.

Y son los casos más frecuentes en la práctica de los tribunales: los de facilitación por el vendedor de una información económico-financiera defectuosa o incompleta al tiempo de contratar que, de haber sido correcta, habría determinado un precio de venta más bajo o la cancelación de la operación.

Puesto que la restitución de las prestaciones recibidas no es, como ya avanzamos, una opción generalmente viable, el comprador defraudado alegará, por regla, que la información a la que no tuvo oportuno acceso revela que compró caro. Y pretenderá obtener el reintegro de ese exceso, algo que a todas luces parece legítimo.

El problema es cómo fundamentar esta legítima pretensión.

Centrado el conflicto en que la empresa no es tan solvente como el comprador razonablemente creía, intuitivamente buscaremos su solución en el régimen del saneamiento por defectos ocultos, particularmente en la *quantum minoris*.

Pero la práctica jurisprudencial, propia y foránea, nos enseña que su acceso es complejo²⁹.

Los principales obstáculos para aplicar los remedios propios del saneamiento son, en primer lugar, de carácter adjetivo. Nos referimos al brevísimo plazo de caducidad de 6 meses, computado desde la entrega de la empresa, que resulta letal para la mayoría de los compradores que constatarán el defecto de la información financiera cuando ya haya transcurrido el mismo.

En segundo lugar, los obstáculos son normativos, esto es, derivados del concepto de defecto o vicio plasmado en la ley. El defecto que activa el régimen del saneamiento es un vicio oculto de la cosa vendida que la haga desmerecer tanto como para legitimar la

²⁸ Básicamente indemnizatorios, accesibles si la generación o el mantenimiento de la expectativa errada del comprador es imputable al vendedor. Si se dieran los presupuestos de la acción, cabría también la anulación por dolo o error esencial que, además, concurriría con la pretensión de resolución; pero la impugnación del contrato y consecuente restitución de los elementos de la empresa no suele interesar al comprador.

²⁹ Un análisis actualizado de los numerosos obstáculos que presenta el ejercicio de las acciones edilicias en casos de compraventa de empresas puede verse en M. GIMENO RIBES, *La protección...* cit., pp. 66-95.

resolución del contrato (redhibitoria) o bien, parece que a elección del comprador, la reducción del precio (estimatoria)³⁰.

La norma no diferencia el defecto redhibitorio, que desde luego ha de ser esencial, del *meramente* relevante a efectos de determinar el precio de venta, que debería ser el exigido para accionar la estimatoria³¹.

Luego una interpretación literal del precepto bien puede excluir la relevancia a estos efectos de una contabilidad insuficiente o incorrecta de la empresa correspondiente a algún ejercicio pretérito. Y tradicionalmente se ha entendido así. El hecho de que una empresa generalmente se adquiera para obtener beneficios mediante el ejercicio de su tráfico no evidencia, por sí solo, que la situación financiera de la empresa presentada por el vendedor constituya una cualidad o condición del objeto de venta que, al resultar incorrecto, manifieste un «defecto esencial». Para entenderlo así se ha exigido que la menor solvencia económica de la empresa afectase la rentabilidad del negocio o su tráfico de forma seria y persistente, no meramente coyuntural³², y éstos son los casos menos frecuentes³³.

Se alega también, aunque a mi juicio es un obstáculo menor, que el concepto de «vicio» exige una comparación entre cosas de una misma clase que evidencie la carencia de una cualidad presu- puesta en la cosa comprada (por ser común en el tráfico de ese tipo de bienes o porque así se haya pactado), comparación *imposible* allí donde no hay mercado, como es el caso de las empresas³⁴. El obstáculo es menor porque el hecho de que no haya un mercado líquido —el que se genera respecto de productos homogéneos— que permita la formación de «buenos» precios no quiere decir que no haya mercado, esto es, que no haya competidores cuya disposición a pagar permita determinar qué se considera habitualmente relevante en las empresas del tipo de la vendita.

Puesto que es una cuestión de interpretación normativa puede, como veremos que en gran medida se ha hecho, superarse; pero el

³⁰ L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial IV, Particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid (2010), pp. 137, 138-9.

³¹ Nuestra doctrina se ha preocupado por imponer la interpretación que corrige el primer e indeseable resultado —que un defecto incidental de acceso a la redhibitoria— [así, J. R. VERDA Y BEAMONTE, «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa», 55 *ADC* (2002), pp. 641 ss. aquí, 645-657]; pero la segunda derivada de esta correcta interpretación —que basta un defecto incidental para abrir la estimatoria— no está suficientemente consolidada.

³² *Vid.* la doctrina y jurisprudencia citada por KERSTING, en 14 *JZ* (2008), nota 9; y más detallado, U. HUBER, «Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts» 202 *AcP* (2002), pp. 179-242, en p. 188.

³³ O, claro está, que la corrección de la información financiera se hubiese garantizado por pacto, en cuyo caso el comprador exigiría el pago de la diferencia entre lo presentado y lo descubierto, esto es, que se cumpla lo garantizado, y no la (mera) rebaja del precio.

³⁴ HUBER, 202 *AcP* (2002), pp. 212-213.

riesgo de interpretaciones restrictivas sigue vigente mientras no se modifique la regulación, además de ser esta modificación normativa la única vía de superación del obstáculo más relevante en la práctica: el plazo.

Lo cierto es que tanto la interpretación clásica como el plazo de caducidad remitieron la solución de los conflictos entre compradores y vendedores de empresas al ámbito de la responsabilidad precontractual. En Alemania, a la doctrina de la *culpa in contrahendo* (cic a partir de ahora).

Planteado el conflicto bajo este prisma, la solución ofrecida al comprador que descubre que la información facilitada por el vendedor es falsa o incompleta es la compensación por la frustración de la confianza depositada en la veracidad de los datos.

Una indemnización, por tanto, en la medida de su interés de confianza o negativo, esto es, de su interés en no haber celebrado el contrato vigente, que obliga a la nada fácil reconstrucción de la situación *ex-ante*.

Porque puede ser que, de haber contado con la información pertinente, nuestro comprador no hubiese contratado. Si acompaña esta alegación con la correspondiente impugnación del contrato, obviamente allí donde la anulación del contrato sea posible, por tratarse de un dolo o error esencial, la indemnización no planteará especiales problemas de delimitación, pues es pacífico que se compondrá con los gastos de la contratación y, de haberlos, con los *consequential damages*.

Lo discutido, pero admitido por la jurisprudencia alemana y parte de la doctrina, es que estando vedada la impugnación del contrato (porque caducó la acción o no se dan los presupuestos normativos del error) u optando el comprador por la confirmación del contrato, pueda, no obstante, alegar que se ha lesionado su libertad de contratación y valorar este daño conforme al equivalente económico de la restitución (P-VR).

Lo hará, claro, el comprador que adquiriera con prima, porque el que comprase conforme al valor objetivo de la empresa o con descuento no obtendrá nada aplicando este diferencial.

Y parece una pretensión perfectamente admisible, porque el defecto en la información fácilmente puede manifestarse cuando haya transcurrido el plazo de impugnación o, revelándose antes, cuando ya no sea posible o exigible al comprador la restitución de los elementos de la empresa. No sería incoherente entonces que el comprador mantuviera el contrato y pretendiera liquidar el daño que su celebración le ha ocasionado, equivalente a la prima o exceso de precio, además de

otros posibles daños consecutivos. Justificadamente podrá alegar que el contrato le ha ocasionado un daño de la medida señalada.

Pero no es más que una presunción, como tal rebatible por el vendedor que pruebe cualquiera de los siguientes extremos:

El primero, que el comprador, de no haber sufrido un vicio, esto es, de contar con la información correcta, habría seguido adelante con el negocio y adquirido la empresa³⁵. Revelaría así que el defecto de información es incidental en tanto que no determinó su decisión de contratar y que, por tanto, la medida pretendida es excesiva porque lo procedente es rebajar la prima cobrada por el vendedor, pero no suprimirla.

Y puede también rebatir la presunción de que la pérdida asciende al diferencial pretendido por el comprador demostrando que la inviabilidad de la restitución obedece a una estrategia oportunista de éste, que advirtió el defecto a tiempo para anular el contrato y restituir los elementos de la empresa sin coste excesivo, esto es, a tiempo de volver a la situación preexistente al contrato; pero prefirió no hacerlo, integrar la empresa en su negocio y recuperar ahora, vía indemnizatoria, la prima pagada. Puede ejercitar, en definitiva, la *exceptio doli*. Demostraría así que fue el comprador quien generó lo que ahora reclama como daño, porque él habría aceptado la restitución, pero nunca le habría vendido la empresa sin prima. El daño, de nuevo, es menor que (P-VR), pero de nada fácil estimación pues tendría que reflejar la rebaja de la prima que, habida cuenta del defecto, el vendedor habría aceptado³⁶.

Esta rebaja del precio puede, claro, solicitarse directamente. Lo harán los compradores con prima cuyo vicio sea claramente incidental, ahorrándose así la discusión intermedia que generaría la reclamación de la liquidación del contrato como daño. Pero también los que compraron por el valor objetivo de la empresa o con descuento, que no han sufrido un daño en sentido estricto pero sí han visto alterada la paridad conforme a la que contrataron, porque la revelación del defecto evidencia que la ventaja negocial que creyeron tener no es tal.

Pero del «no habría pagado tanto» a la determinación de cuál es el exceso, hay un salto. Y que el vendedor habría aceptado esa rebaja, si no hay indicios que así lo corroboren, es pura hipótesis³⁷. Pero los Tribunales alemanes admiten estas pretensiones³⁸.

³⁵ Así, F. PANTALEÓN, 64 ADC (2011), pp. 922-923.

³⁶ Como mínimo tendría que absorber los *consequential losses* derivados de la restitución.

³⁷ Sí es razonable presumir que el comprador bien informado no habría aceptado el precio finalmente acordado. Así, C. W. CANARIS, «Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlage, *FS Walther Hadding*, Berlin, De Gruyter (2004), pp. 3-24.

³⁸ Véase de nuevo el ejemplo de la nota 3.

Un importante sector doctrinal entiende que el salto es inadmisibles. Que lo único acreditado es que *ese* contrato no se habría celebrado, no *cuál* habría ocupado su lugar; de manera que el interés negativo sólo ampara la primera pretensión (liquidación del contrato como daño)³⁹.

La principal crítica es la vulneración de la voluntad del vendedor, al que se impone un contrato que no hay indicios que hubiera aceptado. Y aunque son unos cuantos los que entienden que si el comportamiento del vendedor fue doloso la imposición estaría justificada, bien como sanción, bien como prevención de comportamientos dolosos, que proliferarían si el vendedor tiene la seguridad de que el contrato sólo se mantendrá en los términos pactados⁴⁰, casi ninguno admite esta solución en los casos, mucho más frecuentes, de inducción negligente al error⁴¹.

También se discute si la medida responde al interés negativo o más bien al *expectation interest* del comprador, pues descontar la expectativa esperada y frustrada es económicamente equivalente a pagar su valor; y que ésta medida es propia de un remedio contractual⁴². Pero la crítica no es acertada puesto que los momentos relevantes para la valoración de la expectativa difieren: si se tratase de un interés positivo tendría que valorarse la pérdida al tiempo de la reclamación, y lo que se pide es descontar del precio el valor que tenía al tiempo de contratar, luego adecuar el precio a lo recibido.

Pero el principal obstáculo es de prueba. El exceso de precio que el comprador alega haber pagado o se concreta en su alcance y en la verosimilitud de su aceptación por la contraparte o es puramente especulativo. Para presentarlo desprovisto de subjetividad, esto es, de acuerdo con los cánones objetivos de valoración de la indemnización, la mayoría defiende que la medida de la rebaja sea la diferencia entre el precio de venta y el valor real (pericial) de la empresa (P-VR, esto es, la medida de los *out-of-pocket losses*), llegando por tanto al mismo resultado de la primera alternativa para extenderlo, improcedentemente, a los casos en que el defecto de

³⁹ H. HONSELL, «Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt», *FS Dieter Medicus*, Colonia (2009), pp. 181 ss.; KERSTING, *14 JZ* (2008), pp. 719-720

⁴⁰ P. MOTA PINTO, *Interesse...* cit., p. 1.430-1.431. No creo necesario insistir en que la naturaleza meramente compensadora de la pretensión resarcitoria rechaza ambas justificaciones.

⁴¹ Porque alegar que alguna indemnización hay que dar y que ésta, pese a sus defectos, es la mejor medida no resulta convincente. No obstante, *vid.* P. MOTA PINTO, *Interesse...* p. 1431.

⁴² HONSELL, *FS Dieter Medicus* (2009), p. 11-12 de la versión en la web (www.honsell.at/Publikationen/FS%20Medicus.pdf).

información es meramente incidental; y para dejar, precedentemente, a los compradores con descuento sin indemnización⁴³.

No es la solución óptima, porque el diferencial no evidencia la incidencia que el defecto de información ha tenido en la contratación. Para los compradores con prima que sufren defectos de información incidentales es claramente sobrecompensador; y los que compraron con descuento pierden el margen de beneficio en favor del vendedor.

Para evitar ambos resultados se ha sugerido aplicar analógicamente la *quanti minoris*⁴⁴, sugerencia rápidamente rechazada en los casos de compras con descuento o por el valor objetivo porque, por hipótesis, no se está ejercitando un remedio contractual y porque la indemnización en la medida del interés negativo no puede posicionar al contratante mejor que si no hubiera contratado⁴⁵.

La referencia a la estimatoria se comprende mejor en el caso de compras por encima del valor de mercado afectadas por un vicio o defecto de información incidental, porque aquí sí se ha producido un daño que sería conveniente concretar al máximo.

Observamos, en definitiva, cómo los remedios precontractuales (la *cic*) se han utilizado para eludir la dificultad de acceso al saneamiento y llegar, *praeter legem*, a similares resultados.

Cuando lo cierto es que la dificultad de acceso al saneamiento se ha suavizado, normativamente, allí donde el legislador ha adecuado la norma a los principios de armonización europea (Alemania, 1.1.2002)⁴⁶; o, en nuestro caso, doctrinal y jurisprudencial-

⁴³ Algún autor (P. MOTA PINTO, *Interesse...*, cit. pp. 1444-5) defiende un cálculo estrictamente subjetivo de la rebaja, atendiendo exclusivamente a la curva de utilidad del comprador, luego necesariamente arbitrario. Cita como único apoyo un comentario de Von Thur al hilo de un supuesto de dolo (en nota 4135). Contrario, en cambio, a una valoración puramente subjetiva de la rebaja en casos de dolo incidental se muestra MORALES MORENO, en los *Comentarios...*, EDERSA, p. 415.

⁴⁴ En Alemania, antes de la reforma del BGB, H. STOLL, en «Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluss» *FS Riesenfeld*, Heidelberg, C. F. Müller (1983), pp. 275-299, pp. 284 ss.; o C.-H. CANARIS, «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung», 200 *AcP* (2000), pp. 316-318, entre otros muchos. Entre nosotros, A. M. MORALES MORENO, que reconoce que practicar una reducción del precio a través de la pretensión indemnizatoria puede suscitar reparos dogmáticos, pero entiende que el problema a resolver es el alcance que haya de darse a la indemnización prevista en el artículo 1270.II CC. Puesto que de acuerdo con sus antecedentes ha de cubrir la «enmienda del engaño», procederá un ajuste del precio de acuerdo con lo que, según el contrato, se habría estipulado de no mediar dolo. Sólo cuando el contrato no ofrezca elementos interpretativos suficientes para realizar este ajuste podrá, entiende, acudir al mercado. En los *Comentarios...*, cit. de EDERSA pp. 413-415.

Quizá sea ésta también la idea que subyace en la limitación que establecen los PECL y el DCFR a la indemnización que puede solicitar quien sufre defectos de información imputables al otro contratante, concretada *al perjuicio causado por* el dolo o el error. (art. 4:117.2 PECL; art. II. 7:214.3 DCFR).

⁴⁵ H. C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, Beck (1997), p. 194.

⁴⁶ Y los plazos, de 6 meses a 2 años, como el resto de los remedios contractuales. En la Propuesta de modernización del Código Civil se mantiene, en cambio, un brevísimo

mente, a la espera de la aprobación de la Propuesta de modernización del Código Civil, mediante la incorporación *de facto* del principio de conformidad con el contrato⁴⁷.

Por ser pioneros en la adaptación normativa y en el análisis de sus consecuencias para el caso de compraventa de empresas, conviene analizar lo ocurrido en Alemania.

La reforma del BGB tuvo especial cuidado en dar acceso al saneamiento a las compraventas de empresas (como *sonstige Gegenstände* en el § 453.1 BGB que remite al § 433.1, regulador de la obligación del vendedor de entregar una «cosa» –empresa– sin defectos, y que amplía el concepto de «defecto» a la carencia de una cualidad convenida o usual; o necesaria para que la empresa sea idónea para el fin presupuesto en el contrato o habitual en empresas del mismo tipo y que el comprador, por tanto, puede esperar)⁴⁸.

El concepto de defecto se extiende más allá, pues, del *sachliche Substrat*, absorbiendo otros factores inmateriales relevantes para el tráfico de la empresa; y la comparación del objeto vendido con otros no requiere, claro, que sean homogéneos, basta con que sean del mismo tipo, es decir, con fijarse en la competencia.

Luego ahora, tras la reforma, son muchos, quizá la mayoría, los que entienden que las reglas sobre el saneamiento absorben los casos conflictivos de compraventa de empresas. Que la situación financiera de la misma puede considerarse una cualidad o condición de la empresa que, de ser incorrecta, constituye un defecto; y que la jurisprudencia anterior a la reforma que mantenía lo contrario ya no se sostiene⁴⁹.

plazo de 6 meses computado, para colmo de males, desde la entrega de la prestación (*vid.* art. 1197.3).

⁴⁷ Sobre este cambio de paradigma es imprescindible A. M. MORALES MORENO, últimamente en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Civitas, Madrid (2006); F. PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», 46 *ADC* (1993), pp. 1719-1746 y N. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del Ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid (1996).

⁴⁸ Parece que estemos leyendo a MORALES MORENO (en el *Comentario del CC del M.º de Justicia*, p. 956, por ejemplo) o a DIEZ PICAZO (*Fundamentos...* IV, p. 137) cuando definen «vicio» como la carencia de una cualidad presupuesta, por pacto o por ser habitual en el tráfico de bienes del mismo tipo, que se manifiesta en un menor valor de la cosa.

⁴⁹ B. GAUL, «Schuldrechtsmodernisierung und unternehmenskauf» 166 *ZHR* (2002), pp. 35-71, 40-43 ss; MERTENS, «Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldreform» 203 *AcP* (2003), pp. 818-854; C. H. BERGER, «Der Beschaffenheitsbegriff des § 434.I BGB», 59-6 *JZ* (2004) pp. 276-283, 282; THEISEN, «Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo» 43 *NJW* (2006), 3102-3105; C.-H. CANARIS, § 8, «Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs», *Handelsrecht*, München, C. H. BECK (2006), pp. 141-159, Rn 42; o *MünchKommW* Westermann § 453, Rn. 25 ss.; También son de esta opinión, y confirman que es la mayoritaria, KLEINHENZ H. M./JUNK, O. «Die Haftung des Verkäufers für Falschaufgaben beim

Y consideran correcta esta solución fundamentalmente por razones sistemáticas, pues evita reenvíos a otros institutos con el consiguiente riesgo de oportunismo; pero también porque solventa los casos de defectos relevantes no imputables al vendedor por no haberlos podido detectar, permitiéndole al comprador instar la reducción del precio y mantener la paridad pactada⁵⁰.

Pero también hay voces discrepantes que defienden la vigencia de la antigua jurisprudencia aún bajo el imperio de la nueva normativa. Que rechazan la solución contractual y prefieren que se proteja el interés del comprador vía *cic*, a menos, claro, que se haya protegido a sí mismo pactando una garantía⁵¹. Se apoyan en que esta fundamentación responde mejor a la *praxis* –como no podía ser de otra forma, pues está importada de Norteamérica, luego sigue su sistema–; y en un argumento poderoso: en que esta solución evita que se expanda en exceso la órbita del contrato incluyendo por defecto una garantía sobre la información financiera⁵².

Consecuentemente minimizan los inconvenientes antes relatados de la vía precontractual, y omiten que cuando el diferencial (P-VR) sea excesivo la rebaja debe tender a la que la *quantum minoris* operaría⁵³; y que la vía propuesta no soluciona adecuadamente el desequilibrio contractual que sufre quien compra con descuento.

Y es que la correcta solución de ambos casos no pasa por la perversión del remedio indemnizatorio extracontractual ni, tampoco, por la necesaria absorción de la expectativa del comprador en el contrato.

El argumento de fuerza de la tesis contraria a la solución contractual de estos casos «grises» es muy difícil de superar porque, abierto el acceso al saneamiento, por entender incluida en el contrato la expectativa del comprador es, como apuntamos, prácticamente imposible limitar su defensa a la pretensión de reducción del precio: le daremos también acceso a la indemnización en la medida de dicha expectativa que, siempre que el defecto de información sea imputable al vendedor, como por regla será el caso, preferirá,

Unternehmenskauf», 9 *JuS* (2009), p. 788, notas 6 y 7; y HOLTZAPFEL, H.-J./PÖLLATZ, R., *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*, Köln, RWS (2010).

⁵⁰ Estos casos, de error común ya están resueltos en los textos armonizados dándoles acceso a la pretensión de adaptación del contrato.

⁵¹ U. HUBER 202 *AcP* (2002), pp. 223; WEITNAUER, 35 *NJW* (2002), p. 2514, KERTING, *JZ* (2008), p. 715, nota 9, que cita resoluciones judiciales en línea con la jurisprudencia anterior, como la sentencia del OLG Hamburg *NJW-RR* 2003.

⁵² Este riesgo fue advertido por C.H. CANARIS, en «Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf», *ZGR*, 11-3 (1982), 395-434. Y se destaca repetidamente en HUBER 202 *AcP* (2002), pp. 192, 223.

⁵³ Porque se habría celebrado el contrato aún con la información correcta o porque el comprador confirmó un contrato que le reportaba utilidad. *Vid.* los supuestos en el texto correspondiente a la nota 35.

pues le permitirá obtener el daño que los descubiertos del balance le haya ocasionado, independientemente de que reflejen un menor valor de la empresa y pese a no haberse garantizado⁵⁴.

Es un resultado excesivo, pues resta valor a las garantías⁵⁵ y probablemente incrementa el uso de *disclaimers* que, por la desconfianza que generan, intuyo que serán económicamente menos eficientes.

Y es, desde luego, un resultado inadmisibles para el sistema del *common law* con el que pretendemos armonizar resultados.

Tampoco gusta a los partidarios de la absorción de estos casos por el contrato, pero las soluciones que proponen para evitar este exceso no parecen muy convincentes. Insisten en aclarar que el agujero patrimonial que posteriormente se revele no podrá ser reclamado por el comprador mediante una pretensión de cumplimiento porque las partidas contables (cifra de negocio, ingresos, etc.) reflejan una situación pretérita que no puede recomponerse⁵⁶; pero no mencionan la pretensión indemnizatoria (*statt der Leistung*, en la medida del interés de cumplimiento) a la que accede el comprador de considerarse que la información financiera conforma la *Beschaffenheit des Unternehmens* y que bien puede absorber el citado desfase porque, por ejemplo, las obligaciones no contabilizadas se traduzcan en daño efectivo al tener el comprador que pagarlas o garantizarlas.

Como suele suceder, *la mejor solución es la intermedia, que supone mantener la vía contractual cuando la información financiera facilitada por el vendedor haya sido crucial para la determinación del precio, aunque este carácter esencial no se haya traducido en una garantía explícita. Si los hechos demuestran que fue un claro presupuesto negocial debe protegerse la expectativa del comprador con los remedios contractuales al uso*⁵⁷.

Y puede presumirse que lo fue, porque lo es en la inmensa mayoría de los casos. El tráfico demuestra que el valor de la empresa suele determinarse con la información contable/financiera en la mano, y condicionarse el precio definitivo a los resultados de las sucesivas auditorías para verificar las cuentas⁵⁸.

⁵⁴ Sobre las garantías trataremos en el apartado 2.3.

⁵⁵ Aunque seguirían siendo útiles para reclamar el descubierto aún cuando no se hayan concretado en un daño efectivo o para cubrir casos residuales de defectos de información no imputables al vendedor o concretar posibles usos alternativos de la empresa o sus elementos

⁵⁶ CANARIS, *Handelsrecht*, Rn. 31. También alarmado por la posible concesión al comprador de la *Naturalherstellung* se manifiesta G. H. WÄCHTER, «Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien» 18 *NJW* (2013), pp. 1270-6.

⁵⁷ GAUL, 166 *ZHR* (2002) pp. 46-47; *MünchKommW*/Westermann, § 453, Rn. 33

⁵⁸ Hay también compradores que no revisan las cuentas ni condicionan el precio al resultado de la auditoría, pero igualmente demuestran la relevancia de la información con-

De ser así, puede plantearse un conflicto (por acumulación) entre los remedios contractuales y los de validez o precontractuales, pero su solución la estudiaremos después⁵⁹.

Pero si nuestro caso es otro, *porque se demostrase que las declaraciones financieras incorrectas tuvieron una relevancia circunstancial*⁶⁰, *no podrá sostenerse que constituyan un presupuesto de ese contrato, luego ese defecto de información del comprador no generará un incumplimiento contractual*⁶¹.

Estaremos ante un vicio incidental imputable al vendedor quien, sin duda, lo habrá rentabilizado apropiándose de una ventaja negocial que, en los casos de compra con prima, se habrá traducido en un daño de difícil liquidación conforme a los parámetros habituales del remedio indemnizatorio.

table incluyendo en el contrato una garantía de corrección del balance. Vid. STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010\6950), comentada por M. A. Gili Saldaña en 86, *CCJC* (2011), ref. 2288.

⁵⁹ Lo analizaremos en el apartado 2.3.

⁶⁰ Porque, por ejemplo, el interés principal del comprador fuera eliminar un competidor y evitar, de paso, que lo absorba otro.

⁶¹ Obviar este grupo de casos es, quizá, la mayor crítica que merece el sistema de protección del comprador de empresas propuesto por M. GIMENO RIBES (en *La protección...* cit.). El autor concluye que el comprador que no se ha protegido con un término contractual no tendrá acceso a los remedios frente el incumplimiento ni, por regla, tampoco a los del saneamiento. Pero que el sistema le protege otorgándole una pretensión indemnizatoria *ex cic* de naturaleza contractual, luego capaz de absorber todo su *expectation interest* (pp. 108-109; 120-121).

Que la *cic* tenga naturaleza contractual es una tesis muy minoritaria (como reconoce el propio autor, pp. 126-7) que no merece ser compartida. La responsabilidad por defectos de información en la fase de negociación del contrato es, por regla, extracontractual (por todos, C. I. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo...*, cit. pp. 270 ss.). Sólo muta de carácter cuando dicha información defectuosa afecte a los presupuestos objetivos o negociados del contrato y, entonces, debe protegerse al afectado con todos los remedios contractuales al uso. Entre ellos, la indemnización correspondiente al beneficio que, de haber sido correcta y/o completa la información facilitada al contratar el cumplimiento del contrato habría reportado.

El problema es que no toda información relevante para el comprador afecta a los presupuestos del contrato, por defectuosa que sea y por imputable que sea el defecto al vendedor; y que no siempre constituirá un presupuesto de un particular contrato el que habitualmente lo sea en los (demás) contratos del mismo tipo.

Por eso hemos tratado de deslindar el análisis según la expectativa del comprador constituya o no un presupuesto habitual del contrato. En el primer grupo de casos vimos como sólo podremos incluir esta particular expectativa en el ámbito de protección del contrato cuando pueda acreditarse un comportamiento doloso, necesariamente activo, del vendedor: que mintió siendo consciente de la importancia que la información tenía para el comprador.

Cuando la información afecta a un presupuesto habitual del contrato, como es el caso que ahora nos ocupa, podrá presumirse que el contrato protege la expectativa del comprador. Pero no es más que una presunción. Si las circunstancias del caso particularmente considerado demostrasen que no fue así, la protección que, de momento, ofrece el sistema normativo es extracontractual: la indemnización *ex artículo* 1902 CC.

Puede, con todo, intentar reconducir su expectativa al contrato, alegando que conformaba un presupuesto implícito en la negociación. Pero sólo triunfará si logra demostrar que el comportamiento del vendedor fue *activamente* doloso: porque premeditadamente facilitó información falsa u omitió la solicitada, mintiendo por tanto, conscientemente, sobre la veracidad o complitud de la información facilitada. Pero, en contra de lo afirmado por Gimeno Ribes (en pp. 95, 133), será muy excepcional que esta pretensión triunfe.

La mejor solución es, por tanto, precontractual, y consiste en la adaptación del contrato. Para poder demandarla tendrían que ampliarse los supuestos contemplados en las normas reguladoras de esta pretensión para acoger al contratante que sufre defectos de información imputables a la otra parte⁶². Alternativamente, podría ampliarse el ámbito de aplicación del vigente artículo 1270.II CC para que opere también en casos de error incidental⁶³.

Se propone pues escalonar el acceso a los distintos remedios de acuerdo con la relevancia del interés protegido, y de incentivar la comunicación entre las partes.

Así ordenados, la acción de adaptación del contrato, en estos casos mediante la reducción del precio, ocuparía el punto medio del intervalo solucionando de forma equilibrada los intereses de ambos contratantes al aproximarse con verosimilitud al precio que el comprador habría pagado.

De hecho es como habitualmente solucionan el conflicto los contratantes que se lo plantean a tiempo: pactan la forma de ajustar equilibradamente el precio en caso de manifestarse inexactitudes en la información relevante.

Positivizar el acceso a este remedio de todo comprador que sufra un vicio de consentimiento imputable al vendedor no es más (ni menos) que sancionar como *default rule* lo que la práctica ha consolidado como la mejor solución del conflicto.

Y para que la solución fuera óptima, debería aprovecharse el cambio para garantizar que su régimen jurídico es el adecuado, corrigiéndose los errores que advertimos en la Propuesta de modernización del Código Civil al regular el remedio contractual de reducción del precio.

⁶² Son los artículos 4:105(3) PECL y II.-7:203(3) DCFR, relativos al error común; y el artículo 1301 Propuesta modernización CC, sobre contratos abusivos. Partidarios también de la extensión del remedio de la adaptación del contrato a los casos en que la responsabilidad precontractual se proyecta sobre el contrato desventajoso se manifiesta M. P. GARCÍA RUBIO, en «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», 63-4, *ADC* (2010), p. 1641; y F. PANTALEÓN PRIETO, en 64-3 *ADC* (2011), nota 27.

⁶³ Dice el artículo 1270.II CC: «*el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*». Habla de indemnización, pero no lo es, porque para calcularla deberíamos atender a un *modelo equitativo de intercambio* que, como denuncia el Profesor Díez Picazo [en «Notas sobre la indemnización por dolo incidental», 62 *ADC* (2009), p. 1054], no existe. Se trata más bien de una *Vertragsanpassung*, de una adaptación equitativa del contrato que opera de forma muy parecida a la *quanti minoris*, especialmente en casos como los que nos ocupan en los que propiamente no hay un mercado líquido de referencia y hay que calcular la menor funcionalidad del bien para el comprador. Pero no siempre será así, pudiéndose distanciar los resultados de aplicar una *quanti minoris*, que se limita a reducir el precio en la medida en que el bien sea objetivamente menos valioso; de los derivados de la adaptación equitativa del contrato.

Por desgracia, la Propuesta de modernización del CC sigue hablando de *indemnización*, y circunscribiéndola al dolo (art. 1300).

Debe asignársele un plazo de prescripción razonable, por su duración y cómputo⁶⁴; y debe corregirse el parámetro (valor de la empresa al tiempo del vencimiento) al que la Propuesta, siguiendo los dictados de los textos armonizados, atiende para calcular el descuento⁶⁵.

Tal y como se ha defendido, la función específica de la pretensión de adaptación del contrato, igual que la de la *quanti minoris*, exige atender al momento de su celebración para descontar la expectativa errada del comprador.

Difiere, por tanto, del objetivo de los (demás) remedios contractuales, que pretenden la reconstrucción de la situación en que se encontraría el comprador de haberse satisfecho su interés de cumplimiento. La situación relevante para reequilibrar las prestaciones pactadas es, por el contrario, la preexistente al tiempo de contratar.

Y para esta adaptación no contamos con un mercado líquido de referencia, porque si no hay un mercado de empresas «sin defecto», aún menos para determinar el precio de una empresa «defectuosa». El descuento sólo puede determinarlo un perito, que concrete la incidencia de la circunstancia sobre la que recae el error en la funcionalidad objetiva de la empresa, si el remedio es contractual; o en la funcionalidad concretamente esperada por el comprador, si se trata de adaptar el contrato; y disminuya el precio en la misma proporción⁶⁶.

⁶⁴ Ya hemos criticado la persistencia de la Propuesta de modernización del Código Civil en mantener el plazo de 6 meses de caducidad (art. 1197.3). Que se comprende aún menos a la vista de la propuesta de Código mercantil de 2013 de la misma Comisión, aunque de la sección mercantil, que flexibiliza, aunque de forma un tanto tortuosa, el plazo para pretender la reducción del precio de venta. Dice esta propuesta que los remedios contractuales están sometidos a un plazo general de prescripción de 3 años (art. 712-1), pero para ejercer los que interesan en caso de disconformidad del bien el comprador ha de examinar los bienes en los cinco días siguientes a la entrega (art. 511-11) y comunicarle al vendedor la existencia de defecto en un plazo de 5 días desde que el comprador la o no pueda ignorarla, o de 15 si consiste en pretensiones o derechos de terceros (art. 511-12). Si no se efectúa esta comunicación no podrá ya exigirse al vendedor que cumpla ni resolver el contrato pero, si el comprador justifica razonablemente esta omisión y comunica la disconformidad dentro del año (dos, si se trata de pretensiones de terceros) desde que tomó posesión de los bienes, podrá exigir una reducción del precio y/o la indemnización de los daños sufridos, excluidos lucros cesantes. Este último plazo de uno/dos años se computará desde que comprador sepa o no pueda ignorar la disconformidad si el vendedor la conocía o no podía ignorarla y se lo ocultó al comprador (511-20).

⁶⁵ A. M. MORALES MORENO explica muy bien que el saneamiento se dirige a satisfacer el interés negativo del acreedor, mientras que los remedios articulados en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (CISG) y, por su influencia, en los PECL, en el DCFR y Propuesta de modernización del Código Civil miran todos (también la acción de reducción del precio) al interés de cumplimiento. «Tres modelos de vinculación del vendedor», *ADC* (2012), pp. 16, 18.

⁶⁶ Sobre el cálculo de la *quanti minoris*, vid. A. FERRANTE, «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio», *InDret* 4/2011, pp. 46-48, 56. Como adverti-

Se trata, por tanto, de un remedio que aunque conceptualmente es fácil de diferenciar del indemnizatorio, en su aplicación práctica frecuentemente se confunde.

La pretensión indemnizatoria contractual trata de valorar el daño que el perfecto cumplimiento del contrato (la entrega de la empresa esperada) habría evitado, para lo que resulta imprescindible atender a la fluctuación posterior del valor de la empresa y de sus elementos, estimados con cuidada atención al mercado.

Este devenir del mercado es, en cambio, irrelevante para el cálculo del descuento, simplificando en gran medida la pretensión de reducción del precio. Se trata de ajustar las prestaciones, manteniendo la paridad pactada, cuando el comprador decide conformarse con la prestación entregada.

Adaptación que procede siempre que lo entregado adolezca de un defecto relevante para la determinación del valor de la empresa, aunque no necesariamente esencial⁶⁷; e independientemente de su reconocibilidad por el vendedor, luego tanto si el defecto de información le es imputable –en cuyo caso no podrá oponerse a la pretensión de descuento del comprador– como si no, tratándose entonces de un error común.

Este deslinde dota de especificidad e interés a ambos remedios, articulando una mejor respuesta ante la frustración del acreedor.

La pretensión resarcitoria seguirá interesando al comprador cuando refleje un mayor diferencial que pueda acreditarse, o pretenda el comprador asegurarse particulares utilidades o cualidades de la empresa comunicándoselo oportunamente (al tiempo de contratar –1107.1 CC–) al vendedor.

Y la reducción del precio preservará el equilibrio pactado adaptando el contrato a la realidad desvelada. Manteniendo, en definitiva, el valor de ley *interpartes* del contrato.

Ambos remedios son, además, perfectamente acumulables, siempre que no se pretenda como daño el menor valor de la empresa⁶⁸.

mos en la nota 64, la diferencia en la cuantificación de uno y otro remedio son de matiz, luego los resultados serán tendencialmente los mismos.

⁶⁷ El defecto que permite demandar la reducción del precio tiene que tener incidencia en el proceso de determinación de éste, no pueden ser una bagatela. Pero no tiene por qué ser de una importancia tal que permitiera la resolución del contrato o su nulidad, como el tenor del artículo 1486 CC induce a pensar. El propuesto artículo 1197 del futuro CC parece entenderlo así, abriendo la pretensión siempre que lo entregado no sea conforme al contrato, pero limita su ámbito a los casos en que la expectativa del comprador esté contractualmente protegida, excluyendo muchos de los supuestos aquí discutidos.

⁶⁸ STS 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6444), comentada por A. L. CABEZUELO ARENAS, 66 *CCJC* (2004), ref. 1759, admite compatibilidad de remedios pese tenor literal del artículo 1488 CC.

2.3 **Frustración de la expectativa claramente protegida por el contrato, bien porque se recoge en su clausulado o porque se comunicó al vendedor de forma que deba entenderse por él asumida**

El último grupo de casos es el de las expectativas del comprador que han quedado garantizadas en los términos del contrato o han sido objeto de comunicación entre vendedor y comprador de manera que deban considerarse integradas en el contrato.

Es el supuesto de hecho del incumplimiento contractual, el ámbito de máxima protección para el comprador.

Tiene pues a su alcance el elenco de remedios previstos por la normativa frente al incumplimiento.

De ellos, el menos interesante es la resolución, por muy grave que sea el incumplimiento, por la impracticabilidad tantas veces advertida de la restitución⁶⁹.

La pretensión de cumplimiento puede ser útil cuando lo debido sea dinero, pero muy excepcionalmente prosperará cuando lo que se pretenda sea adecuar la empresa a lo que no es pero se esperaba que fuese, como ocurre con todos los bienes específicos.

Los remedios adecuados a la generalidad de los supuestos son, por tanto, los monetarios, de reequilibrio de las prestaciones pactadas o de compensación de la pérdida que la falta de conformidad de la empresa con la retratada en el contrato ocasione al comprador.

El primer remedio tiene por principal obstáculo su regulación actual, con un brevísimo plazo de caducidad de 6 meses y una liquidación que confunde la función del remedio con la pretensión indemnizatoria.

El segundo, la indemnización del *expectation interest*, pasa por la difícil prueba del daño, porque no todo desfase entre lo manifestado y lo real se traduce en una pérdida para el comprador, o de esa magnitud. El devenir del valor de los elementos integrantes de la empresa es relevante a efectos indemnizatorios y puede también jugar en contra de los intereses del comprador.

Para superar estos obstáculos son idóneos los pactos de garantía. Estas cláusulas definen el riesgo asumido por el vendedor en

⁶⁹ Aunque hay excepciones, como demuestra el caso resuelto en la STS de 10 de junio de 2010 (RJ 2010\2675). Se trataba de la venta de una naviera con un patrimonio contabilizado de aprox. 11 millones de euros que, en realidad, acumulaba pérdidas no computadas de entre 4 y 7 millones de euros. El juez estimó que el incumplimiento era esencial, pues se había entregado una empresa en quiebra técnica y obligó a la restitución del precio y de las acciones. La Audiencia estimó, en cambio, la nulidad por error, para operar el mismo resultado práctico que el comprador no protesta. El recurso de casación del vendedor, arguyendo que no puede anularse el contrato porque el comprador no puede restituir la empresa, ya jurídicamente quebrada, lógicamente se desestimó.

caso de manifestarse la contingencia prevista, luego permiten al comprador reclamar el cumplimiento de lo garantizado superando el inconveniente del exiguo plazo e independientemente de si la contingencia se ha traducido en un daño efectivo para el comprador⁷⁰.

La eficacia que las partes asignen a la garantía puede ser, obviamente, menor, conviniéndose garantías de indemnidad o de correcta valoración de la empresa. Las primeras requerirán para activarse que el defecto de información se traduzca en daño, lo que no siempre ocurre; las segundas, que evidencie un menor valor de la empresa, que tampoco tendrá que ser necesariamente el caso⁷¹.

Pero así delimitadas las garantías apenas añaden algo a lo que de por sí ofrecen al comprador los remedios monetarios.

Superan, ciertamente, el riesgo de que se considere que por su condición de experto el comprador no tiene derecho a la estimatoria, o que por haberse precedido la compra de un procedimiento de *due diligence* conocía (o debía de conocer) el defecto⁷². Del riesgo, en definitiva, de que se juzgue su error «no excusable» y no poder demandar así la protección de una confianza supuestamente frustrada.

Pero ese es un riesgo irrelevante para el comprador protegido por un pacto de garantía, ya que la aparición de la contingencia revela un indiscutible incumplimiento del vendedor. No comprendo, por tanto, el detenimiento con que nuestra doctrina especializada analiza los casos en que el comprador tiene la oportunidad de conocer la realidad de los hechos antes de cerrar la operación. Menos aún las soluciones que proponen. Entienden que corresponde al comprador, que conoce la realidad de la empresa antes de cerrar la venta, descontar la contingencia del precio y que sólo

⁷⁰ «Der Garantiesschuldner habe den Gläubiger so zu stellen als ob der garantierte Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden wäre». Es el BGH, en sentencia publicada en *NJW-RR* 2001; y comentada por Wächter en *18 NJW* (2013), p. 1272.

⁷¹ G. H. WÄCHTER [*18 NJW* (2013)] propone numerosos ejemplos en los que el defecto en el balance garantizado no afecta al valor de la empresa o no generan un daño al comprador, casos en los que, en su opinión, no debería obligarse al vendedor a recomponer la situación contable garantizada. Critica, por tanto, las decisiones de los tribunales alemanes que conceden al comprador el valor contabilizado de una máquina que resultó defectuosa, aun cuando esta falta de utilidad no devaluó la empresa; o el importe de un crédito litigioso que se computó como ingresado, cuando aún estaba en curso y se ignoraba el resultado del pleito (*vid.* notas 48-49). Y se comprende la crítica porque en todo momento habla del daño y su resarcimiento, y en esos casos no lo había o no en esa cuantía.

Pero no son esos los términos cuando hay una garantía de por medio, y así lo entendieron, con acierto, los tribunales criticados.

⁷² F. GÓMEZ POMAR, *InDret* 3/2007, pp. 36-38; M. A. GILI SALDAÑA, *InDret* 2/2010; P. VALÉS DUQUE, *La responsabilidad precontractual*, Madrid, Reus (2012) p. 85, siguiendo a A. CARRASCO PERERA, en *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Madrid (2010), p. 75.

excepcionalmente, cuando no pueda ya influir en el precio y así lo avalen las circunstancias del caso, podrá entenderse que el vendedor se comprometió a neutralizar la contingencia⁷³. Siguen considerando, por tanto, que la defensa del comprador se centra en la frustración de su confianza, diluyendo en gran medida la trascendencia de una cláusula que sin duda habrá costado incluir en el contrato.

Parece que los términos del debate han de ser otros, que el supuesto que contempla la doctrina dominante es, justamente, el excepcional, esto es, que una vez desvelada la contingencia los hechos demostrasen que el comprador ha renunciado a ejecutar la garantía aceptando, definitivamente y a la vista de todas las circunstancias, un precio final determinado. La regla general debe ser que si el vendedor mantiene la cláusula es porque asume el coste de neutralizar la contingencia⁷⁴.

Y es que un pacto de garantía debe añadir algo sustancial, como es obligar al garante a proporcionar al beneficiado el resultado prometido: que los apuntes contables son correctos (*ergo*, que subsanará las posibles desviaciones); o que los locales tienen licencia

⁷³ A. CARRASCO PERERA, «Representaciones y garantías», en *El Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, Aranzadi (2001), pp. 332; GÓMEZ POMAR, *InDret* /2007, pp. 36-37; GILI SALDAÑA, Comentando la STS de 3 de septiembre de 2010, en *CCJC* (2011), pp. 1088-1089.

⁷⁴ Como por ejemplo ocurrió en el caso resuelto por la STS de 5 de enero de 2000 (RJ 2000\686). Se garantizó que «la empresa vendida no tenía suscrito contrato mercantil alguno de distribución, agencia, representación (...) ni adquirido compromiso alguno a largo plazo», y resultó que los tenía y en número tal que las indemnizaciones que tuvo que pagar la compradora para resolverlos excedían el precio de compra de la empresa. Pero dicho precio no estaba cerrado aún cuando la compradora empezó a contactar con los distribuidores y representantes cuyos contratos finiquitó. Se acordó *transaccionalmente (sic)* más tarde y a la vista del resultado de la auditoría y de las demás circunstancias concurrentes.

Pero en otras ocasiones parece que la Sala es partidaria de la eficacia propuesta por nuestra doctrina especializada. Así, en el caso de la STS 20 de noviembre 2008 (RJ 2009\283) se pactó una garantía de corrección del balance de la empresa adquirida, que resultó incorrecto como probablemente supiera la compradora, a la sazón el banco que llevaba años financiándole operaciones por valor de más de 5 millones de euros. El Tribunal no le da valor a la cláusula, pero lo cierto es que la parte tampoco solicitó la ejecución de la garantía. Alegó que el incumplimiento era esencial por entrega de un *aliud*, un exceso que el Tribunal rechaza.

En otras, criticadas por nuestra doctrina especializada, aunque *obiter dictum*, entiende el Supremo que los descubiertos contables son relevantes, al menos para reducir el precio de venta, a pesar de que la compra no fue precedida de una *due diligence*, no se condicionó el precio final a examen alguno y las partidas no contabilizadas inicialmente figurasen ya en el balance de situación presentado el día de la firma, intuimos, porque no lo dice, que debido a la inclusión de una cláusula de garantía de corrección de la información contable. STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010\6950) comentada por GILI SALDAÑA en *CCJC* (2011).

Finalmente, el Tribunal Supremo parece darme la razón, y estimar que un pacto de garantía está por encima del posible conocimiento de la contingencia por el comprador y que debe ejecutarse independientemente de éste. Es la STS de 8 de mayo de 2012 (RJ\6117).

(*ergo*, que costeará su obtención);⁷⁵ independientemente de que la empresa valga menos por el desfase o que dicha incorrección derive en daño para el comprador⁷⁶.

Esta debería ser su función en un sistema articulado de remedios contractuales como el que tenemos, más aún si se mejora en el sentido apuntado en este trabajo.

Luego han de ser caras y, por lógica, escasas.

En definitiva, constatamos que de acuerdo con nuestro sistema el comprador de una empresa puede protegerse convenientemente pactando o activando los remedios contractuales que el legislador le ofrece.

Es, para la inmensa mayoría de los supuestos, suficiente, de modo que, por regla, no debería permitirse a este comprador que puede defenderse con los remedios contractuales el acceso a los extracontractuales.

Ni a la acción de nulidad, aunque esta limitación no es previsible que la acoja el legislador, pues todos los textos normativos y armonizados admiten la opción;⁷⁷ ni a la pretensión indemnizatoria por culpa precontractual, por difícil que resulte probar el alcance del *expectation interest*⁷⁸.

⁷⁵ Es lo que tendría que haber solicitado *Samsonite*, compradora de *Industrias Tauro*, al Estado. Y la solución del caso habría sido más clara. Pero alegó incumplimiento, para solicitar una indemnización *ex* artículo 1101 CC y, subsidiariamente, vicios ocultos. Y el coste de adaptación del local a efectos de obtener la licencia de apertura que se garantizó que tenían los locales de la empresa fue resarcido en instancia y protestado en casación por el vendedor alegando la prescripción de la acción edilicia. El recurso fue desestimado por el Supremo afirmando que el caso describe un incumplimiento claro, sí, pero también el dolo incidental del vendedor (¡) porque «ocultó *deliberadamente* la denegación de la licencia (por el Ayuntamiento), cuando tenía medios para tener cabal noticia de ello, y ofreció unas garantías y seguridades que por su inexistencia maliciosamente resultaron sustraídas (al comprador)...» luego entiende que la maniobra dolosa consistió en incluir una garantía de algo que no era correcto, cuando lo cierto es que con ella se obliga a pagar todas las consecuencias derivadas de esta carencia, obligación que, por ser quien era el vendedor, no podría eludir. Es la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747).

⁷⁶ Porque quizá vendió el local por el precio que tendría con licencia o porque quizá no tuvo que pagar las obligaciones no contabilizadas.

⁷⁷ El artículo 4:119 PECL dice: «*La parte que tenga derecho a utilizar alguno de los remedios que le concede el presente capítulo (invalidez del contrato) y se encuentre al mismo tiempo en circunstancias que le permiten utilizar un remedio fundado en el incumplimiento, puede optar por cualquiera de ellos*»; y en términos similares el artículo II-7:216 DCFR.

Los Principios de UNIDROIT, en cambio, excluyen la posibilidad de anulación por error si pueden ser utilizados los remedios del incumplimiento (art. 3.7), pero salvan el caso del dolo.

Lo sorprendente es que la Propuesta de modificación del CC calle al respecto cuando, como insisten FENOY PICÓN [«La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión general de Codificación», *ADC* (2010), pp. 122 ss.] y GARCÍA RUBIO [63 *ADC* (2010), pp. 1621-1642, p. 1642] debe pronunciarse.

⁷⁸ Porque la dificultad de probar la situación patrimonial que el perfecto cumplimiento del contrato habría reportado, o que tras mucho esfuerzo logre el vendedor alcanzarla, no excluye el resarcimiento de la inversión realizada por el comprador para alcanzar ese hipotético lucro o para reconducir la situación de la empresa, inversión que ha de presumirse rentable mientras el vendedor no la rebata probando que una información veraz no

Es, fundamentalmente, una cuestión de concepto: el contrato, ley entre las partes, generalmente absorbe en su justa medida la protección de la confianza precontractual⁷⁹.

Pero puede darse el caso excepcional en que no sea así. Aquel en que la protección contractual no sea idónea porque el comprador puede legítimamente aspirar a la reconstrucción de la situación económica en que estaría de no haberse celebrado el contrato. Es el caso en que el comprador puede alegar, con éxito, que de haber contado con la información correcta no habría contratado,⁸⁰ y que, estando ahora legitimado para resolver, ha decidido mantener el contrato en cumplimiento de la carga de mitigación que le incumbe, pues los costes que la restitución generaría son desproporcionados. A este contratante no se le podrá objetar que la medida del *expectation interest* (Valor Imaginado-Valor Real) es inferior a la medida del *reliance interest* (P-VR) –porque haya comprado con prima y la evolución del valor de los elementos de la empresa no la ha amortizado– porque tiene derecho al abono del coste que esta medida de mitigación (el mantenimiento del contrato) supone y que, en este caso, se concreta en la prima que pagó sobre el valor objetivo de la empresa.

Es, como digo, la excepción que confirma la que debería ser la regla general de incompatibilidad de remedios. Pero no es esta una opinión pacífica⁸¹.

habría permitido amortizar ese gasto, esto es, que ese gasto no estaba justificado por la expectativa. Prueba que entiendo que podrá aportar también cuando su comportamiento fuera doloso, porque se trata de dilucidar la imputación objetiva del daño demandado a la falsa representación. Establecida la conexión, el vendedor doloso responderá, eso sí, de todos los daños consecutivos a la frustración de la expectativa que falazmente prometió, ahora sí protegida por el contrato (art. 1107.II CC).

⁷⁹ Así, B. MERTENS, 203 *AcP* (2003), p. 843.

⁸⁰ Cuándo tendrá éxito esta alegación lo discutimos en el apartado anterior (2.2), para el caso en el que la expectativa del comprador tenía dudoso amparo en los presupuestos contractuales. Y concluimos que podía recurrir a la indemnización extracontractual porque era legítima y coherente su pretensión de situarse en la posición económica que la anulación y restitución de las prestaciones reportaría pese a mantener el contrato. El caso que ahora analizamos, de clara cobertura contractual de la expectativa del comprador, no puede solucionarse protegiéndole menos.

⁸¹ Porque nuestra tradición jurídica acepta la compatibilidad de remedios y la libre opción del acreedor entre ellos.

Buena prueba de ello es que nuestros tribunales sistemáticamente admiten pretensiones de nulidad del contrato por error (o dolo) cuando, por identidad de supuesto, podrían resolver el contrato. Sobre compraventa de empresas pueden citarse los casos de la STS de 26 de octubre de 1981 (1981\4001), el archifamoso *leading case* de retención dolosa antes relatado; de la STS de 15 de abril de 1988 (RJ 1988\3172), en que la falta de contabilización de un pasivo importante descubierto tras la venta grava notoriamente la operatividad de la empresa; de la STS de 26 de noviembre de 1996 (1996\8279), en el que se vende una sala de Bingo ocultando que la preceptiva autorización administrativa había sido denegada por el importante volumen de deuda tributaria; muy parecido al de la reciente SAP Burgos de 27 de diciembre de 2012 (463\2012), en el que se oculta la gravedad del expediente del ministerio de educación, que desemboca en la cancelación del concierto que antes de la venta tenía el colegio objeto del contrato; o el de la también relatada *supra* de la STS de 10 de junio

3. CONCLUSIONES

La compraventa de empresas es un banco de pruebas idóneo para articular la confluencia de las reglas de validez del contrato con las reglas de responsabilidad extra y contractuales; y para demostrar la urgencia de una modificación legal que ofrezca una respuesta adecuada a los intereses en conflicto.

Los supuestos conflictivos son los de defectos de información imputables al vendedor que, una vez desvelados, frustren la expectativa del comprador en el negocio.

Una vez se incorpore normativamente el principio de conformidad de la prestación con el contrato, como proyectan las Propuestas de modificación de los Códigos civil y mercantil, serán escasos los supuestos en que la expectativa del comprador no esté protegida por el contrato, y se argumentará entonces que el vendedor ha incumplido el contrato entregando una prestación disconforme.

Es así como, de hecho, están ya resolviendo nuestros Tribunales muchos de los conflictos que se les presentan.

Pero aun cuando esta reforma se opere podremos identificar, como ahora, supuestos en los que el defecto de información no genera un incumplimiento contractual porque la expectativa del comprador no la ampara el contrato, impidiéndole entonces protegerse con los remedios contractuales.

de 2010 (RJ 2010\2675) de venta de una naviera en situación de quiebra técnica, en la que la pretensión principal, concedida por la primera instancia, fue la resolución del contrato.

Por ser una tradición compartida por gran parte de los sistemas de derecho civil, es lógico que los textos europeos armonizados admitan la opción (art. 4:119 PECL; II.-7:216 DCFR). Como lo es predecir que la Propuesta de modernización del Código Civil finalmente la acogerá.

Es, además, una tesis que cuenta con un amplio respaldo doctrinal [por todos, recientemente, X. BASOZÁBAL ARRÚE, «Entorno a las obligaciones precontractuales de información», 62 *ADC* (2009), pp. 647-711, p. 53].

Algunos la matizan, limitando de alguna manera la libertad de optar. Así, A. M. Morales explica que lo técnicamente correcto sería permitirla sólo en caso de dolo, coincidiendo con lo prescrito en el artículo 3.7 de los principios de UNIDROT [A. M. MORALES MORENO [en «Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa», *ADC* (2003), p. 1626]. De la misma opinión, enfatizando el riesgo de fraude de ley en caso de incumplimiento por falta de conformidad, N. Fenoy Picón, en 63 *ADC* (2010), nota 144.

Y F. PANTALEÓN entiende que el límite a esta libertad está en el fraude al contrato [vid. 64 *ADC* (2011), pp. 897-929, pp. 920-921].

La cuestión es que si el contrato protege la expectativa del comprador, la opción por los remedios extracontractuales normalmente será fraudulenta [así, MERTENS 203 *AcP* (2003), pp. 843-844; CANARIS, *Handelsrecht*, Rn. 42; KLEINHENZ/JUNK, 9 *JuS* (2009), pp. 791-792; o KÖTZ, (2012), Rn. 306; 511], luego debe controlarse con celo su acceso. En nuestro objeto de estudio, sólo podría legítimamente pretenderla el comprador mencionado en el texto al que se adscribe esta nota.

Hay también quien no se lo permitiría a ninguno, proteja o no el contrato la expectativa defraudada, porque entiende que si no se anula el contrato la vía extracontractual está vedada. Por ejemplo, BERGER, *JZ* (2004), p. 283; PALANDT/WEIDENKAFF, *BGB* (2008) § 437, Rn. 51; o, entre nosotros, C. I. ASÚA, *Culpa in contrahendo...* cit, p. 248, 250, 270.

No serán todos los casos de dolo, porque en éste ámbito ha de ser necesariamente activo para tener relevancia jurídica y, probada la argucia para engañar al comprador podrá éste protegerse incorporando su expectativa a los presupuestos implícitos del contrato.

Son aquellos en los que el defecto de información afecta a un elemento que habitualmente se considera un presupuesto común a este tipo de contratos pero que, en ese particular caso, no lo ha sido.

Este comprador no puede proteger su expectativa con los remedios contractuales, ni de mantenimiento de la paridad (reducción del precio), ni indemnizatorio.

Pero el recurso a los remedios extracontractuales, particularmente al indemnizatorio conforme al interés negativo, tampoco será generalmente satisfactorio. El remedio indemnizatorio cuando debe reconstruir la situación económica preexistente se liquida conforme a la *out-of-pocket-rule*, devolviendo al comprador el exceso que pagó por encima del valor objetivo de la empresa.

Este diferencial puede pretenderlo el comprador que de haber estado correctamente informado, habría cancelado la operación. Que, una vez descubierto el defecto, decida mantener el contrato no evidencia necesariamente que le reporte utilidad, porque el defecto bien puede descubrirse cuando la acción de anulación ha caducado o, revelándose a tiempo, el coste derivado de la restitución de los elementos de la empresa pueden desaconsejar la impugnación del contrato.

Pero cuando el defecto de información sea incidental la liquidación conforme a la citada regla (P-VR) es excesiva porque absorbe todo el margen de beneficio de la venta. Sobrepassa, por tanto, la incidencia del defecto de información en el precio.

Y cuando la venta se realice conforme al valor objetivo de la empresa o con descuento no habrá daño que resarcir, aunque sí una ventaja comercial que resulta injusto que consolide quien propició (o al que es imputable) el defecto de información.

La indemnización no es el remedio indicado para restablecer el equilibrio, ni puede concretar el descuento que se habría acordado de contar con la información correcta.

Esta función es propia de un remedio de adaptación del contrato afectado por vicios, que ya se prevé para casos de error común o de contratos abusivos y que debería extenderse a los casos de vicios de información incidentales imputables a un contratante.

La «indemnización» prevista en el artículo 1270.II CC persigue el mismo objetivo, aunque el término es desafortunado y el tenor literal del precepto limita injustificadamente su ámbito a los excepcionales casos de dolo.

Cuando el comprador se haya protegido expresamente, incluyendo una garantía en el contrato, deberá obligarse al vendedor a cumplir lo garantizado o a compensar al comprador conforme a su equivalente pecuniario, a menos que las partes restrinjan la eficacia del pacto a una mera repetición de lo que los remedios legalmente establecidos ya ofrecen al comprador, esto es, que obliguen al vendedor a reducir el precio, restando la incidencia de la contingencia prevista en el contrato; o a indemnizar al comprador los daños efectivamente derivados de la misma.

Finalmente, cuando la expectativa del comprador esté protegida por el contrato no debería permitirse al comprador el recurso, oportunista, a la acción de nulidad ni a la indemnización extracontractual.

La excepción en que semejante invocación sería legítima, y que confirmaría la regla antepuesta, es aquel en que siendo el defecto de información esencial y estando, por tanto, habilitando el acceso a la acción de nulidad o a la resolución, decide el comprador mantener el contrato en cumplimiento del deber de mitigación de los daños que la restitución de los elementos de la empresa produciría. Este comprador tiene derecho al coste de esta medida de mitigación razonable que, puesto que retiene la empresa, equivale al exceso que sobre el valor objetivo de la misma pagase, dicho de otra forma, tiene derecho a liquidar la indemnización conforme al interés negativo.