

# La cláusula de manifestaciones y garantías como ejemplo de *Legal transplant* en Derecho español

## *The representations and warranties clause as an example of a legal transplant to Spanish Law*

por

BRUNO MARTÍN BAUMEISTER

*Profesor adjunto de Derecho mercantil*

*Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas*

**RESUMEN:** La cláusula de manifestaciones y garantías se enmarca en la tradición contractual angloamericana. A diferencia de la técnica contractual continental, en la que suele predominar el método sintético que busca formular principios o criterios generales que permiten decidir un espectro amplio de situaciones contractuales sin que estas hayan sido especificadas necesariamente en el contrato, en la tradición angloamericana tiene cierto arraigo la metodología analítica, que busca explicitar el mayor número de contingencias concretas que pueda plantearse. La utilización de una lista analítica de manifestaciones y garantías en el contexto jurídico español puede plantear algunas dificultades. Este trabajo aborda el estudio de la cláusula de manifestaciones y garantías como ejemplo de *legal transplant* en Derecho español. En primer lugar, se examinan las funciones de la cláusula de manifestaciones y garantías, en particular sus funciones en Derecho inglés y en Derecho español. A continuación, se analiza la autoría de

las manifestaciones y garantías, su tipología más frecuente y el sistema de responsabilidad contractual contenido en esta cláusula, prestando especial atención a las limitaciones cualitativas, cuantitativas y temporales. Asimismo, se presenta el pacto de indemnización específica, el procedimiento de reclamación, la constitución de posibles garantías y el seguro de M&A. Finalmente, se formulan algunas conclusiones que ponen de relieve que es preciso construir la cláusula de manifestaciones y garantías no tanto como un pacto de responsabilidad asumida por la falta de veracidad, exactitud o completitud de ciertos asertos, sino como un pacto de cobertura de riesgos.

*ABSTRACT: Representations and warranties clauses are part of the Anglo-American contractual tradition. Unlike under the continental legal drafting technique, in which the synthetic method seeks to formulate general principles or criteria that comprise a wide spectrum of contractual situations, which not necessarily have been specified in the contract, the Anglo-American tradition is rather based on the analytical methodology, which tends to explicit a great number of specific contingencies that may arise. The use of an analytical list of representations and warranties in the Spanish legal context may pose some difficulties. This paper addresses the representations and warranties clause as an example of legal transplant into Spanish Law. First, we examine the functions of the representations and warranties clause, in particular its functions under English and Spanish law. Next, we analyze the authorship of the representations and warranties, their more common types and the system of contractual liability, paying special attention to qualitative, quantitative and temporal limitations. Also, the specific compensation agreement, the claims procedure, the constitution of possible guarantees and the M&A insurance are presented. Finally, we conclude that, under Spanish Law, the representations and warranties clause should not be understood so much as a liability agreement assumed for the lack of veracity, accuracy or completeness of certain assertions, but as a risk coverage agreement.*

**PALABRAS CLAVE:** Manifestaciones y garantías. Tradición contractual angloamericana. Metodología contractual continental. Metodología sintética. Metodología analítica.

*KEY WORDS: Representations and warranties. Anglo-American contractual tradition. Continental contractual tradition. Synthetic methodology. Analytical methodology.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS COMO EJEMPLO DE *LEGAL TRANS-*

*PLANT.*—III. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS: 1. FUNCIÓN INFORMATIVA. 2. FUNCIÓN DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES. 3. FUNCIONES EN DERECHO INGLÉS. 4. FUNCIONES EN DERECHO ESPAÑOL.—IV. AUTORÍA DE LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS.—V. TIPOLOGÍA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS.—VI. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: 1. LIMITACIONES CUALITATIVAS A LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR. 2. LIMITACIONES CUANTITATIVAS. 3. LIMITACIONES TEMPORALES. 4. PACTO DE INDEMNIZACIÓN ESPECÍFICA.—VII. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN.—VIII. GARANTÍAS.—IX. SEGURO DE M&A.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La cláusula de manifestaciones y garantías (*representations and warranties*) es uno de los pactos contractuales más importantes entre los que se incluyen habitualmente en el contrato de compraventa de empresa. La cláusula se configura como una lista de afirmaciones o declaraciones —en un sentido positivo o en un sentido negativo, con sujeción a excepciones y limitaciones—, que realiza una de las partes contractuales en favor de la otra sobre ciertos hechos o creencias. En el contexto de un contrato de compraventa de empresa, el vendedor realiza ciertos asertos de hecho y de creencia sobre la situación en la que se encuentra la sociedad *target* o los activos y pasivos que, según los casos, son objeto de transmisión. El comprador, por su parte, presta ciertas declaraciones acerca de su solvencia económica para afrontar el pago del precio de compraventa. Idealmente, la cláusula de manifestaciones y garantías debe ofrecer una imagen completa, veraz y exacta de la prestación a la que viene obligada cada parte del contrato, sin que se hayan omitido aspectos que debieran haberse tenido en cuenta por la otra parte contratante a la hora de tomar su decisión de inversión.

Los contratos de compraventa de empresa que contemplan una fecha de firma (*signing*) y una fecha de cierre (*closing*) suelen prever que las manifestaciones y garantías se presten con respecto a la fecha de firma y se reiteren con referencia a la fecha de cierre<sup>1</sup>. El incumplimiento de las manifestaciones y garantías faculta a la parte *in bonis* a solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido. Además, las partes contractuales pueden pactar que el incumplimiento de determinadas manifestaciones y garantías tenga carácter esencial, de modo que la parte *in bonis* pueda solicitar la resolución del contrato, además de la indemnización de daños y perjuicios. El compromiso de indemnización contemplado en la cláusula

la de manifestaciones y garantías suele estar sujeto a ciertas limitaciones cualitativas, cuantitativas y temporales. También son objeto de regulación detallada el mecanismo de garantía de la obligación de indemnizar asumida por el vendedor, por ejemplo, mediante la prestación de un aval bancario, un depósito en garantía, la retención de parte del precio por el comprador o la constitución de ciertas derechos personales o reales de garantía. En los últimos años se ha desarrollado un mecanismo alternativo consistente en la contratación de un seguro de M&A.

La cláusula de manifestaciones y garantías, que se ha introducido en los últimos años en la práctica contractual española en materia de adquisición de empresas, procede de modelos contractuales angloamericanos, donde se desarrollaron bajo las reglas del Derecho de contratos del *Common Law* a partir de las figuras legales de *representations and conditions* y *warranty*. La cláusula que es objeto de nuestro estudio carece de un régimen jurídico propio en Derecho español y tampoco aparece recogida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 (arts. 132-7 a 132-11). La cláusula de manifestaciones y garantías se ha desarrollado a partir de la práctica profesional, de las aportaciones de la doctrina civilista y mercantilista, así como de cierta jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se ha pronunciado sobre contratos de compraventa de empresa. Para la redacción de este trabajo hemos tomado como referencia, especialmente, HERNANDO CEBRIÁ, L., *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005; GÓMEZ POMAR, F., El incumplimiento contractual en Derecho español, [en línea] InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 3, 2007, [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf); AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011; CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J. M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 279-358; GIMENO RIBES, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Granada, Comares, 2013, páginas 199-205; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 415 a 445; TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 337 a 383.

## II. LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS COMO EJEMPLO DE *LEGAL TRANSPLANT*

La cláusula de manifestaciones y garantías se enmarca en la tradición contractual angloamericana. A diferencia de la técnica contractual continental, en la que suele predominar el método sintético que busca formular principios o criterios generales que permiten decidir un espectro amplio de situaciones contractuales sin que estas hayan sido especificadas necesariamente en el contrato, en la tradición angloamericana tiene cierto arraigo la metodología analítica, que busca explicitar el mayor número de contingencias concretas que pueda plantearse. La utilización de una lista analítica de manifestaciones y garantías en el contexto jurídico español puede plantear algunas dificultades. Si durante la vida del contrato surge una contingencia que no ha sido prevista específicamente en el contrato, la parte responsable que venga obligada a su cumplimiento podría argumentar que si la cláusula de manifestaciones y garantías omitió algún supuesto indemnizable es porque las partes no quisieron incluirla, de modo que la parte beneficiaria de la cláusula no gozaría de protección en ese supuesto. Las reglas de interpretación del Código civil facilitan esta interpretación. El artículo 1281 del Código civil dispone que, si los términos de un contrato son claros, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Asimismo, el artículo 1283 del Código civil establece que no deberán entenderse comprendidos en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que las partes se propusieron contratar. Esta interpretación puede verse fortalecida en aquellos supuestos —frecuentes—, en los que el contrato de compraventa de empresa incluya, además, una cláusula *entire agreement*, según la cual las partes contractuales están de acuerdo en que el contrato de compraventa contiene el compromiso íntegro en relación con el objeto del contrato, incluyendo los remedios disponibles<sup>2</sup>.

## III. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS

### 1. FUNCIÓN INFORMATIVA

Desde la perspectiva del comprador, la cláusula de manifestaciones y garantías cumple una primera función de complementar la información divulgada a través del procedimiento de auditoría legal denominado *due diligence*<sup>3</sup>. Una cláusula de manifestaciones y garantías exhaustiva puede mitigar los problemas derivados de un procedimiento de *due diligence* insuficiente, que no ha detectado posibles contingencias que pueden perjudicar

al comprador. En segundo lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías puede ser útil para mitigar el problema de asimetría informativa entre el vendedor y el comprador. El vendedor suele estar mejor informado sobre la situación de la sociedad *target* o, al menos, mejor posicionado para poder obtener esa información, mientras que el comprador, o bien suele carecer de esa información o contar con información insuficiente, dado que se limita a aquella información que es objeto de publicidad registral o a la información —potencialmente sesgada— que le ha hecho llegar el vendedor en el marco del procedimiento de *due diligence*. Al menos en la teoría, la vinculación del incumplimiento de una declaración contenida en la cláusula de manifestaciones y garantías a un compromiso de indemnización del vendedor a favor del comprador, creará un incentivo para que el vendedor proceda a la revelación de información en la medida en que, de no revelarse, su negativa a informar sobre ciertas situaciones pueda interpretarse por el comprador como una voluntad deliberada de ocultar información negativa sobre la sociedad *target*. En tercer lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías tiene la virtualidad de permitir a las partes contratantes adaptar el contrato de compraventa de empresa a sus intereses. Esta adaptación se traduce en dos vertientes. De un lado, la inclusión de manifestaciones exhaustivas y detalladas sobre determinados extremos propiciará, en un principio, una mayor revelación de información, y que se pueden configurar como elementos determinantes de la decisión de contratación<sup>4</sup>. Por otra parte, las partes pueden modular las consecuencias jurídicas asociadas al incumplimiento de una determinada manifestación, esto es, cuando la información suministrada sea falsa, incompleta o inexacta<sup>5</sup>.

## 2. FUNCIÓN DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES

Los tratos preliminares que conducen a la celebración de un contrato de compraventa de empresa se caracterizan por una cierta asimetría informativa entre el comprador y el vendedor. Parece evidente que el vendedor no solo conoce mejor la sociedad *target* que el comprador, sino que su coste de acceso a determinadas informaciones relacionadas con la sociedad *target* y desconocidas por ambas partes es menor. El vendedor tiene incentivos para no ocultar la verdad —aun cuando se trate de informaciones negativas— en la medida en que la ausencia de información sobre determinados extremos conduce inevitablemente a la minusvaloración de la sociedad *target* por el comprador.

En un contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales el vendedor garantiza por ley que el objeto vendido no tenga defectos ocultos en el sentido del artículo 1484 Código civil. En un bien inmaterial

y no corporal, como son las acciones de una sociedad, el vicio oculto que puede tener lugar con mayor frecuencia es que las acciones estén sujetas a gravámenes ocultos para el comprador o que el valor de las mismas no represente el valor de la sociedad, que las partes tuvieron presentes al convenir el precio de venta. En principio, los activos de la sociedad *target* vendida no están incluidos en el régimen de saneamiento por vicios ocultos, dado que no forman parte del objeto del contrato de compraventa. Los defectos y contingencias que puedan afectar a estos activos no perjudican la cosa vendida —acciones o participaciones sociales— en cuanto vicio, excepto si representan un gravamen oculto de las mismas o una disminución grave de su valor. Sin embargo, si la compraventa de empresa fuera calificada no de cosas materiales sino como venta de derechos conforme al artículo 1529 del Código civil, el vendedor respondería de la legitimidad y existencia de las acciones o participaciones sociales, pero no de su valor.

En el contexto de una compraventa de empresa, en su modalidad de compra de acciones o participaciones sociales, la función de la cláusula de manifestaciones y garantías es extender el ámbito de responsabilidad del vendedor, haciéndole responsable de determinadas contingencias, daños o riesgos, que de otro modo hubiera de asumir el comprador<sup>6</sup>. La elaboración de una lista de asertos de hecho y de creencia que han de ser manifestados como ciertos y garantizados por el vendedor implica la asunción de una responsabilidad que, de acuerdo con el régimen legal de responsabilidad de la compraventa, estarían sujetas a la regla *caveat emptor*. La cláusula de manifestaciones y garantías constituye una excepción a esta regla, en la medida en que el vendedor acepta responder de determinados hechos, asumiendo el riesgo de su realización o no realización. De ahí que el régimen de manifestaciones y garantías constituya una regla de asignación contractual de riesgos y no un supuesto de responsabilidad derivado de un defectuoso incumplimiento por parte del vendedor de su deber de información con respecto al comprador. Los riesgos no asignados al vendedor en la lista de manifestaciones y garantías son riesgos que no sufre ni soporta el vendedor. Los riesgos asignados al vendedor en la lista son riesgos que este soporta, aunque el comprador hubiera podido o debido averiguar su existencia en el proceso de *due diligence*. Por otra parte, los riesgos excluidos del régimen de indemnización mediante su explicitación en *disclosure schedules* son riesgos que voluntariamente asume el comprador, aunque se tratara de aquellos riesgos de los que, en ausencia de excepción, hubiera tenido que responder el vendedor.

Dado que el elenco de manifestaciones y garantías relacionadas con una empresa en funcionamiento puede llegar a ser muy amplio, es habitual que las partes estipulen una cláusula de cierre, en virtud de la cual el vendedor limita su responsabilidad al incumplimiento, en su caso, de las manifestaciones

y garantías explicitadas en el contrato. Esta cláusula recibe la denominación de *entire agreement clause* y su función es evitar que el comprador pueda ejercer pretensiones sobre la base de interpretaciones analógicas o acudir a reglas subsidiarias para establecer una responsabilidad que no resulta de la lista de las manifestaciones y garantías expresamente pactada en el contrato<sup>7</sup>.

### 3. FUNCIONES EN DERECHO INGLÉS

El contrato de compraventa de empresa suele incluir un catálogo amplio de manifestaciones y garantías, denominadas en inglés *representations and warranties*. Además de la tradición analítica propia de la abogacía anglo-americana, referida en la introducción, existen dos limitaciones específicas del *Common Law*, asociadas a los remedios contractuales concedidos a la parte *in bonis*, que explican el origen de esta cláusula. En primer lugar, el Derecho de contratos inglés no prevé el derecho a la compensación por los daños derivados de una manifestación errónea (*misrepresentation*) completamente inocente que no ha llegado a tener fuerza contractual, respecto de la cual el juez dispone de un poder discrecional de conceder compensación por los daños en lugar de admitir la rescisión del contrato. De ahí que sea recomendable que el contrato de compraventa incorpore las manifestaciones a la base negocial del contrato, con el fin de que el comprador esté facultado para obtener una compensación adecuada de los daños en caso de incumplimiento de una determinada manifestación. En segundo lugar, es recomendable que las manifestaciones sean cualificadas como cláusulas contractuales esenciales (*conditions*), para impedir que, como simple *warranties*, queden privadas de la opción de la rescisión. La cualificación como elementos esenciales del contrato permite calificar el supuesto de incumplimiento como *breach of contract*, y no un mero *breach of the representation*, de modo que la pretensión indemnizatoria pueda alcanzar el pleno interés de cumplimiento del comprador y no solo su simple interés negativo o de confianza; es decir, el comprador puede conseguir por vía de resarcimiento una indemnización que le ponga en condiciones equivalentes a las que tendría si la manifestación hubiera sido cierta y no limitarse a una cantidad de dinero que le pusiera en idénticas condiciones a las que tendría si la representación no hubiera sido hecha<sup>8</sup>.

### 4. FUNCIONES EN DERECHO ESPAÑOL

La cláusula de manifestaciones y garantías permite modular el principio *periculum est emptoris* consagrado en el artículo 1452 Código civil. La cláu-



sula pretende desplazar al vendedor todo o parte de los riesgos cubiertos mediante asertos de hecho o de creencia, así como aquellas predicciones sobre acontecimientos futuros asociados a la sociedad *target*, que resulten ser falsas, incompletas o inexactas, incluso en el supuesto de que el comprador hubiera podido tener conocimiento de esa falsedad, insuficiencia o inexactitud de la información durante el transcurso del procedimiento de *due diligence*. No obstante, esta función de redistribución de riesgos debe ser matizada en la medida en que será el comprador quien deberá asumir los riesgos derivados de la falsedad, insuficiencia o inexactitud de la información cuando estos riesgos no hayan sido manifestados y garantizados por el vendedor en la cláusula de manifestaciones y garantías, en un documento de revelación de información (*disclosure letter*) o cuando los riesgos podían ser conocidos por el público en general en el momento de celebración del contrato de compraventa de empresa empleando una diligencia ordinaria<sup>9</sup>.

El conjunto de reglas habitualmente contenidas en una cláusula de manifestaciones y garantías presenta, desde el punto de vista de la parte *in bonis*, algunas ventajas con respecto a la situación que vendría dada a partir del régimen jurídico español del contrato de compraventa y así como del régimen de contratos en general. En primer lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías presenta algunas ventajas desde el punto de vista del comprador en la medida en que permite reducir la carga probatoria vinculada al régimen de la anulabilidad del contrato por dolo omisivo o reticencia dolosa establecida en los artículos 1269 y 1270 del Código civil. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige no solo la prueba de un comportamiento negocial omisivo contrario a la buena fe en el vendedor, sino la prueba del ánimo de engañar o, al menos, de la conciencia de que la conducta omisiva pudiera llevar a la otra parte contratante a celebrar un contrato que, de no mediar el déficit de información, no habría celebrado<sup>10</sup>. Así, la estipulación de unas manifestaciones y garantías que nieguen la existencia de contingencias negativas y que se revelan falsas con posterioridad, permiten asignar al vendedor las consecuencias de la falta de información correcta y exacta, sin que sea necesario acudir a la prueba del dolo contractual. No obstante, el vendedor puede exonerarse si acredita que el comprador conocía o podía fácilmente conocer las informaciones negativas en el momento de celebración del contrato.

En segundo lugar, la estipulación de ciertos asertos de hecho o de creencia en una cláusula de manifestaciones y garantías permite entender que todos ellos revisten un carácter esencial para el comprador<sup>11</sup>. Esta calificación pretende evitar que la imposibilidad de acreditar la esencialidad en el error perjudique la pretensión de anulabilidad del contrato de acuerdo con el artículo 1266 del Código civil, salvo que la anulación

haya sido excluida expresamente del contrato de compraventa y sustituida por el régimen de responsabilidad por incumplimiento de manifestaciones y garantías. En el contexto del contrato de compraventa de empresa, es habitual que las partes contratantes deroguen el régimen de vicios del consentimiento, acciones edilicias y de incumplimiento y los sustituyan por el régimen de indemnidad por incumplimiento de las manifestaciones y garantías dentro los límites habilitados por los artículos 1102 y 1255 del Código civil<sup>12</sup>.

En tercer lugar, la inclusión de una cláusula de manifestaciones y garantías le evita al comprador las desventajas derivadas de la aplicación del régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, establecido en los artículos 1484 y siguientes del Código civil<sup>13</sup>, en particular<sup>14</sup>, el plazo de caducidad relativamente breve de seis meses desde la entrega de la cosa para la interposición de acciones edilicias; la limitación de los remedios contractuales a disposición del comprador a la reducción del precio o la resolución del contrato —sin indemnización de daños y perjuicios—; el requisito de probar la mala fe del vendedor para poder obtener una indemnización de daños y perjuicios o para la interposición de las acciones cuando la cosa se vende ‘como está’ excluyendo la garantía edilicia; la interpretación extraordinariamente restrictiva del término ‘uso al que se destina la cosa’, que niega la posibilidad de que una contingencia negativa sobre un activo pudiera afectar al uso que pretendiera hacerse de la sociedad *target*; el requisito de probar la gravedad de los vicios o defectos ocultos desde un punto de vista objetivo, así como la pérdida de protección del comprador bajo el régimen edilicio si se acredita su condición de perito<sup>15</sup>.

En cuarto lugar, la inclusión de una cláusula de manifestaciones y garantías puede servir al comprador para evitar el riesgo de que una contingencia adversa sea calificada como imprevisible de acuerdo con el artículo 1107 del Código civil y, por consiguiente, no susceptible de generar responsabilidad contractual en el vendedor de buena fe. Sin embargo, pudiera sostenerse que el artículo 1107 del Código civil se refiera a las consecuencias dañosas —esto es, los daños y perjuicios—, y no a las contingencias o acontecimientos que hayan derivado de un daño<sup>16</sup>.

En quinto lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías que habitualmente se incluye en un contrato de compraventa de empresa puede contribuir a evitar la aplicación de la regla de la globalidad o de la responsabilidad por la totalidad establecida en el artículo 1532 del Código civil. La aplicación del régimen de la venta en globo impediría que el vendedor viniera obligado a responder de las contingencias adversas que tan solo afectan a uno o varios de los activos singulares que integran una unidad o conjunto global y como puede ser, precisamente, una empresa<sup>17</sup>.

#### IV. AUTORÍA DE LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS

Aunque en este trabajo estudiamos en mayor detalle las manifestaciones y garantías realizadas por el vendedor, el contrato de compraventa de empresa suele incluir también manifestaciones y garantías del comprador. Estas son más limitadas y presentan menor complejidad que las del vendedor. El comprador suele manifestar que es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida, que tiene la capacidad legal necesaria para suscribir el contrato de compraventa y que no ha sido declarada en concurso ni se encuentra en proceso de liquidación o disolución. Asimismo, se incluyen manifestaciones relativas a la suficiencia de fondos necesarios para satisfacer el precio de compra o que ha asegurado que determinados terceros la presten la financiación necesaria para abonar el precio de compra (véase Anexo II *infra*).

En el caso de las manifestaciones y garantías del vendedor, puede suceder que no todos los vendedores quieran otorgar manifestaciones y garantías referidas al curso del negocio —pensemos, por ejemplo, en el caso de los socios minoritarios que venden su participación—, y las manifestaciones las otorgan algunos de los socios —generalmente, mayoritarios—, asumiendo toda la responsabilidad externa, sin perjuicio de que las partes vendedoras regulen *inter partes* el reembolso de las eventuales indemnizaciones abonadas al comprador<sup>18</sup>. Sin embargo, tampoco son extrañas las operaciones en las que son los mismos administradores o exadministradores de la sociedad *target* los que prestan las manifestaciones y garantías. Los administradores de la sociedad *target* pueden ser requeridos por el comprador a otorgar, por sí mismos, garantías suplementarias a las concedidas por la sociedad *target*. Estas garantías pueden ser muy importantes con respecto a la manifestación de inexistencia presente ni futura de ninguna obligación de regreso que aquellos puedan ostentar contra la sociedad como consecuencia de haber tenido que asumir como deudores subsidiarios deudas o multas que forman parte del pasivo de la sociedad. En ocasiones no podrán los administradores prestar estas garantías sin incurrir en conflicto de intereses e incumplimiento de los deberes fiduciarios frente a los socios vendedores, como sucede cuando el contrato de compraventa es negociado entre el comprador y estos administradores, que conservarán su puesto en la sociedad después de la compra.

La prestación de manifestaciones y garantías por parte de la sociedad *target* presenta algunas dificultades. Al margen de los conflictos de intereses que pueden existir entre la sociedad y los socios vendedores o entre los propios socios entre sí, este supuesto podría vulnerar la prohibición de asistencia financiera contenida en el artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital. Al proceder así, la sociedad *target* actúa como si afianzara la

operación por la que se realiza su propia adquisición. No habrá asistencia financiera, empero, cuando la sociedad *target* es escindida y la nueva sociedad es entregada a los socios vendedores, con los activos que el comprador de la sociedad originaria no quiere, obligándose los vendedores a indemnizar al adquirente y la sociedad *target* de los pasivos sobrevenidos que correspondan a los activos o rama de negocio que se queda en la sociedad resultante de la escisión.

## V. TIPOLOGÍA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS

Existen, en primer lugar, manifestaciones y garantías referidas a hechos o estados de cosas, en sentido amplio y, en segundo lugar, meta-manifestaciones referidas a las propias manifestaciones y garantías ya prestadas por el vendedor. Los asertos de hecho y creencia así como las meta-manifestaciones pueden incluir excepciones hechas en forma de *disclosure schedules* o bajo el régimen de *specific indemnities*. Respecto de ellas, el vendedor suele declarar que son completas y que no existen otras contingencias distintas de las allí contenidas. Sin perjuicio de la lista que se acompaña como Anexo I, las manifestaciones y garantías más frecuentes van referidas a: (i) constitución, capacidad, capital y estatutos de la sociedad vendedora o adquirida; (ii) órganos de administración, auditores y poderes; (iii) estados financieros y libros de comercio; (iv) impuestos; (v) contratos concertados con terceros, i.e. clientes, proveedores, distribuidores, aseguradores; (vi) propiedad intelectual e industrial; (vii) activos muebles e inmuebles; (viii) plantillas laborales y contratos de servicios; (ix) licencias y autorizaciones administrativas; (x) litigios; (xi) inexistencia de cambio material adverso; (xii) medio ambiente; y (xiii) reclamaciones de terceros.

Las manifestaciones referidas a hechos o conductas realizadas en el tiempo pasado se caracterizan por ser asertos de hechos, aunque los hechos manifestados sean conductas humanas, ya que no pueden existir 'promesas' relacionadas con hechos ya consumados. Las declaraciones de futuro pueden versar sobre hechos o sobre conductas. En el primer caso, se manifiesta que tal circunstancia de hecho ocurrirá o no ocurrirá. En el segundo, se declara que tal conducta tendrá o no lugar. Una declaración por la que se afirma que ahora se cree que algo ocurrirá o no ocurrirá es una declaración de presente que tiene por objeto un estado de creencia. Habitualmente, las cláusulas de manifestaciones y garantías no suelen incluir promesas sobre hechos o conductas futuras, sino que estas se suelen configurar como compromisos u obligaciones en una cláusula aparte (*covenants*)<sup>19</sup>.

## VI. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Si la cláusula de manifestaciones y garantías se construye como un supuesto de extensión de responsabilidad contractual por incumplimiento de un deber de veracidad, el conocimiento real por el comprador perjudicaría su acción y el vendedor no responde. Para evitar este efecto, es preciso construir la cláusula de garantía de modo que la 'garantía' no sea la simple responsabilidad asumida por la falta de veracidad, exactitud o completitud, sino que convendría desligar las manifestaciones y garantías de su veracidad o exactitud y configurarlas contractualmente como un pacto de cobertura de riesgos. De este modo, el vendedor no responde contractualmente por incumplir su obligación de decir la verdad, sino porque la contingencia prevista constituye el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía. Así configurada la cláusula, es indiferente que el comprador conozca la contingencia o su riesgo dado que, aun cuando el comprador conozca la contingencia, la realización de esta comporta el nacimiento de una obligación de cobertura de riesgos por parte del vendedor, que no es estrictamente una indemnización por 'incumplimiento contractual', sino por aseguramiento o cobertura<sup>20</sup>.

### 1. LIMITACIONES CUALITATIVAS A LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR

El conocimiento que tiene el vendedor sobre la sociedad *target* en relación con la cláusula de manifestaciones y garantías suele ser objeto de una regulación específica. Normalmente, el contrato de compraventa de empresa expresará que el vendedor —sus directivos y empleados— han realizado las investigaciones necesarias para asegurarse de que las manifestaciones y garantías son veraces y exactas y que no se ha omitido ninguna información que el comprador hubiera habido de tener en cuenta para madurar su decisión de compra. En este sentido, la cláusula de manifestaciones y garantías suele contener una estipulación específica relativa a la veracidad, exactitud y completitud de la información a la que han tenido acceso el comprador y sus asesores.

Con frecuencia, el vendedor solicita que el contrato de compraventa contenga una estipulación que haga constar que el comprador y sus asesores han llevado a cabo un procedimiento de *due diligence* y que han recibido toda la información solicitada a su entera satisfacción, de modo que el vendedor no responderá de los daños que se deriven de aquellas informaciones conocidas por el comprador. En ocasiones, el comprador no solo declinará una solicitud de este tipo, sino que insistirá en que el contrato de compraventa haga constar que el hecho de haber llevado a cabo un

procedimiento de *due diligence* en modo alguno limita la responsabilidad del vendedor por los daños derivados de ciertas situaciones, por mucho que hayan sido informadas al comprador. En estos casos, las únicas excepciones al régimen de responsabilidad del vendedor serán aquellas situaciones que expresamente se hayan exceptuado del régimen general de manifestaciones y garantías. Habitualmente, estas excepciones se reflejan en forma de apéndices al anexo de manifestaciones y garantías y reciben la denominación de *disclosure schedules*. Tampoco es infrecuente que las partes contratantes vinculen la excepción a una manifestación y garantía a un pacto específico de indemnidad, que atribuye únicamente al vendedor los riesgos asociados a una determinada información negativa de la que puede resultar un daño y que ha sido revelada por el vendedor al comprador. El conocimiento de la falta de veracidad o corrección impediría al comprador una reclamación fundada en la misma. En este supuesto la indemnización de daños y perjuicios no deriva del incumplimiento contractual, sino de la materialización de un riesgo y reciben la denominación de *specific indemnities*<sup>21</sup>.

En otro orden de cosas, las partes suelen incluir cláusulas tendentes a limitar la responsabilidad del vendedor en el supuesto de que la sociedad *target* se vea resarcida —total o parcialmente— por parte de terceros de ciertos daños sufridos (por ejemplo, en el caso de indemnizaciones recibidas de compañías aseguradoras o como consecuencia de litigios). Asimismo, es habitual que el comprador asuma una obligación general de evitar o mitigar en la medida de lo posible el importe de los daños que deba compensar el vendedor<sup>22</sup>.

## 2. LIMITACIONES CUANTITATIVAS

La cláusula de manifestaciones y garantías suele incluir tres tipos de límites cuantitativos, que reciben la denominación de *de minimis*, *basket* y *cap*. La cláusula *de minimis* establece el importe mínimo al cual debe ascender el daño derivado de un supuesto de indemnización de manifestaciones y garantías para que genere en el vendedor la obligación de indemnizar (por ejemplo, 100 000 euros por contingencia individualmente considerada). La cláusula *basket* establece un importe mínimo al cual debe ascender el importe agregado de daños derivados de supuestos de indemnización que superan el umbral *de minimis* (generalmente, se suele pactar diez veces el importe *de minimis*, por ejemplo, 1 000 000 de euros siguiendo con las cifras anteriores). Una vez alcanzado el umbral de *basket*, el contrato puede prever que el vendedor debe indemnizar por el todo el importe agregado (*tipping basket*) o tan solo por el importe en el que el importe acumulado exceda el umbral *basket* (*non-tipping basket*), en cuyo caso el umbral opera como

franquicia. La cláusula *cap* es el importe máximo por el cual responderá el vendedor bajo el contrato de compraventa. Generalmente se pacta un determinado porcentaje del precio de compraventa, si bien pueden pactarse *caps* diferenciados en función del tipo de daños. Aunque existe alguna variación según si el comprador es un adquirente industrial o un adquirente capital riesgo, el porcentaje suele estar en torno al quince por ciento del precio de compraventa<sup>23</sup>.

### 3. LIMITACIONES TEMPORALES

El contrato de compraventa de empresa suele prever determinados límites temporales al régimen de responsabilidad del vendedor. El plazo general suele oscilar entre seis meses y dos años. Para determinadas contingencias, como pueden ser las de naturaleza fiscal o laboral o de seguridad social, se suele pactar un plazo que coincida con el plazo de prescripción de la contingencia (generalmente, cuatro, cinco o siete años, según los casos).

### 4. PACTO DE INDEMNIZACIÓN ESPECÍFICA

Mientras que la cláusula de manifestaciones y garantías obedece a una función informativa y permite distribuir los riesgos entre las partes contratantes, la cláusula específica de indemnidad atribuye únicamente al vendedor los riesgos asociados a una determinada información negativa de la que puede resultar un daño y que ha sido revelada por el vendedor al comprador. Este pacto contractual opera en el supuesto de que el comprador tenga conocimiento de una determinada información negativa y este conocimiento bien dificulta la inserción de una determinada manifestación o garantía que niegue u obvie la información negativa o bien, en caso de que las partes incluyan una manifestación y garantía que la obvien, el conocimiento de la falta de veracidad o corrección impediría al comprador una reclamación fundada en la misma. De ahí que el supuesto que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios no sea el incumplimiento contractual, sino la materialización de un riesgo. Algunos autores lo describen como un pacto de asunción o cobertura de riesgos<sup>24</sup>.

## VII. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

El contrato de compraventa de empresa suele regular en una cláusula separada de las manifestaciones y garantías el procedimiento de reclamación



de la indemnización de un supuesto indemnizable atribuible al vendedor o que se derive de una reclamación de terceros que suponga un incumplimiento de las manifestaciones y garantías prestadas por el vendedor. Una vez el comprador ha identificado un daño encuadrable en un supuesto indemnizable debe comunicarlo al vendedor, que puede aceptar o rechazar la calificación como supuesto indemnizable. Si el vendedor rechaza la aceptación del daño, el contrato suele prever un plazo durante el cual las partes pueden alcanzar un acuerdo sobre la reclamación. Si las partes no logran alcanzar un acuerdo sobre la reclamación, el contrato suele prever un procedimiento de resolución de conflictos en vía jurisdiccional o arbitral.

En relación con el pago de la indemnización resulta relevante el impacto fiscal que puede conllevar para el comprador, cuando este es sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades. Si el pago de la indemnización tiene lugar en el plazo de un año desde la fecha de cierre de la compraventa, el importe de la indemnización reduce el precio de adquisición de las acciones o participaciones sociales. Si el pago de la indemnización tiene lugar después del primer aniversario de la fecha de cierre tiene la calificación de ingreso y estará sujeta a tributación en el Impuesto de Sociedades. El comprador suele cubrir la tributación por el ingreso en el Impuesto de Sociedades mediante la inclusión de una cláusula *tax gross-up*, que resulta de aplicación a los pagos de indemnizaciones derivados de manifestaciones y garantías que tengan lugar después del primer aniversario de la fecha de cierre de la compraventa. Esta cláusula obliga al vendedor a incrementar el importe de la indemnización en el importe al que ascienda la cuantía del impuesto a cuyo pago venga obligado el comprador, de modo que este quede plenamente indemnizado de los daños que genera la reclamación. En este contexto, el vendedor suele esgrimir que el daño que ha motivado la indemnización suele tener un efecto fiscal para la sociedad *target* y que, con frecuencia, tendrá la naturaleza de gasto deducible. Las partes suelen pactar que el importe de gasto deducible minore el importe pagadero por el vendedor bajo la cláusula *tax gross-up*.

## VIII. GARANTÍAS

Con frecuencia, el comprador exige al vendedor que garantice el cumplimiento de las manifestaciones y garantías mediante la constitución de garantías reales o personales. Entre las más habituales figuran la constitución de una garantía a primer requerimiento o aval bancario, el depósito en garantía de una parte del precio abonado por el comprador (*escrow account*), la retención de una parte del precio por parte del comprador hasta la expiración del plazo de las manifestaciones y garantía y la constitución de otras garantías personales o reales como pueden ser, por ejemplo, cartas de patrocinio



(*comfort letters*) o prendas de cuentas corrientes. Idealmente, estas garantías debieran delimitar perfectamente los supuestos de indemnización en los cuales el comprador pueda hacer uso de ellos. Habitualmente, el vendedor suele pedir que su responsabilidad se limite al importe asegurado mediante una de estas garantías, sin que el comprador pueda dirigirse contra el patrimonio del vendedor en el supuesto de que la indemnización de daños y perjuicios exceda del importe asegurado<sup>25</sup>.

## IX. SEGURO DE M&A

Una alternativa o complemento cada vez más frecuente al compromiso de indemnización asumido por el vendedor en los supuestos indemnizables de las manifestaciones y garantías es la contratación de una póliza de seguro que ofrezca cobertura por estos incumplimientos. Generalmente, este tipo de pólizas suelen cubrir las pérdidas derivadas del incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías del vendedor por hechos desconocidos por el vendedor en la fecha de prestación de las manifestaciones y garantías, así como los costes de defensa derivados de dicho incumplimiento y el fraude. No obstante, a día de hoy, son numerosos y muy relevantes los supuestos de incumplimiento que quedan excluidos de la cobertura como, por ejemplo, las contingencias derivadas de hechos conocidos, los ajustes de precio, los daños derivados de precios de transferencia (*transfer pricing*), los daños derivados de actos de soborno, corrupción y blanqueo de capitales, las multas y sanciones no asegurables de acuerdo con la legislación vigente, la responsabilidad civil derivada de un delito, las previsiones y proyecciones de futuro, los defectos en las aportaciones a planes de pensiones y el fraude. Estas limitaciones son especialmente problemáticas desde la perspectiva del comprador en el supuesto de que haya llevado a cabo un procedimiento de *due diligence*. Es posible que el procedimiento de *due diligence* no haya revelado contingencias materiales, pero que un hecho que aparentemente no era susceptible de generar un daño sí produce una pérdida patrimonial cubierta por la cláusula de manifestaciones y garantías. Este riesgo puede mitigarse, un tanto, si la exclusión se limita a aquellos incumplimientos de manifestaciones y garantías que razonablemente se hubieran podido prever a partir de los hechos ya conocidos con anterioridad a la celebración del contrato de seguro. El contrato de seguro de M&A suele incluir una cláusula *claims made*, que pretende limitar el periodo de declaración de un siniestro al periodo de vigencia de la cobertura, que suele coincidir con el periodo de vigencia de las manifestaciones y garantías. El Tribunal Supremo ha limitado la validez de las cláusulas *claims made* para las pólizas de seguro de daños en sus SSTs, Sala Primera, de 20 de marzo de 1991 y de 23 de abril de 1992, si bien parece

que pudieran ser admisibles en pólizas de seguro de responsabilidad civil con cláusula *claims made* unidimensional según la STS, Sala Primera, de 26 de abril de 2018, que interpreta el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). El contrato de seguro de M&A parece que debe conceptuarse como seguro de daños, por lo que debiera ser admisible la cláusula *claims made* y en el caso de conceptuarse como un seguro de grandes riesgos, el artículo 73 LCS tendría carácter dispositivo respecto de lo pactado por las partes<sup>26</sup>.

## X. CONCLUSIONES

I. En el contexto de una compraventa de empresa, en su modalidad de compra de acciones o participaciones sociales, la cláusula de manifestaciones y garantías cumple, en primer lugar, una función informativa que tiene por objeto nivelar la asimetría informativa entre las partes contratantes. Además, la cláusula de manifestaciones y ganancias permite extender el ámbito de responsabilidad del vendedor, haciéndole responsable de determinadas contingencias, daños o riesgos, que de otro modo hubiera de asumir el comprador.

II. Con frecuencia, la cláusula de manifestaciones y garantías se concibe como un supuesto de extensión de responsabilidad contractual por incumplimiento de un deber de veracidad. Este planteamiento conlleva un efecto no deseado y es que el conocimiento real por el comprador puede perjudicar su acción y el vendedor no responder por el supuesto que, en teoría, se conceptúa como indemnizable. Para evitar este efecto, es preciso construir la cláusula de garantía de modo que la «garantía» no sea la simple responsabilidad asumida por la falta de veracidad, exactitud o completitud, sino que convendría desligar las manifestaciones y garantías de su veracidad o exactitud y configurarlas contractualmente como un pacto de cobertura de riesgos. De este modo, el vendedor no responde contractualmente por incumplir su obligación de decir la verdad, sino porque la contingencia prevista constituye el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía. Así configurada la cláusula, es indiferente que el comprador conozca la contingencia o su riesgo dado que, aun cuando el comprador conozca la contingencia, la realización de esta comporta el nacimiento de una obligación de cobertura de riesgos por parte del vendedor, que no es estrictamente una indemnización por «incumplimiento contractual», sino por aseguramiento o cobertura.

III. El planteamiento antes expuesto no es, sin embargo, enteramente congruente con los modelos habituales de seguro de M&A, que suelen excluir expresamente las contingencias derivadas de hechos conocidos por las partes. Estas limitaciones son especialmente problemáticas desde la perspectiva del comprador en el supuesto de que haya llevado a cabo un procedimiento de *due diligence*.

## ANEXO I. MANIFESTACIONES A FAVOR DEL COMPRADOR

### 1. EXISTENCIA Y CAPACIDAD DEL VENDEDOR

1.1. El Vendedor es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida de conformidad con la legislación española y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil que le corresponde.

1.2. El Vendedor tiene la capacidad legal necesaria para suscribir este Contrato y cumplir las obligaciones a su cargo derivadas del mismo y ha obtenido todas las autorizaciones pertinentes.

1.3. El representante del Vendedor se encuentra debidamente autorizado y dispone de facultades bastantes a efectos de suscribir este Contrato.

1.4. El Vendedor no ha sido declarado en concurso ni se encuentran en proceso de liquidación o disolución.

### 1. CONSTITUCIÓN Y EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD

1.1. La Sociedad es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida de conformidad con la legislación española y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil que le corresponde.

1.2. La Sociedad realiza su actividad de conformidad con lo dispuesto en sus respectivos estatutos sociales.

### 2. INFORMACIÓN SOCIETARIA

2.1. El Vendedor es el titular del 100% de las Acciones, que han sido válidamente emitidas e íntegramente suscritas y desembolsadas.

2.2. Las Acciones se encuentran libres de cualesquiera Gravámenes.

2.3. No existen opciones, derechos de suscripción, *warrants*, valores convertibles o canjeables u otros derechos que faculten a terceros a adquirir las Acciones.

2.4. La Sociedad no tiene participación alguna en otras sociedades.

### 3. INEXISTENCIA DE CONFLICTOS

Ni la firma del Contrato ni su cumplimiento (sujeto al cumplimiento de las Condición Suspensiva) constituyen un incumplimiento de (a) las obligaciones legales de las Sociedad ni de (b) las obligaciones de la Sociedad bajo cualquier contrato de carácter material para el negocio.

#### 4. REGISTROS SOCIETARIOS Y LIBROS DE ACTAS

4.1. Tanto el libro-registro de acciones nominativas como los libros de actas en los que se transcriben los acuerdos de los órganos de administración de la Sociedad y los acuerdos adoptados por la junta de accionistas de la Sociedad:

- (i) se encuentran materialmente al día;
- (i) han sido llevados materialmente de conformidad con la legislación aplicable; y
- (ii) constituyen un registro fiel y completo, en sus aspectos materiales, de todas aquellas cuestiones que, por ley, han de ser anotadas en tales registros y libros.

4.2. Todos los acuerdos que, con arreglo a la legislación aplicable a la Sociedad, deben inscribirse en el Registro Mercantil, han sido inscritos en el mismo.

#### 5. CUENTAS

Las Cuentas:

- (i) han sido elaboradas de conformidad con la legislación aplicable y los principios, estándares y prácticas contables generalmente aceptados en España; y
- (ii) han sido formuladas por el órgano de gestión pertinente, auditadas, y aprobadas por la junta de accionistas de la Sociedad [y depositadas en el correspondiente Registro Mercantil].

#### 6. ACTIVOS

Todos los activos de carácter material que se recogen en las Cuentas pertenecen a la Sociedad en virtud del título de propiedad que corresponda en cada caso y, según el leal saber y entender del Vendedor, se encuentran libres de Gravámenes.

#### 7. SEGUROS

7.1. La Sociedad ha contratado la cobertura que en cada caso resulta exigida por la ley o cualquiera otra normativa que resulte de aplicación.

7.2. La Sociedad está al día del pago de las primas de las correspondientes pólizas de seguro.

## 8. CONTRATOS

Según el leal saber y entender del Vendedor, la Sociedad no ha incumplido en sus aspectos materiales ningún contrato, acuerdo u obligación material para su negocio de los que sea parte.

## 9. EMPLEADOS

9.1. La Sociedad cumple sustancialmente y ha venido cumpliendo sustancialmente la legislación y normativa aplicable en materia laboral, de seguridad social, salud y seguridad e higiene en el trabajo.

9.2. La Sociedad cumple y han venido cumpliendo los convenios colectivos en vigor y que sean de aplicación a sus empleados.

9.3. Según el leal saber y entender del Vendedor, a la fecha del Contrato, no existe en curso ningún procedimiento o litigio en curso de carácter laboral, en materia de seguridad social o prevención de riesgos laborales abierto frente a la Sociedad [salvo por los que se identifican en el Apéndice [...]].

9.4. La Sociedad ha abonado a sus empleados cualesquiera importes debidos a su favor en concepto de retribución, bonus y cualquier otra prestación, así como cualesquiera importes que sean de aplicación en concepto de contribuciones a la Seguridad Social, en cada caso de conformidad con la legislación aplicable.

9.5. A la fecha del Contrato, salvo por lo puesto de manifiesto en el Proceso de *Due Diligence*, no se ha suscrito ningún contrato laboral entre la Sociedad y sus empleados que faculte a un empleado a percibir compensaciones o indemnizaciones por la resolución de dicho contrato laboral por importe superior al mínimo previsto por la ley o por el correspondiente convenio colectivo.

9.6. No existen acuerdos o pactos entre la Sociedad y sus empleados (incluyendo los exempleados) en relación con sus condiciones laborales, la resolución de su contrato o su jubilación distintos de los que se recogen en los contratos laborales firmados por estos.

9.7. A la fecha de firma del Contrato, la Sociedad no se encuentra *sujeta* a responsabilidad alguna derivada del incumplimiento de ningún contrato laboral o de su resolución [salvo por aquellas responsabilidades que, en su caso, pudieran derivar de cualquiera de los procedimientos que se identifican en el Apéndice [...]].

## 10. ARRENDAMIENTOS

10.1. La Sociedad tiene derecho a utilizar todas las instalaciones que actualmente ocupa a efectos de la explotación de su negocio en virtud de los correspondientes contratos de arrendamiento suscritos con terceros. La Sociedad ha satisfecho en tiempo y forma todos los importes que en concepto de renta han devenido líquidos y exigibles en cada momento.

10.2. La Sociedad no ha recibido notificación alguna por escrito de sus arrendadores en las que se les comunique que estos pretenden dejar sin efecto o resolver cualquier contrato de arrendamiento de los que la misma sea parte.

## 11. PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

11.1. A los efectos de este apartado 11, se entenderá por «Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial» cualesquiera marcas, derechos sobre nombres comerciales, nombres de empresa, logos, patentes, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, derechos sobre bases de datos, derechos sobre nombres de dominio y direcciones URL incluyendo, en aquellos casos en los que tales derechos se obtuvieran o perfeccionaran en virtud de inscripción en cualquier registro, la inscripción de tales derechos junto con cualesquiera solicitudes y derechos para la solicitud de tales registros excluyendo no obstante, cualesquiera licencias de software de uso no personalizado.

11.2. Todos los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial relevantes y materiales para su negocio, que pertenecen a la Sociedad o son utilizados por la misma se encuentran en vigor, y la Sociedad se encuentra debidamente autorizada para utilizarlos en el desarrollo de su actividad.

11.3. Según el leal saber y entender del Vendedor, ninguna de las actividades de la Sociedad infringe derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros, ni ningún tercero ha presentado reclamación alguna que pudiera afectar o limitar con carácter material el ejercicio por parte de la Sociedad de tales Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial.

11.4. No existe ningún incumplimiento material por parte de la Sociedad de contratos de que sean materiales para su negocio, que hayan sido suscritos con terceros en relación con cualesquiera Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial.

## 12. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

12.1. A los efectos de lo dispuesto en este apartado 12, se entenderá por «Elementos Informáticos del Negocio» cualesquiera equipos informáticos,

sistemas de comunicación, software y hardware, en cada caso de carácter material para el negocio de la Sociedad del que sean titularidad de la Sociedad o los utilice para la explotación de su negocio excluyendo no obstante, cualesquiera licencias de software de uso no personalizado.

12.2. Todos los Elementos Informáticos del Negocio son titularidad de la Sociedad o son utilizados por esta en virtud de un contrato debidamente suscrito.

### 13. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

13.1. La Sociedad cumple sustancialmente y ha venido cumpliendo sustancialmente en el pasado, con cualquier legislación y normativa aplicable en materia de protección de datos, habiendo efectuado todas y cada una de las comunicaciones obligatorias a la Agencia Española de Protección de Datos que en los casos que corresponda hacerlo con arreglo a dicha legislación y normativa.

13.2. La Sociedad no ha recibido notificación alguna de la Agencia Española de Protección de Datos durante los últimos 12 meses en la que se alegue incumplimiento alguno de la legislación aplicable en materia de protección de datos.

### 14. DECLARACIÓN DE CONCURSO Y DISOLUCIÓN, ETC.

14.1. La Sociedad:

14.1.1. No ha sido declarada en concurso;

14.1.2. No se encuentra actualmente incurso en procedimiento alguno de liquidación o disolución;

14.1.3. No se encuentra actualmente incurso en causa legal de disolución, conforme a la legislación vigente.

14.2. Según el leal saber y entender del Vendedor, ningún tercero ha solicitado o instado formalmente la liquidación de la Sociedad.

### 15. LITIGIOS

Salvo por lo que se señala en el Apéndice [...], a la fecha de firma del Contrato, la Sociedad no es parte, ni como demandado ni como demandante, ni de cualquier otra forma, en ninguna reclamación, acción, proce-

dimiento, demanda, litigio, querrela, investigación, denuncia, mediación o procedimiento arbitral (salvo en su caso como demandante a efectos del cobro de deudas surgidas en el curso ordinario de su negocio) de carácter material para su negocio.

## 16. CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

16.1. Según el leal saber y entender del Vendedor, todos y cada uno de los permisos, autorizaciones, licencias exigidas por la legislación administrativa y de carácter material para la explotación del negocio de la Sociedad han sido obtenidos y se encuentran en vigor.

16.2. A la fecha del Contrato la Sociedad no ha recibido notificación escrita alguna en la que se le informe de ninguna acción, reclamación, investigación u otro litigio o procedimiento relativo a cualesquiera aspectos de derecho administrativo.

## 17. IMPUESTOS

### 17.1. Declaraciones e información fiscal

17.1.1. Todas las declaraciones y demás documentación que debe ser presentada en cada momento por la Sociedad ante las autoridades fiscales a efectos de cualquier Impuesto (i) han sido realizadas o efectuadas en tiempo y forma y son correctas en todos sus aspectos materiales y (ii) ninguna de tales declaraciones y documentos es actualmente objeto de reclamación alguna de las autoridades fiscales.

#### 17.1.2. Reclamaciones

(i) La Sociedad no es objeto actualmente de ninguna inspección, ni ha recibido notificación formal alguna en la que se le informe del inicio de una inspección por parte de las autoridades fiscales.

(ii) La Sociedad no se encuentra actualmente inmersa en ninguna actuación, reclamación o procedimiento en relación con el incumplimiento de la legislación tributaria.

(iii) La Sociedad no ha recibido notificación o comunicación de cualquier actuación, reclamación, o investigación ni de cualquier otro procedimiento en relación con el incumplimiento de la legislación tributaria.



## ANEXO II. MANIFESTACIONES A FAVOR DEL VENDEDOR

### 1 EXISTENCIA Y CAPACIDAD DEL COMPRADOR

1.1 El Comprador es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida de conformidad con la legislación [...] e inscrita en [...].

1.2 Cada uno del Vendedor tiene la capacidad legal necesaria para suscribir el presente Contrato y cumplir las obligaciones a su cargo derivadas del mismo.

1.3 El representante del Comprador se encuentra debidamente autorizado y dispone de facultades bastantes para suscribir el presente Contrato.

1.4 El Comprador no ha sido declarado en concurso ni se encuentra en proceso de liquidación o disolución.

### 2 SUFICIENCIA DE FONDOS

El Comprador dispone de los fondos necesarios para satisfacer el Precio de Compra o ha asegurado que terceros la presten la financiación necesaria para abonar el Precio de Compra, habiendo obtenido cartas de compromiso o garantías bancarias en cada caso firmes, de carácter incondicional e irrevocable respecto de dichos fondos.

## XI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS de 20 de marzo de 1991
- STS de 23 de abril de 1992
- STS de 8 de julio de 1994
- STS de 12 de junio de 1997
- STS de 2 de diciembre de 1999
- STS de 3 de marzo de 2000
- STS de 30 de septiembre de 2002
- STS de 2 de noviembre de 2002
- STS de 17 de enero de 2005
- STS de 19 de julio de 2006
- STS de 17 de noviembre de 2006
- STS de 8 de noviembre de 2007
- STS de 11 de junio de 2008
- STS de 20 de noviembre de 2008
- STS de 26 de marzo de 2009
- STS de 21 de diciembre de 2009

- STS de 6 de mayo de 2010
- STS de 3 de septiembre de 2010
- STS de 30 de marzo de 2011
- STS de 30 de noviembre de 2011
- STS de 21 de octubre de 2013
- STS de 16 de abril de 2015
- STS de 26 de abril de 2018

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO, J. (2011). *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*. Navarra: Civitas, Thomson Reuters.
- BEALE, H. (1998). *Misrepresentation*. En: Beale, H. (ed.), *Chitty on Contracts*. Mytholmroyd: Sweet and Maxwell (333 y sigs.).
- HERNANDO CEBRIÁ, L. (2005). *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GÓMEZ POMAR, F. (2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret* [En línea], número 3, disponible en [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf).
- GUEST, A. G. (1998). *Express Terms*. En: Beale, H. (ed.), *Chitty on Contracts*. Mytholmroyd: Sweet and Maxwell (560 y sigs.).
- CARRASCO PERERA, Á. (2013). Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento. En Álvarez Arjona, J. M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (dirs.), *Adquisiciones de empresas*. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters (4.<sup>a</sup> edición) (279-358).
- GIMENO RIBES, M. (2013): *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*. Granada: Comares.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. (2018). Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. En: Sebastián Quetglas, R. (dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*. Las Rozas de Madrid: La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición) (415 a 445).
- MENGOTTI MAROTO, Á. (2019). El seguro de declaraciones y garantías en la compraventa de empresas: Consideraciones jurídicas y prácticas sobre un seguro cada vez más habitual. Tesina del Curso Formativo Grupo A, año lectivo 2018-2019, Colegio de Mediadores de Seguros de Madrid.
- TORTUERO ORTIZ, J. (2018). El contrato de compraventa de acciones. En: Sebastián Quetglas, R. (dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*. Las Rozas de Madrid: La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición) (337 a 383).
- TREITEL, G.H. (1987). *The Law of contracts*, 7.<sup>a</sup> ed. Raleigh, North Carolina: Stevens (255 y sigs.).
- VON BISMARCK, N. (2018). *Mergers and Acquisitions, United Kingdom* (2.<sup>a</sup> edición). La Haya: Kluwer Law International (cita núm. 169).

## NOTAS

<sup>1</sup> Si los activos se destruyen o perjudican entre la firma del contrato y el cierre, el vendedor no podrá reproducir las declaraciones relativas a la incolumidad de estos activos. Pero ello no significa que el riesgo sea suyo, pues el contrato anterior a la fecha de cierre es un contrato perfecto. La STS de 11 de junio de 2008 es un ejemplo ilustrativo del error que se comete cuando se repiten las manifestaciones y garantías a la fecha del cierre, pero referidas a contingencias fechadas en un tiempo anterior. Véase CARRASCO PERERA, A., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, A. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.3.

<sup>2</sup> AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 166.

<sup>3</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 124, notas 212 y 213. «(213) El proceso de *due diligence* es un conjunto de métodos tendentes a obtener y evaluar informaciones relevantes, documentales u orales, en relación con el negocio que las partes contractuales pretenden concluir. El proceso de *due diligence*, dependiendo de la operación para la que se efectúe, puede comprender perspectivas distintas; por ejemplo: cuando tiene como referencia una empresa, puede haber *due diligence* financiera, contable, comercial y jurídica. Suele tener lugar generalmente durante los tratos preliminares y con carácter previo o paralelamente a la negociación de los contratos. (214) La utilización de las manifestaciones y garantías en la obtención de información se hará coordinadamente con el proceso de *due diligence*, que es el recurso fundamental de obtención de información. Algunos modelos estandarizados de despachos de abogados están redactados de manera que las respuestas a las cuestiones que se solicitan en la *due diligence checklist* determinan una redacción específica en el apartado correspondiente de las manifestaciones y garantías. Por ejemplo, en el apartado XYZ del *due diligence checklist* se pregunta si la sociedad cuyas acciones se van a adquirir es propietaria o tiene título alguno sobre los bienes no afectos a la actividad que desarrolla, a lo que se contesta diciendo que no existen. En el apartado XYZ de las manifestaciones y garantías del primer borrador preparado por los asesores del potencial comprador, se prevé que el vendedor declare que ni la sociedad (cuyas acciones se venden) ni ninguna de sus filiales es propietaria o tiene título alguno sobre bienes no afectos a la actividad que desarrolla. [...] En algunas ocasiones puede ser más eficaz obtener una determinada información suscitándola en la cláusula de manifestaciones y garantías que solicitándola directamente en el proceso de *due diligence*. Por ejemplo, en la *due diligence checklist* se pregunta sobre el estado de conservación y el mantenimiento de los inmuebles de la sociedad cuyas acciones van a venderse. El potencial vendedor pone a disposición del comprador y sus asesores un contrato con una empresa de mantenimiento que regula cuestiones como los precios de la mano de obra de los servicios que se prestan en caso de averías de ascensores y aire acondicionado y el tiempo de respuesta aproximado. En el borrador de contrato propuesto por el potencial comprador, las manifestaciones y garantías incluyen un apartado en el que se prevé una declaración del vendedor según la cual los inmuebles de la sociedad, en propiedad o por cualquier otro título, están en buenas condiciones de uso, su funcionamiento es satisfactorio y han tenido un mantenimiento regular y suficiente. Para confirmar si puede realizar esta declaración sin faltar a la verdad o decir alguna incorrección, con las consecuencias que ello tendría, el vendedor revisa sus archivos para comprobar qué revisiones y obras se han hecho y cuándo. A la vista de los resultados, actúa en consecuencia, por ejemplo, introduciendo en la correspondiente manifestación y garantía una cualificación para indicar que se han detectado unas pequeñas fisuras en uno de los elementos de cierto inmueble y que el arreglo se ha presupuestado en X euros».

<sup>4</sup> Aunque no lo dice expresamente, este sería el planteamiento de CARRASCO PERERA cuando dice que con las manifestaciones y garantías «el comprador obligará al vendedor a ir revelando ciertos datos que de otra forma no se vería incentivado a declarar». Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 291.

<sup>5</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 124; GIMENO RIBES, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Granada, Comares, 2013, páginas 204-205; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 415 a 445; HALLET CHARRO, R., *Due diligence* en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 192-196. El Tribunal Supremo suele exonerar al vendedor cuando el comprador, mediante el empleo de una diligencia ordinaria, podría haber descubierto una contingencia negativa: SSTS, 1.<sup>a</sup>, 8 de julio de 1994, 12 de junio de 1997, 2 de diciembre de 1999, 3 de marzo de 2000, 19 de julio de 2006, 17 de noviembre de 2006 y 8 de noviembre de 2007, 3 de septiembre de 2010 y 30 de marzo de 2011.

<sup>6</sup> Véase VON BISMARCK, N., *Mergers and Acquisitions, United Kingdom*, Wolters Kluwer, 2.<sup>a</sup> edición, cita núm. 169, citado en CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.6: El papel principal de las manifestaciones y garantías es el de asignar riesgos. Desde el momento en que se ofrecen las garantías y las manifestaciones no se encuentran cubiertas por la Disclosure letter, el vendedor está aceptando responsabilidad. En la medida en que tales garantías no se den o se limiten como consecuencia de la revelación hecha por el acreedor o por el conocimiento efectivo del comprador, este está aceptando un riesgo//Tradicionalmente, las Garantías constituían un mecanismo de búsqueda de información. Con todo, como el proceso de *Due Diligence* ha devenido cada vez más amplio y complejo en los tiempos recientes, aquel papel ha perdido importancia. Esencialmente, su primera función es la de proveer un mecanismo de ajuste postcontractual de precio. Como tal, su propósito es imponer el riesgo sobre el garante, y no extraer propiamente información referida a la compañía objeto de la adquisición.

<sup>7</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.6.

<sup>8</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.2., así como la bibliografía citada en la nota 2: TREITEL, *The Law of contracts*, 7.<sup>a</sup> ed., 1987, 255 y sigs. BEALE, *Misrepresentation*, en *Chitty on Contracts*, 27.<sup>a</sup> ed., 1998, 333 y sigs., y GUEST, *Express Terms*, en la misma obra, 560 y sigs.

<sup>9</sup> Véase STS, Sala Primera, 16 de abril de 2015.

<sup>10</sup> Véanse SSTS, Sala Primera, 16 de abril de 2015, 30 de septiembre de 2002, 2 de noviembre de 2002, 17 de enero de 2005, 26 de marzo de 2009. GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, página 428.

<sup>11</sup> GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual*

de *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.ª edición), 2018, página 430.

<sup>12</sup> Véanse SSTS, 1.ª., 20 de noviembre de 2008, 21 de diciembre de 2009, 6 de mayo de 2010, 30 de noviembre de 2011, 21 de octubre de 2013 y 16 de abril de 2015.

<sup>13</sup> GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.ª edición), 2018, página 433.

<sup>14</sup> Véase STS, 1.ª, STS de 21 de diciembre de 2009.

<sup>15</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 375: «Hay que preguntarse por la diligencia aplicable al comprador en el descubrimiento de los vicios. Para DE VERDA, al comprador profano solo se le exige una diligencia mínima. Así resulta, según este autor, de una interpretación extensiva del propio artículo 1484 Código civil que solo exime de responsabilidad al vendedor cuando el vicio consista en un defecto que el comprador perito hubiera fácilmente podido conocer por razón de su oficio. El mismo criterio de fácil reconocibilidad debe servir para calificar un vicio como oculto o como manifiesto cuando el comprador no sea perito. De lo contrario se estaría exigiendo más al comprador profano que al experto (art. 1008 CC). LLÁCER habla de la diligencia mínima en general y para el perito señala que el grado de inspección requerido es el de las reglas propias de su profesión (art. 1008 CC). CABANILLAS habla de diligencia media (art. 1010 CC). Según MORALES MORENO, se exige un examen de la cosa normal, según los usos del tráfico; el carácter oculto se concretará en función de los conocimientos de cada comprador (perito o profano) y añade que, además, hay que tener en cuenta la diligencia que según la buena fe *in contrahendo* sea exigible desplegar al comprador, de manera que este requisito, así entendido, tiene una función parecida a la excusabilidad del error (art. 1011 CC). Por nuestra parte creemos que, aunque el artículo 1484 Código civil no haga referencia a un modelo de diligencia en relación con la inspección de la cosa, la interpretación según la cual la diligencia exigida es la mínima se deduce sin complicación de la letra del precepto legal. Ahora bien, la buena fe *in contrahendo* exigirá tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto: así, las prácticas habituales (entre las cuales habrá que incluir para los casos de adquisición de empresa, la realización de proceso de *due diligence* y la utilización de las manifestaciones y garantías como mecanismo para obtener información, función mediata), las características de los contratantes, la intervención de asesores, al complejidad y envergadura de la compraventa, etc.».

<sup>16</sup> Véanse CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J. M.ª y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.ª edición), página 335; GÓMEZ POMAR, F., El incumplimiento contractual en Derecho español, [en línea] InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 3, 2007, [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf), páginas 33 y 34.

<sup>17</sup> GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.ª edición), 2018, página 434.

<sup>18</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.ª y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.ª edición), RB-5.5. Hay que ser muy cuidadoso cuando la adquisición trae causa de vendedores titulares de participaciones minoritarias. Primero, por razones de hecho, porque estos vendedores no estarán dispuestos, y con razón, a asumir garantías sobre contingencias societarias que ignoran. En segundo lugar, porque, por debajo de una cifra de participación y control, es muy

probable que estos vendedores deban ser reputados como consumidores. La cuestión no es clara en el Derecho español, donde no conozco precedentes judiciales, pero a título de ejemplo destaco dos resoluciones de 2006 y 2011 del Tribunal Supremo austríaco, que reputa consumidores a los titulares (personas físicas) de participaciones inferiores al 50% del capital que tampoco disponen de derechos de veto o de acuerdos parasociales que le permiten ejercer el control. Si así fueran calificados, estarían sujetos a especial escrutinio de validez las cláusulas de sumisión a fuero, de prestación de garantías cruzadas o de cláusulas penales, entre otras.

<sup>19</sup> Seguimos en este punto la posición de Ángel CARRASCO PERERA. Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.52.

<sup>20</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.32.

<sup>21</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 209, nota 478. (478) Sobre esta noción de cobertura de riesgos, MORALES MORENO habla de pactos de garantía, ex lege o convencionales como promesa de asunción de riesgo (MORALES MORENO, A.M., Comentario al artículo 1485 CC, [Ministerio de Justicia], *opus cit.*, 958).

<sup>22</sup> Véase TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 362 a 363.

<sup>23</sup> Véase TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 363 a 364.

<sup>24</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 209, nota 478. (478) Sobre esta noción de cobertura de riesgos, MORALES MORENO habla de pactos de garantía, ex lege o convencionales como promesa de asunción de riesgo (MORALES MORENO, A.M., Comentario al artículo 1485 del Código civil, [Ministerio de Justicia], *opus cit.*, 958). CARRASCO PERERA utiliza esta terminología de «cobertura de riesgos, cuando estudia las manifestaciones y garantías, al proponer una forma alternativa de construcción de la garantía. Veamos: el autor identifica el riesgo que para el comprador supone tener información o estar en una posición de tenerla y cómo este riesgo incide en la eficacia de las manifestaciones y garantías (*Vid. supra* apartado 3). A continuación, CARRASCO PERERA hace una propuesta sobre cómo se debe construir el pacto: «es preciso construir la garantía de forma distinta a cómo se realiza en los contratos. Es decir, no hay que considerar que la «garantía» es la simple responsabilidad asumida por la falta de veracidad, corrección o carácter incompleto. Al contrario, es preciso desligar las garantías de la veracidad o corrección de las manifestaciones y garantías y configurarlas técnicamente como una cobertura de riesgos. No es que el vendedor incumpla su obligación de decir la verdad, sino que la concurrencia del siniestro o contingencia previstos constituye el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía. No importará entonces que el comprador conozca la contingencia o su riesgo; pues lo decisivo es construir la garantía de forma tal que, aunque el comprador conozca la contingencia, la realización de esta comporta el nacimiento de una obligación de cobertura de riesgos por parte de vendedor, que no es estrictamente una indemnización por incumplimiento (CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 334-335). Desde nuestro punto de vista, la relación entre las manifestaciones y garantías y las obligaciones específicas de indemnizar («*indemnitats*») en los contratos de adquisición de empresa no se plantean

en términos de sustitución de aquellas por esta, sino de compatibilidad. Como hemos señalado repetidamente, coincidimos con CARRASCO PERERA en que el conocimiento efectivo sobre la falta de veracidad e incorrección de las manifestaciones y garantías normalmente tendrá como consecuencia dejar sin protección al destinatario de las mismas. Precisamente para evitar este problema se utiliza un mecanismo de atribución de riesgos: la obligación de mantener indemne («*indemity*»), que es donde efectivamente hay una cobertura de riesgos.

<sup>25</sup> Véase TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 367 a 368.

<sup>26</sup> MENGOTTI MAROTO, Á., El seguro de declaraciones y garantías en la compraventa de empresas: Consideraciones jurídicas y prácticas sobre un seguro cada vez más habitual, tesina del Curso Formativo Grupo A, año lectivo 2018-2019, Colegio de Mediadores de Seguros de Madrid.

*(Trabajo recibido el 10 de marzo de 2021 y aceptado  
para su publicación el 7 de junio de 2021)*