

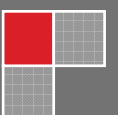
La Due Diligence Legal y sus efectos en la compraventa de empresas

Mario García Miró

Tutor: Jose Manuel Calavia Molinero

Máster en derecho de empresa y los negocios

Universidad de Barcelona - Curso: 2014-2015



Índice

Introducción	5
1.- La Due Diligence Legal.....	8
1.2.- Alcance de la Due Diligence Legal.....	9
1.3.- Finalidad de la Due Diligence Legal.....	11
1.4.- Aspectos diferenciales respecto de la auditoría	13
2.-Fases del procedimiento de la Due Diligence legal	16
2.1.- Acuerdos negociales.....	16
2.2.- El encargo profesional	17
2.3.- El check list.....	18
2.4.- La Data Room.....	21
2.5.- El Due Diligence Report	22
3.- La naturaleza jurídica de la Due Diligence	24
4.- Aspectos a analizar en la Due Diligence Legal.....	32
4.1.- Aspectos Societarios	32
4.2.- Aspectos contractuales	36
4.2.1.- Contratos financieros y bancarios	37
4.2.2.- Pólizas de seguros.....	38
4.3.- Aspectos laborales.....	39
4.4.- Aspectos Administrativos	42
4.4.1.- Urbanismo y Medioambiente.....	44
4.5.- Litigios	46
4.5.1.- Procedimientos relacionados con la actividad.....	49
4.5.2.-Procedimientos relativos a bienes.....	51
4.5.3.- Órdenes Jurisdiccionales y procedimientos concursales	52
4.5.4.- Procedimientos derivados de la adquisición de la empresa	55
5.- La confirmación de la información no documentada y la confirmación u obtención de los datos en registros u organismos públicos.	56
5.1.- Información del Registro Mercantil o de del Registro de la propiedad	57
5.2.- Información sobre los Derechos de Propiedad Industrial	58
5.3.- Certificaciones o informaciones de Hacienda.....	58
5.4.- Certificaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social	58
5.5.- Información de tipo urbanístico	59
5.6.-Información de tipo administrativo	59

5.7.- Información de otros posibles registros o fuentes.....	59
6.- La Due Diligence Legal como base para la negociación del contrato de compraventa o como base para su perfección.....	60
6.1.- Los diferentes modos de instrumentar la transmisión de la empresa.....	61
6.2.- La naturaleza del contrato de compraventa de empresa.....	64
7.- Obligaciones y responsabilidades en el proceso de Due Diligence.....	67
7.1.- Pactos de delimitación de responsabilidad en los acuerdos: las “manifestaciones” del empresario vendedor.....	68
7.2.- Clausulas limitadoras de la responsabilidad del empresario vendedor.....	71
7.2.1.- Las cláusulas “Materiality”.....	71
7.2.2.- Las cláusulas de exoneración por desconocimiento.....	73
7.3.- Las cláusulas de cobertura del empresario comprador.....	73
8.- La información obtenida durante la Due Diligence: la inexcusabilidad de la falta de información.....	76
9.- Las acciones edilicias como solución a las contingencias surgidas con posterioridad a la adquisición de la empresa.....	79
9.1.-Saneamiento por evicción.....	79
9.2.-Saneamiento por defectos ocultos.....	81
9.3.- Acciones por incumplimiento en general.....	82
9.4.- Indemnización y nulidad por dolo.....	83
9.4.1.- La circunstancias de la estimación del dolo.....	85
10.- Los efectos de la Due Diligence en relación a las acciones edilicias.....	88
10.1.- Los efectos de la Due Diligence en relación al ejercicio de la acción de Saneamiento por Evicción.....	89
10.2.- Los efectos de la Due Diligence en relación al ejercicio de la acción de Saneamiento por defectos ocultos.....	90
10.3.- Los efectos de la Due Diligence en relación a la indemnización y nulidad por dolo.....	92
11.- La relación entre la Due Diligence y las Manifestaciones y Garantías del empresario.....	95
12.- La funcionalidad de la Due Diligence.....	98
12.1.- Funcionalidad para el comprador.....	98
12.2.- Funcionalidad para el vendedor.....	99
13.- Conclusiones Finales.....	101
14.-Fuentes y bibliografía.....	109
14.1.- Leyes consultadas.....	109

14.2.- Jurisprudencia consultada	110
14.3.- Bibliografía	111
14.4.- Publicaciones periódicas.....	112

Introducción

En el contexto económico en el que nos hemos visto inmersos durante estos últimos años, se ha podido observar una clara modificación del panorama empresarial y societario a nivel internacional y a nivel nacional en nuestro entorno más próximo. Propiciada en su mayor parte por las dificultades a las que se han visto sometidas las empresas, en un marco de devastación económica debido a las disminuciones de las ventas y a una competencia feroz, gran cantidad de empresas se han visto obligadas a fusionarse o a adquirir empresas del mismo sector o de sectores afines. Todo ello para poder ganar competitividad en algunos casos, y en otros, en un intento de mantener la posición que venían ostentando históricamente en los mercados.

A partir del momento en que una empresa se muestra interesada en la adquisición de otra, hasta el momento que se lleva a cabo definitivamente la adquisición, se inicia un interesante proceso de información normalmente a instancia del adquirente y en ocasiones, de la misma empresa que será objeto de adquisición. Para obtener un correcto conocimiento del objeto central de lo que va a ser una operación de considerable relevancia. Una de las mayores inquietudes que me planteo, llegados a este punto, es saber cómo se toma esta difícil decisión y que puede aportar a ella o en que puede influir una Due Diligence Legal previa de los aspectos más relevantes de la empresa objeto de compra.

La figura de la “Due Diligence Legal” que se postula junto a otras revisiones de tipo económico-contable como uno de los pilares principales que sustentan la toma de decisión final de la adquisición de otra empresa. Pero también se posiciona como un claro indicador que determinará no sólo la estimación o desestimación de la decisión compraventa de la empresa, sino que también establecerá que en caso de que se decida efectuar la compra, en qué condiciones se debería realizar la misma en función de las vicisitudes que presente la empresa en consideración a los resultados arrojados por la misma.

La Due Diligence Legal tiene por finalidad la obtención de mayor conocimiento de la empresa investigada, lo cual se traduce en la identificación de oportunidades y riesgos vinculados con el negocio de la empresa. La identificación de pasivos y contingencias que podrían eventualmente implicar un ajuste al precio de compra o una necesidad del incremento en las garantías que deberá prestar vendedor del negocio a la vez que también supondrá un mayor nivel de seguridad jurídica para el interesado en la compra de una empresa. Desde otro prisma, la Due Diligence obviamente aumenta el

nivel de conocimiento del comprador y que, por tanto, le dificulta la posibilidad de alegar el desconocimiento de ciertas contingencias que en un futuro se puedan plantear. A este respecto me propongo desvelar de que forma vincula al comprador la información proporcionada por la Due Diligence, así como de que forma vincula al vendedor la información que ha proporcionado al comprador.

A pesar de haberse convertido en un elemento muy extendido en el panorama empresarial en los últimos años, las Due Diligences, siguen siendo una figura relativamente desconocida por nuestro ordenamiento jurídico en el cual se han ido introduciendo poco a poco por medio de la práctica mercantil. De tal modo que este desconocimiento se traduce en falta de información a cerca de sus virtudes así como de sus efectos en los procesos de compraventa o de inversión.

Por ello, con este trabajo me propongo investigar por una parte que es y en qué consiste una Due Diligence Legal, cuales son los ámbitos más relevantes de la empresa que se deben revisar, así como los puntos más importantes dentro de estos ámbitos que deben analizarse con mayor atención, cuales son las partes intervinientes y que responsabilidades tiene cada una durante el procedimiento. Por otra parte, también me propongo investigar un tema ciertamente relevante en la práctica de la compraventa de empresas, las consecuencias que conlleva el haber llevado a cabo una Due Diligence Legal una vez que se ha producido la compraventa de la empresa y esta presenta ciertos factores o contingencias que perjudican a la misma o a su curso normal de negocio y por extensión al propio comprador como nuevo titular de la misma.

Llegados a este punto será de gran interés dilucidar si estos factores se habían podido detectar o no mediante la realización de la Due Diligence Legal y si los mismos han surgido a raíz de la acción u omisión del empresario. Para ello también será relevante el conocimiento de un factor conexo como será el modo en que se ha llevado a cabo la compraventa de empresa, de forma directa (compraventa de activos) o de forma indirecta (adquisición de títulos valores que proporcionen el control de la misma). A partir de lo anterior será ciertamente importante saber si se pueden emplear acciones reparadoras o de restitución de los perjuicios sufridos por la compraventa así como que tipo de acciones se podrán llevar a cabo en función del tipo de contingencia que se haya detectado y si estas acciones deben encontrar su fundamento en las recogidas en la legislación mercantil o en las contenidas por la legislación civil. Todo ello conformará un amplio espectro de factores a tener en cuenta que ciertamente puede modificar el curso normal de los acontecimientos. Paralelamente a estas

cuestiones será también de interés el análisis de la relación que guarda la Due Diligence Legal, con otras técnicas contractuales como pueden ser las Manifestaciones y Garantías ofrecidas por el empresario y como interactúan ambas técnicas.

Es evidente que para el análisis del tema central del trabajo y tal como he expuesto anteriormente, habrá que hacer referencia a modo explicativo a diferentes aspectos conexos que conforman la órbita de la compraventa de empresa, por ser esta una variante especial de compraventa que merece una puesta en situación del lector para una mejor comprensión de los conceptos de la misma y que a su vez permite una mejor asimilación del concepto de Due Diligence. Estos aspectos conexos también serán importantes para trazar una línea argumental que permite alcanzar el objetivo planteado en el trabajo, interconectando todos sus puntos para, así, dar una visión más clara y global de las cuestiones que me he planteado resolver en el mismo.

1.- La Due Diligence Legal

Una Due Diligence Legal en el entorno de la compra venta de empresas, es una revisión del negocio de la empresa a adquirir, con el objetivo principal de confirmar -o desestimar- todas las hipótesis sobre las que se ha basado a priori la decisión de adquisición de la misma.

El término anglosajón “*Due Diligence*” se puede traducir literalmente a nuestro idioma como “debida diligencia”, traducción que tiene especial relación con el fundamento y la metodología de la misma, ya que esta actúa como referencia de la obligación de la parte contratante de informarse, como contrapeso de la obligación de la contraparte de informar, sobre determinados datos de su negocio. Su controvertido origen en la US Securities Act de 1933¹, lleva a considerar que la Due Diligence debe actuar como medida de prudencia o actividad que, de común, es exigible, y ordinariamente realizada, por todo hombre de negocios prudente, y bajo determinadas circunstancias, cuyo contenido variará según las condiciones del caso concreto. La US Securities Act de 1933 incluía una garantía para los intermediarios cuando los inversores recibían informaciones incorrectas respecto de la compra de acciones. De esta forma, la realización de una investigación realizada con la diligencia debida (“Due diligence”) respecto de la empresa afectada por la venta de sus acciones o participaciones, y comunicados sus resultados a los inversores, los intermediarios evitaban su responsabilidad por la inexistencia de información. Aun cuando la Due Diligence se orientó a proteger de su responsabilidad a los intermediarios en la compraventa de acciones, este sector institucionalizó esta práctica de las ofertas de venta en los mercados secundarios de valores a cualquier otra forma de adquisiciones y ventas de títulos sociales, y de fusiones (M&A)².

Parece evidente pues, que la Due Diligence Legal no es otra cosa que un mecanismo que reduce claramente el riesgo de la transacción de compraventa de la empresa o Target³, y aporta al comprador una evaluación independiente, objetiva, y detallada del

¹ Ley de Valores de Estados Unidos del año 1993

² sobre esta aplicación, vid. AA.VV.: International M&A, Joint Ventures and Beyond, (doing the deal), Nueva York, 1998, pág. 7 y ss., ROSENBLOOM, Due Diligence For Global Deal Making, (The definitive Guide to Cross-Border Mergers and Acquisitions, Joint-Ventures, Financings and Strategic alliances), Blomberg Press, Princetown, 2002, pág. 15 y ss., y REED LAJOUX y ELSON, The Art of M&A Due Diligence, McGraw-Hill, Nueva York, 2000, pág. 13 y ss.,

³ Se denomina con el término anglosajón Target (objetivo) a la empresa que es objeto de la Due Diligence Legal.

negocio, revisando muy especialmente la existencia de pasivos ocultos o contingencias en todas y cada una de las áreas objeto de la revisión.

1.2.- Alcance de la Due Diligence Legal

La Due Diligence legal puede tener diferentes alcances en función de las necesidades que tenga el inversor que desea adquirir, y a partir de estas, se decidirá los campos que serán objeto de análisis. Se puede observar que este apartado es un apartado muy flexible que será objeto de acuerdo entre la entidad que lleve a cabo la Due Diligence legal y la empresa que la contrate.

Téngase en cuenta que prácticamente todos y cada uno de los ámbitos que forman la empresa están regulados por ley y por tanto son susceptibles de revisión en una Due Diligence legal, es por ello que el alcance de la Due Diligence legal tiene que medirse a conciencia –pues podría llegar a comprender la totalidad de ámbitos objeto de regulación legal del Target, lo que no sería recomendable por ser poco operativo y muy costoso económicamente- la investigación se debe limitar a aquellos aspectos que tengan un interés relevante para el inversor. Siguiendo esta lógica deberá ajustarse la misma a los ámbitos que permitan al comprador tener una imagen fiel de todas las contingencias en las que se encuentra inmersa la empresa para poder decidir avanzar en el proceso de adquisición o desestimar la opción. En todo caso deberían identificarse en un primer momento aquellos factores que pueden ser muy relevantes en el momento de llevar a cabo la Due Diligence, conviene sentar unas reglas de involucración e identificar aquellos activos que pueden ser clave y el uso que se espera de los mismo, las razones por las que se transmite la Target así como aquellos aspectos que podrían suponer una frustración de la operación (por ejemplo en caso de existencia de una cláusula sobre el cambio de control en un determinado contrato clave).

Deberá tenerse en cuenta, al adoptar esta decisión, que cualquier información que el vendedor facilite terminará normalmente formando parte de las distintas manifestaciones y garantías otorgadas por el vendedor o de las excepciones que se incluyan con respecto a las mismas, y si bien ello puede ayudar a negociar un mejor precio u otros términos del contrato, no siempre es así. En suma, el inversor tendrá un dilema, dado que una mayor investigación puede asimismo suponer una menor protección para el mismo. Al considerar el mismo, el primer punto será conocer si el

inversor prefiere una mayor certeza y reducción de riesgos sabiendo a priori lo que adquiere o si prefiere aceptar la posibilidad de protegerse por medio de las manifestaciones y garantías y reclamar bajo las mismas.⁴

También puede ser aconsejable que el comprador establezca unos niveles mínimos sobre el detalle o importes que pueden interesar, dado que con frecuencia habrá un nivel por debajo del cual no será rentable considerar determinados aspectos puesto que el coste de su investigación es más elevado que las contingencias que se pueden derivar de ellos (por ejemplo, el comprador puede decidir que sus abogados y técnicos no deben considerar ni analizar contratos con clientes de valor inferior a 6.000€, o de duración inferior a un año).

Otro aspecto a tener en consideración será el conocimiento que el comprador ya tenga del negocio y del *Target*. Así, por ejemplo, si el comprador ya hubiese sido proveedor principal o cliente del *Target* y por tanto, aquél hubiera adquirido ya un conocimiento del negocio y del *Target* (aunque fuera superficial), el inversor y la persona o la entidad que lleve a cabo la Due Diligence legal podrían acordar establecer un trabajo de *Due Diligence* con un alcance limitado: por ejemplo, en cuanto a los asuntos a ser revisados (por ejemplo se revisa la situación de las acciones representativas del capital del *Target* y algunos otros asuntos muy relevantes, pero no los contratos comerciales u otros aspectos del *Target*). Hay que abordar este aspecto con cautela debido a que el conocimiento efectivo que el comprador tenga de la empresa *Target* puede no corresponderse con el que en realidad el mismo cree que tiene, de tal suerte que debido a la asimetría de la información que ambos poseen, el vendedor actúe en ficción de una determinada situación que no se ajuste a la realidad y que el comprador asuma la misma debido a su trato habitual con la empresa a pesar de no ser cierta. Es por ello que habrá que prevenir estas situaciones y no sobrevalorar el conocimiento que se tiene respecto de la empresa a adquirir si no se disponen de datos objetivos que acrediten el mismo.

Otro criterio de la Due Diligence sería en cuanto al tiempo materia de revisión (por ejemplo se revisan sólo asuntos que hayan tenido lugar los dos últimos años: los contratos suscritos los dos últimos años, la plantilla y demás asuntos laborales correspondientes a los dos últimos años, de modo que solo se ampliaría el alcance si en estos años se encontraran contingencias).

⁴ Álvaro Arjona, José M^a y Carrasco Perera, Ángel. *Adquisiciones de empresas*. 3ª Edición, Editorial Aranzadi, 2010 pág. 223

Independientemente del conocimiento que el cliente tenga de la Target, el acento de la *Due Diligence legal* habitualmente se pone en el estudio de la titularidad del negocio y sus principales activos, relaciones o autorizaciones, así como en el estudio de las contingencias del *Target* derivadas del incumplimiento de obligaciones legales o convencionales. Así, un alcance regular de la Due Diligence Legal normalmente incluye la revisión de aspectos societarios, laborales, contractuales, de la propiedad tanto industrial como intelectual, licencias administrativas y litigios. Es necesario recordar que la preponderancia de cada uno de estos aspectos varía por cuestiones tales como el sector del mercado en el que se desenvuelve el *Target* y eventualmente el tamaño y la antigüedad esta, el tipo de negocio en que consista la operación, el conocimiento previo que posea el Cliente respecto del *Target*, etc.

1.3.- Finalidad de la Due Diligence Legal

La Due Diligence legal atiende a dos finalidades complementarias. De una parte, facilita al inversor el conocimiento de datos, de trascendencia legal, atemperando, por tanto, los riesgos de la inversión. Por otra parte, la amplitud de la información permite delimitar el campo de juego de la negociación entre las partes en la fijación de sus relaciones de cara a afrontar el proceso de compraventa de la empresa. Confirmación de la oportunidad de inversión y negociación son las dos incógnitas que pretende despejar la Due Diligence, téngase en cuenta el importante matiz que supone la “confirmación de la oportunidad de negocio” puesto que desde el momento en que el comprador decide realizar una Due Diligence Legal es porque previamente ya ha detectado una oportunidad potencial de negocio en la empresa Target y ahora, pretende confirmar este hecho. A través de esta investigación, con carácter general, el inversor, asistido por técnicos, obtiene una visión objetiva y completa de la Target. Y ello, en cualquier caso en que las relaciones tengan una cierta relevancia económica, de forma que los costes de la investigación se rentabilicen mediante la detección de los posibles perjuicios derivados de eventuales errores que causase la inversión. Este principio economicista de la revisión legal comprende todas aquellas inversiones relevantes en el mercado, desde las adquisiciones de empresas, ramas de actividad o unidades económicas, modificaciones estructurales de sociedades que determinen un cambio en la base accionarial o en el control societario, Joint-Ventures, alianzas estratégicas y tomas de participación en empresas, hasta los contratos de colaboración, distribución y de financiación.

Toda revisión técnica se orienta a ordenar y analizar la información relativa a la empresa objetivo a fin de asistir a las partes afectadas por el contrato y en especial al que la ha contratado. El resultado de la misma, en última instancia, puede determinar la resolución contractual, o bien una modificación de las prestaciones inicialmente establecidas (modificación de precios o de obligaciones). Este criterio, por otra parte, no es ajeno a la operativa del Derecho Societario. Si el socio tiene el derecho de información (art. 112 TRLSA) como mecanismo instrumental del correcto ejercicio de su derecho de voto, la investigación diligente se orienta a que el inversor obtenga un conocimiento ajustado de la realidad que sirve de base del contrato de compraventa, a la hora de delimitar las características de la empresa y su adecuación para las funciones pretendidas por el inversor.

Por tanto, como ya se ha indicado anteriormente la finalidad de la Due Diligence legal es la reducción del riesgo en la transacción de adquisición del la Target, aparece como un remedio desarrollado por la práctica contractual para procurar la efectiva seguridad en el tráfico jurídico. De este modo, la revisión procura a ambas partes un mecanismo para facilitar los términos de la negociación, aportando un esquema de trabajo común, sobre el cual sentar las bases del acuerdo final.

Es importante mencionar que el éxito de la Due Diligence, como es obvio, depende en gran medida de la disponibilidad y colaboración del empresario de la Target, ello implica que si este no colabora presentando la documentación correspondiente para acreditar las diferentes situaciones jurídicas que este manifiesta, sea porqué no dispone de ella o simplemente porqué no ha querido facilitarlos, la Due Diligence legal deberá reflejar el desconocimiento a cerca de estos aspectos. Una vez llegados a esta situación, habrá que tener en cuenta los compromisos que ha asumido el empresario vendedor respecto de la puesta a disposición de la documentación requerida por los técnicos y tener en cuenta que la falta de colaboración del empresario vendedor no hace perder su eficacia ni su finalidad a la Due Diligence, que es la de informar al comprador de las posibles contingencias con las que se puede encontrar. En este sentido y en función de las lagunas a nivel de información que se hayan detectado durante la realización de la Due Diligence, tienen que suceder dos cosas. La primera que el informe de Due Diligence refleje que no se ha podido acceder a determinada información y, la segunda, como consecuencia de la primera, tendrá que ser la traducción de esta falta de información en algún tipo de garantía prestada por el empresario vendedor en el momento de la compraventa. A parte de ello la complicación en este supuesto recaerá en determinar la garantía que debería prestar el empresario vendedor puesto que por parte del empresario comprador se desconoce

el alcance de la posible contingencia que podría resultar de la falta de información. Para ello entrarán en acción las cláusulas de Manifestaciones y Garantías prestadas por el empresario, las cuales se deberán configurar de tal manera que se refleje en las mismas una doble condición. Que el área donde no se ha podido obtener la información, está correctamente a nivel legal y a nivel de las necesidades del comprador, teniendo en cuenta las razones o motivos de este y por los cuales se ha interesado por la compra de la empresa. Y que de no ser así, el propio empresario vendedor asume el compromiso de asumir los costes derivados de la contingencia que la falta de información pudiera provocar mediante la fórmula que más le convenga al empresario comprador (rebaja del precio, resolución del contrato, indemnización, etc...)

1.4.- Aspectos diferenciales respecto de la auditoría

Llegados a este punto es importante mencionar que aspectos diferencian a la Due Diligence Legal de una Auditoría, puesto que en numerosos artículos de carácter mercantil, a menudo se entremezclan ambos términos dándoles una significación homónima que, una vez analizadas sus características individuales, es evidente que no tienen. Es por ello que es necesario deslindar ambas figuras para conocer que funciones tienen y para saber en qué ocasiones serán útiles cada una de ellas.

Podría destacarse en primer lugar el objetivo que tiene cada una de ellas, así, atendiendo a este criterio se puede observar que el objetivo que tiene la Auditoría es el de reflejar el estado de cumplimiento de una normativa de un determinado ámbito en un momento determinado. La normativa habitualmente contiene varios requerimientos de los que se deberá comprobar el cumplimiento por medio del informe emitido por un auditor. Por otra parte, tal como se ha indicado, la Due Diligence más allá de limitarse al control del cumplimiento de una determinada normativa, constituye un procedimiento de investigación más minucioso que abarca diversos campos del objeto de la misma y está enfocado a emitir una valoración de riesgos que pudieren derivarse de un análisis de la conjunción de la situación global pasada y presente del objeto analizado y de las potenciales consecuencias que este puede suponer desde la perspectiva de quien ha contratado la Due Diligence.

En segundo lugar atendiendo al proceso técnico empleado para realizar cada uno de los procedimientos, es apreciable que convergen en ambos diversas características en

común. Así, mientras que la Due Diligence constituye un proceso de investigación o averiguación documental con cierta profundidad, la Auditoría también se realiza a menudo a base de una ardua tarea de averiguación documental. Por otra parte ambos procedimientos finalizan con sendos informes finales que emiten determinadas conclusiones. Esta coincidencia de formato y la metodología del procedimiento de ambos procedimientos a menudo conlleva confusiones habrá que evitar atendiendo a los otros criterios expuestos.

En tercer lugar, si se observa el alcance temporal de ambos procedimientos de, la Due Diligence comprende un análisis el estado en el que se encuentran los aspectos que son objeto de la misma, haciendo una revisión de estos en el pasado, conformando un análisis de su trayectoria hasta llegar al estado actual e intentando hacer una estimación de los riesgos y las consecuencias que dicho estado puede conllevar, siempre desde la óptica del contratante dando así una visión mucho más global respaldada por el criterio y opinión de los técnicos que la han realizado, enfocada siempre a minimizar el impacto de los posibles riesgos en función de las necesidades de quién ha contratado la realización de la misma. Mientras que por otra parte la Auditoría una vez reflejado el cumplimiento o incumplimiento de una determinada normativa de referencia, comprenderá tan sólo el estado del objeto de la misma en el momento que esta se ha llevado a cabo sin tener en cuenta otro espacio temporal que no sea este⁵. Es evidente que en ocasiones para llevar a cabo la Auditoría será necesario realizar alguna indagación sobre documentación o de alguna situación del pasado, pero ello no debe hacer confundir sobre las notas características, la finalidad y el procedimiento habitual de la Auditoría.

Finalmente, si se tiene en cuenta su utilidad y a tenor de lo que se ha ido mencionando hasta el momento. La Due Diligence se suele utilizar en el ámbito empresarial como medio de información cualificada para formar una opinión sobre una determinada operación, y así poder prestar un “consentimiento informado”. Es por ello que, habitualmente, se suele utilizar previamente a la realización de negocios jurídicos para actuar con la debida diligencia que se exige a todo empresario ordenado y representante leal⁶. Por otra parte la auditoría, como se ha apuntado anteriormente,

⁵ En los informes de auditoría se suele reflejar que el resultado sólo comprende el estado actual del objeto auditado, no implicando dicho resultado, que el objeto de auditoría tuviera este estado determinado con anterioridad a la fecha de auditoría ni que el mismo se vaya a mantener durante un determinado periodo posterior a la fecha de auditoría.

⁶ Arts. 225 y 226 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

debido a su configuración se puede entender como una herramienta de comprobación ordinaria del cumplimiento legal del objeto de la misma. A diferencia de la Due Diligence, la Auditoría realiza una fotografía instantánea del estado de cumplimiento en que se encuentra el objeto auditado en un determinado momento para ver el cumplimiento de la normativa legal y para hacer un seguimiento del estado del objeto de la Auditoría.

La conclusión que se puede extraer de ello es que a pesar de tener estructuras muy similares y de realizar aparentemente una función similar, ambos procedimientos contienen varios matices que los hacen singulares y aplicables tan sólo para determinados supuestos donde cada uno de ellos despliega sus funciones con una mayor eficacia.

2.-Fases del procedimiento de la Due Diligence legal

El procedimiento de Due Diligence se conforma de varias fases en las cuales se cierra un círculo que se inicia con la manifestación de las necesidades a nivel de información que establece quién contrata el servicio de Due Diligence junto con los profesionales que le asesoran, a partir de las cuales se establecerán los medios necesarios para su obtención y dónde finalmente se terminará por obtener la información que se precisa. Este proceso culminará con un informe que analizará los aspectos más relevantes en relación a las informaciones obtenidas. A continuación se describen de forma sucinta algunas de las fases más importantes del proceso de Due Diligence, debido a que tan sólo se pretende, en este punto, esbozar a grandes trazas su estructura.

2.1.- Acuerdos negociales

La documentación previamente convenida entre las partes opera como criterio orientador de la actuación de los profesionales designados en su labor de comprobación. El contenido de las cartas de intenciones, de los acuerdos marco o memoranda de entendimiento, los acuerdos o cláusulas de confidencialidad y exclusividad, así como otras cartas de patrocinio del inversor, configuran el marco negociador sobre el que se asientan las bases de la verificación técnica.

Igualmente se ha de atender a las afirmaciones y manifestaciones mantenidas por el empresario en el acuerdo marco, y en sus anexos, sobre aspectos concretos en relación con las anteriores. Por regla general, las cláusulas relativas al cierre de la operación contendrán las implicaciones y relevancia de las conclusiones de los informes técnicos sobre el conjunto de la operación propuesta. Entre los aspectos a incluir entre las menciones del acuerdo marco, en referencia a la elaboración de revisiones técnicas, se encuentran por un lado, aquellos que establecen las reglas de colaboración de las partes “Investigation Covenant” y de otro, los que ordenan los criterios de implicación de los colaboradores de ambas partes en el proceso “Rules of Engagement”, el acceso a la información “Data Room” y la duración prevista de la averiguación “Interim Period”. Las reglas de implicación y compromiso del acuerdo ordenan los distintos medios a través de los cuales desarrollar la investigación.

Dentro de los acuerdos negociales, otras cláusulas regirán la incidencia de la “Due Diligence en la contratación mediante la delimitación de aquellas facetas que son

esenciales, y cuya falta o defecto puede causar la justificación a la resolución contractual “cláusulas Walk-Away” y aquellas otras que sólo originan la correlativa reducción valorativa “Bring Down”. Por último, otros pactos trasladan la responsabilidad a una u otra parte, según bien la cantidad a la que alcance las desviaciones respecto de las manifestaciones y garantías “Basket Amount” o según si la obligación de recabar se imputa al inversor o al empresario de la Target “Off-the-Hook Clause”

2.2.- El encargo profesional

La designación de las personas encargadas de realizar la comprobación se plasma en una hoja de encargo profesional “Engagement Letter”, en la que se delimitan, con carácter general, aquellos aspectos respecto de los cuales los expertos designados al efecto realizarán su actividad. Entre los puntos que deben quedar reflejados en este documento se hallan los relativos a los campos de investigación a los que alcanzará el informe legal, así como los medios a través de los cuales obtener la información necesaria para el desarrollo de su función y la forma, contenido, límites y extensión del informe.

La Legal Due Diligence, en la formulación de los informes legales, a grandes trazos, incluye unas pautas comunes de análisis. Generalmente, dentro de los distintos modelos utilizados se estructura el análisis en atención a diversas áreas de estudio, con particular atención a los distintos elementos que componen la empresa y sus características, y a las estructuras y normativas que afectan a su actividad. Tal es el caso de la distinción entre bienes materiales e inmateriales afectos, los títulos de legitimación de empresario y sus gravámenes, con especial referencia a los inmuebles y a los bienes de la propiedad industrial o intelectual. Igualmente, asumen relevancia los contratos existentes con trabajadores, colaboradores y terceros; los seguros para la cobertura de riesgos empresariales; y los litigios pendientes en relación con la actividad económica. En relación con la actividad desarrollada, la comprobación se extiende, por regla general, y sin perjuicio de otros aspectos normativos, al cumplimiento de las normas de la competencia, de medio ambiente y de las obligaciones fiscales. A pesar de ello, parece evidente que en función de la actividad y

características de la empresa, la propia actuación con la diligencia debida impondrá la intervención de especialistas en cada uno de los espacios concretos de la revisión.⁷

En todo caso, el espectro que abarca el análisis de la revisión legal depende del encargo conferido y de la complejidad estructural y operativa de la empresa. En consecuencia, se ha de estar a los acuerdos alcanzados entre cliente y profesional respecto del marco de actuación en el análisis de la empresa objetivo, a fin de delimitar las obligaciones y responsabilidades que puedan resultar de su actuación. Y ello es relevante, en cuanto la información concedida por el empresario a los profesionales designados por el inversor traslada a éstos la carga de informar, y las eventuales responsabilidades por errores en su actividad técnica o en la interpretación de los datos aportados.

2.3.- El check list

La documentación relativa a la revisión alcanza a aspectos tan amplios como los relacionados con la forma organizativa adoptada, la estructura empresarial, los sistemas operativos, y los estados financieros existentes. También abarca a toda aquella documentación y datos relativos a los distintos ámbitos de Derecho que puedan verse afectados: procesal, contractual, laboral, medioambiental, administrativo, real, fiscal, etc. Todo un elenco de materias sobre las cuales el inversor debe tomar conocimiento de posibles contingencias que puedan afectar a su inversión de forma global, o, al menos, de una forma relevante, respecto de la asunción de riesgos por la formalización del contrato en cuestión.

En cuanto a la redacción del Check List o listado de comprobación, corresponde al profesional determinar las distintas fuentes de información, que no se circunscriben necesariamente al empresario o sus colaboradores.

Determinada información puede ser obtenida directamente a través de Registros u Organismos Públicos, tales como los Registros Mercantiles y de la Propiedad, Registros de la Propiedad Industrial, certificaciones de Hacienda y de la Tesorería General de la Seguridad Social e informaciones urbanísticas y administrativas. En este caso, corresponderá al profesional comprobar la correspondencia entre los datos de

⁷ El examen de empresas industriales exigirá la participación de ingenieros respecto de la utilización de procesos de producción, para las empresas con relaciones internacionales intervendrán expertos en las regulaciones de los Estados donde se desarrolle la actividad, en servicios bancarios economistas y asesores independientes y etc...

carácter público obtenidos y la información que sea directamente aportada por el empresario. Y ello a efectos de limar contradicciones o incompatibilidades entre ambas fuentes de información.

Como consecuencia de la obligación de inscripción de determinados actos, particularmente de las sociedades mercantiles, en el Registro Mercantil, y de los distintos bienes, según su naturaleza, en los correspondientes Registros, el efecto de la publicidad registral permite al inversor la obtención de datos relevantes de la empresa o de la sociedad, sobre los cuales basar su posición negocial. Pero es que, además, respecto de los actos no comunicados por el empresario, el inversor goza de la condición de tercero de buena fe con fundamento en la publicidad derivada de los asientos y certificados emitidos por los correspondientes Registros, conforme a lo cual asegurar sus propios intereses.

Corresponde la comunicación de todos los demás datos relevantes en los ámbitos societario, contractual, laboral, administrativo, fiscal, procesal, medioambiental y de regulación de la competencia al propio empresario, o los colaboradores designados por él; y todo ello sin perjuicio de la obtención de dicha información por otros medios. A tales efectos, y dentro del preacuerdo o acuerdo marco para la negociación, se establecen las reglas para que tenga lugar la investigación. Dentro de este esquema contractual, y más allá de las manifestaciones realizadas por el empresario en relación con la empresa objetivo en el acuerdo marco o preacuerdo, la averiguación es efectuada por el inversor.

Para ello, en primer lugar, en la práctica negocial se redacta un listado de comprobación, en consideración a las características específicas de la empresa objeto de análisis. Con tal listado se entra en la fase de comprobación e información sobre aspectos concretos de la Target entre profesionales del inversor y responsables de la Target.

Los diferentes puntos de análisis y la amplitud del mismo dependerán de la modalidad de relación resultante de la operación, bien sea negocios de traslación de titularidad, bien de colaboración o de distribución. A dicho fin las exigencias de las revisiones legales se habrán de adaptar a las características tanto de la empresa objetivo, como al contrato proyectado por las partes.

Dentro de la formación de los listados de comprobación, de las informaciones obtenidas en el Data-Room (estancia de comprobación), y de otras informaciones declaradas por el empresario o sus colaboradores, la Legal Due Diligence se extiende

a diversos puntos de análisis. Con carácter general, la revisión legal parte de la comprobación de la legalidad y validez de la empresa, tanto de su punto de vista de constitución, como de la habilidad global de la misma para el ejercicio de la actividad a la que orienta sus estructuras. A lo anterior, se unen, cuando la empresa se halle organizada bajo una forma societaria admitida en Derecho, los aspectos societarios relevantes.

Con referencia a aspectos concretos de los bienes que integran la empresa, el análisis ha de atender, al menos, a los que sean esenciales dentro del conjunto, sin que por ello no se pueda hacer referencia a los restantes que tengan un valor relevante o, incluso, una comprobación exhaustiva de los elementos integrados en la organización empresarial. Para ello, se distinguen cada uno de los bienes por su particular naturaleza, características y facultades dominicales. Por otra parte, cuando el uso de los referidos bienes provenga de título distinto de la propiedad, se habrá de dejar constancia del título que corresponda. Y respecto de los contratos de arrendamiento vigentes, que autoricen el goce de bienes inmuebles, habrá de constar el contrato del cual traiga causa, con inclusión, asimismo, de las cartas o notificaciones sobre modificaciones o renovaciones contractuales.

Otro tanto ocurre respecto del análisis de los contratos empresariales, especialmente de aquellos relevantes para el desarrollo de la actividad económica, o para la adscripción de los bienes también esenciales para el desarrollo de la actividad económica. El cuestionario o el informe pueden atender, igualmente, a distintos elementos o pactos relevantes de estos contratos. En partida separada constan, en estos informes legales, por su especialidad, los contratos concertados con entidades aseguradoras, crediticias y bancarias.

Materia de particular interés es la derivada de la obtención de las licencias y autorizaciones necesarias para el desarrollo de la actividad. Dentro de este capítulo se incluyen todos aquellos requerimientos derivados de las instituciones públicas, de las normas urbanísticas o de las imposiciones en las relaciones con consumidores y usuarios, y otras normas a cuyo marco legal la empresa haya de ajustar su actividad.

Un punto que puede ser tratado en una comprobación e informe específico, o como materia separada dentro de la revisión legal, es el referido a las estructuras personales de la empresa. Junto a lo anterior suele ser también objeto de comprobación separada toda la materia fiscal. Un último aspecto relevante de la comprobación legal responde a la existencia de litigios de cualquier tipo y ante cualquier instancia que puedan

afectar, a través del empresario, como centro de imputación, al patrimonio afecto a la actividad.

2.4.- La Data Room

Respecto de la técnica de comprobación de datos, y junto a las remisiones de documentos y devoluciones de los listados de comprobación, debidamente firmados por los responsables designados por el empresario, es frecuente la introducción de la llamada cláusula de “Data Room” en el acuerdo de negociación. Esta mención, dentro del acuerdo, hace referencia a los criterios de admisión de los representantes del inversor, bien en las instalaciones de la empresa objetivo, bien en un local dentro de las instalaciones donde comprobar los documentos, realizar entrevistas, y recoger informaciones.

Dentro de los esquemas típicos de la redacción de esta “Data-Room” se introducen los criterios a través de los cuales los expertos podrán tener un acceso directo a los datos de la empresa. Y esta cláusula ha de ser redactada de forma tal que el proceso de comprobación técnica no afecte de forma sustancial a los directivos y trabajadores en la realización de sus actividades ordinarias. A dicho fin, las partes pueden, incluso, acordar los tiempos de comprobación y las personas dentro de la organización empresarial que estarán obligadas a colaborar, a estos efectos, con los expertos encargados de la revisión.

La “Data Room” o estancia de comprobación, en principio, como cláusula contractual, se refiere a la concesión de un acceso limitado, dentro de las instalaciones, a un local en la empresa, dentro del cual se puede obtener la información precisada, proceder a entrevistas y solicitar aclaraciones a los directivos y profesionales, según su ámbito de responsabilidad. También en la estancia de comprobación los profesionales pueden acceder a cuantos libros y documentos sean relativos a la actividad y organización empresarial, y tomar conocimiento, para su examen, de todos los datos y las aclaraciones y complementos que sean requeridos. De esta forma se evita que los documentos y libros, o copias de los mismos, salgan fuera de la empresa hasta el cierre de la operación.

Pero la formulación de esta cláusula de Data Room también adopta diversos contenidos. En la misma, el empresario puede introducir limitaciones a los horarios de comprobación y, en su caso, la necesidad de preaviso en el plazo que se convenga.

Dentro de las condiciones de la referida cláusula, por otra parte, el inversor puede exigir que se conceda a los profesionales por él designados la facultad de obtener un acceso “pleno”, “no sujeto a limitaciones” y “completo” a todos los documentos. Cabe, incluso, que la Data Room se extienda a todas las instalaciones, sucursales y establecimientos de la empresa. En tales casos, el ejercicio de este derecho se ha de ajustar al criterio de “razonabilidad”, que tanto predicamento tiene en la práctica contractual anglosajona, en cuanto a la necesidad de no entorpecer la operativa ordinaria de la empresa.

2.5.- El Due Diligence Report

Toda la información recogida en las investigaciones realizadas respecto de la empresa se resume en un informe o en diversos informes complementarios que han de ser presentados al mandante del encargo profesional. El mismo se ha de ajustar al contenido del encargo y a los términos que se hayan fijado. No obstante, y a los efectos de coordinación de las distintas áreas de estudio y de evitación del solapamiento de informaciones, resulta conveniente la redacción de un resumen en el que converjan los resultados obtenidos por cada uno de los expertos intervinientes en sus respectivas áreas de estudio.

De acuerdo con las bases para la investigación, el informe ha de señalar tanto los procedimientos seguidos en la obtención de datos (entrevistas, listados de comprobación y documentos y entrevistas en la estancia de comprobación) como las fuentes de la cuales se obtenga la información (Registros, técnicos, colaboradores, trabajadores, documentos y cuentas). Todo ello se ha de recopilar, de forma sistematizada, clara y comprensible, en la redacción de resultados causados por la investigación.

La primera parte del informe, que puede incorporar los anexos y documentos requeridos, suele limitarse a adoptar una forma descriptiva y referida a los aspectos más relevantes, de interés, o a los que se limite el estudio (“Executive summary”). De forma separada, el informe contiene, en segundo lugar, una parte analítica. En ella se recogen, con la misma separación que la Check-list o listado de comprobación, los distintos resultados obtenidos sobre cada uno de los puntos de la verificación realizada, con su correspondiente valoración.

Con carácter conclusivo, el técnico ha de advertir sobre si los objetivos de investigación se han podido cumplir. A este efecto será relevante la obtención de los documentos y cuentas requeridas, así como la expresión de las omisiones y defectos encontrados, y del grado de colaboración de las personas implicadas. En todo caso, se debe delimitar si los defectos u omisiones habidas pueden afectar a la operación o a la emisión del informe o si son subsanables o admisibles dentro del conjunto de la operación. De este modo se cumple con la finalidad de advertir de los riesgos implícitos, según la modalidad contractual pretendida y en consideración a la empresa objetivo, de modo similar al previsto para la emisión de sus informes por los auditores de cuentas (art. 209 TRLSA).

3.- La naturaleza jurídica de la Due Diligence

La Due Diligence aparece como una medida de prudencia, que se exige ex lege al empresario comprador en su obligación de informarse en la formación de su consentimiento. En la conjunción de intereses de las partes, la actividad esperada y común ejercitada por todo hombre prudente en la gestión de sus negocios produce un giro copernicano en la atribución de responsabilidades en la contratación mercantil. En un principio, la imputación recae, en nuestros esquemas contractuales tradicionales, fundamentalmente en el oferente o transmitente. En él incidirán las sanciones derivadas de error, dolo, lesión o las garantías legales de evicción o vicios ocultos. En la perspectiva del Derecho anglosajón, dentro del realismo que inspira su sistema, la falta de tutela exige al inversor actuar con la diligencia debida en protección de sus intereses. Surge con ello la medida, sujeta a un cierto estándar de actividad, de la diligencia debida.

Entre nuestros prácticos la adopción de fórmulas contractuales directamente copiadas de modelos externos determina una aceptación de las meritadas soluciones basadas en la necesidad de que el inversor actúe bajo los parámetros de la “diligencia debida”. Cierto es que nuestro sistema dispone de medidas protectoras des del Derecho positivo, que atenúan la necesidad de dicha *exactissima diligentia*. Sin embargo, se ha de reconocer, igualmente, que tales medidas de tutela encuentran un difícil acomodo en la referencia objetiva de la empresa, como formación estructural compleja⁸.

Ante esta perspectiva, la Due Diligence se muestra al Derecho, en primer lugar como una actividad. El proceso de la revisión técnica, se enmarca entre momentos diferentes de la contratación sucesiva, generalmente entre los acuerdos marco, que pueden adoptar una diferente terminología en función de la operación, y la documentación del cierre. En consecuencia, del modelo analítico de contratación en el que se ubican las revisiones resultan unos contratos complejos, tanto por el objeto contractual como por el iter formativo, compuestos por una serie de documentos coligados que se hallan unidos por un vínculo funcional común⁹. Por otro lado, esta

⁸ Las deficiencias en las garantías legales para acomodar la realidad jurídico-económica de la empresa fueron puestas ya de manifiesto en HERNANDO CEBRIÁ, El contrato de compraventa de empresa: (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades), Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2005, pág. 551 y ss.

⁹ DIEZ-PICAZO (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, t. I (“Introducción a la teoría del contrato”), 1993, Ed. Civitas, pág. 363) y FUBINI (“Contribución al estudio de los contratos complejos”, RDP, 1931, pág.1 y ss.) en la calificación del contrato como complejo exigen atender a los pactos establecidos entre las partes y a las características propias de cada tipo contractual y que se integran en un mismo negocio en el que se fusionan prestaciones y obligaciones propias de contratos típicos, a lo cual se ha de unir la necesidad de atender a los vínculos negociales y teleológicos.

actividad se plasma con la redacción de un informe de revisión Due Diligence Report en referencia al trabajo encomendado.

En cada instancia o fase del proceso el informe, en su extensión y contenidos se ha de ajustar al particular acuerdo del cual traiga causa. De los negocios apuntados se deduce la posibilidad de revisiones de carácter previo o básicas, revisiones “ordinarias” y revisiones de “cierre” o de “postcierre” de la operación. Sin embargo, la confusión terminológica en el *nomen iuris* de los acuerdos de los cuales nacen las revisiones no favorece una interpretación integradora sistematizada de las conductas exigibles a las partes. La mención de contratos, acuerdos, protocolos, cartas y demás documentos, de negocio, de inversión, de socios, de colaboración, de transmisión, etc... que se incorporan en sede de fusiones y adquisiciones y demás operaciones vinculadas a la empresa, dificulta la percepción de una técnica de contratación común¹⁰.

En primer lugar, la función y contenido de la revisión se deducirán, con carácter general de las cláusulas o acuerdos separados que alcancen las partes al respecto. Ello no obstante, el encargo puede adoptar otro esquema distinto, o limitarse a aspectos concretos de las reglas de comprobación pactadas con el empresario. Además, pueden presentarse encargos complementarios de otros técnicos. En todo caso, los técnicos participantes habrán de realizar su trabajo según las técnicas generalmente aceptadas dentro de su profesión.

El trabajo de revisión técnica y el informe resultante, en el marco de lo anterior por lo tanto, han de ser reconducidos a la figura de los contratos de arrendamientos de obra y de servicios que regulan los artículos 1.544 y concordantes de nuestro Código Civil. El encargo de revisión, de carácter técnico, se ha de resolver en la prestación de un servicio, desarrollo de la actividad de comprobación *Due Diligence Process*, que ha de dar como resultado una obra, el *Due Diligence Report*. Por lo tanto, en esta materia se vuelve a presentar la confrontación entre la necesidad de desarrollar una actividad también con la diligencia debida, como una obligación de medios, y el compromiso ejecutar una obra, en este caso intelectual, que genere un resultado concreto, ajustado

¹⁰ La formación contractual a través de distintas fases, compuesta por cartas de intenciones, acuerdos marco y documentación del cierre, permite, en la línea apuntada por DIEZ-PICAZO (Fundamentos.... Pág. 393) y JORDANO BAREA (“Contratos mixtos y unión de contratos”, ADC, 1.951, pág.321 y ss.), reconocer en la contratación una unidad de interés y de función que resulta de una finalidad económica común perseguida por las partes. Tal consideración, por lo tanto ha de derivar en la configuración pese a la diversidad documental y de contraprestaciones, de un único negocio jurídico complejo. El negocio jurídico resultante, se habrá de integrar, en todo caso, con las estipulaciones propias de diferentes contratos, y entre ellas, las que fijen las reglas para la elaboración de la revisión técnica.

a la realidad, y con efectos sobre la contratación ulterior referida a la empresa. En este último caso, la actividad se ha de resolver en una obligación de resultado¹¹.

El técnico se sujeta a una actividad diligente, cuyo resultado se ha de plasmar en un informe final. Pero, por otra parte, tal actividad no puede garantizar el fin propuesto desde el momento en el que se requiere de una colaboración del empresario o de sus dependientes para proceder a la función de comprobación. El cumplimiento de la obligación de colaboración a través de la comunicación de los datos requeridos por el técnico, y por éste de los deberes propios de su profesión, según los términos del encargo conferido y de su *lex artis*, ha de plasmarse en un informe. El mismo habrá de adecuarse a la realidad empresarial valorada y a sus elementos y actividades confluente. Si embargo, de ello no se puede derivar que la obligación asumida por el inversor, según un principio general de equivalencia de prestaciones, se haya de vincular al resultado de lo esperado por él. Al contrario, el informe sólo ha de reflejar las conclusiones obtenidas y su incidencia respecto de las cláusulas resolutorias, indemnizatorias o correctoras de la prestación generalmente pecuniaria., que en cada caso se haya establecido en los acuerdos y contratos. Hasta aquí llega la obligación del arrendatario de estos servicios¹².

En vista de lo reseñado, el técnico cumplirá con su obligación aun cuando del informe se desprenda que, habiendo actuado con la diligencia debida y exigible a función no cuenta con los datos necesarios, bien por causa de falta de colaboración, bien por otras circunstancias, para alcanzar una conclusión definitiva. También entonces operarán las cláusulas sancionadoras previstas en el acuerdo previo entre empresario comprador y empresario vendedor, en su caso, por incumplimiento en los deberes de colaboración en información en la fase de preparación de la operación. Por lo tanto, el contrato de revisión no puede ser reconducido a un contrato de obra en el que el técnico haya de asumir el riesgo derivado de la actividad hasta su correcta ejecución (Arts. 1.589 y 1.590 C.c.), sino que, como arrendamiento de servicios, es la actuación diligente la que legitima el derecho a los honorarios pactados.

¹¹ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II - Las relaciones obligatorias (Estudios y Comentarios de Legislación)”), Ed. Civitas, 2008, pág. 246), siguiendo a JORDANO FRAGA (“Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, ADC, 1991, pág. 5 y ss. Pág. 20) define las obligaciones de medios, frente a las de resultado, como aquellas en las que “el deudor cumple desplegando la actividad diligente (técnica o común) debida, de forma que ésta constituye en sí misma aquello que el acreedor debe obtener. La prestación ciertamente se encamina a un fin ulterior, pero la realización de éste no se compromete”.

¹² CABANILLAS SÁNCHEZ (Las obligaciones de actividad y de resultado, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, pág.95 y ss.), reconoce que en el arrendamiento de servicios resulta únicamente exigible al deudor la actuación diligente, por lo que la ausencia del resultado esperado, no supone, en rigor, incumplimiento de la obligación, mientras que en el arrendamiento de obra, el arrendatario se compromete a la obtención del resultado según los pactos alcanzados entre las partes.

A pesar de ello, hay que reconocer que dentro de la división entre contratos de obra y servicios la posibilidad de encajar contratos mixtos. En este esquema se ha de encuadrar la actividad y el informe de Due Diligence. La referencia a un informe o dictamen legal inclina la opinión al otro lado de la balanza, hacia los contratos de obra, dada la tendencia doctrinal a admitir la realización de una obra de carácter inmaterial o intelectual¹³.

En primer lugar, la regulación del Código Civil en materia de arrendamientos de servicios, resulta genérica, incompleta y obsoleta, e impone la necesidad de integrar tal régimen con los pactos contractuales establecidos por vía convencional¹⁴. La referencia al “servicio de criados y trabajadores asalariados” que se recoge en los artículos 1.583 y concordantes encuentra, asimismo, difícil encaje en el modelo contractual planeado. Otro tanto ocurre con la regulación del contrato de arrendamiento de obra. El objeto típico de este contrato se sitúa en la esfera material, en relación con los bienes muebles e inmuebles. Ello restringe la aplicación del régimen de arrendamiento de obra al informe técnico o dictamen legal, y configura el contrato de revisión técnica, como un contrato atípico, especial dentro de los citados contratos de servicio y obra¹⁵.

La remisión a los contratos de gestión y, dentro de ellos, al contrato de mandato civil, por tratarse el mandatario de un profesional independiente, tampoco arroja luz sobre esta cuestión. Si bien el carácter retribuido de la actividad y la profesionalidad exigida al técnico aproximan la relación contractual, generalmente entre el empresario y el técnico, a la figura de los mandatos mercantiles, otras notas distintivas de la relación excluyen tal calificación. En consideración a las notas distintivas de la comisión, el artículo 224 C.com exige, desde el punto de vista objetivo, que se trate de un acto u operación de comercio. Tal requisito excluye el desarrollo de cualquier actuación de carácter profesional. Lo mismo cabe decir respecto del contrato mercantil atípico de la mediación o corretaje, en cuanto el profesional no se limita a buscar o aproximar a las

¹³ SOLÉ RESINA (Los contratos de servicios y de ejecución de obras..., pág. 93) incluye en el concepto de “obra” también a la cosa incorporal autónoma.

¹⁴ TRIGO GARCÍA (Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual, Ed. Comares, Granada 1999, pág. 142) reconoce, en cuanto a la caracterización en la relación entre abogado y cliente, un contrato de servicios, pero ello no excluye que la relación, según las circunstancias del caso, pueda aparecer como un contrato de obra, de mandato o, incluso, de trabajo. Asimismo, VAQUERO PINTO (El arrendamiento de servicios..., pág. 157) en cuanto a la existencia de contratos “híbridos de arrendamientos de servicios y de obra”, con particular referencia a la medicina voluntaria o estética.

¹⁵ A ello se ha de añadir la específica reglamentación de conductas y actividades por los colegios profesionales. Al respecto, ALONSO PÉREZ (los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 51 y ss.).

partes para la conclusión del contrato, sino a realizar una mera función técnica de comprobación¹⁶.

Por otra parte, la constitución de organizaciones profesionales en la prestación de servicios difumina las líneas de separación entre la disciplina mercantil y civil. No obstante la posibilidad de encontrar soluciones normativas comunes para el empresario o el profesional, ambos planos deben mantenerse separados, y ello, tanto por la especialidad de la actividad, como por el riesgo derivado de la misma.¹⁷ Esta difícil inserción de la relación de servicios con el técnico como un contrato de gestión se pone de manifiesto a través de diferentes circunstancias. Como es sabido, con carácter general, el artículo 1.709 C.c. define el mandato como el contrato por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra. Tradicionalmente en el mandato se identifica una asunción por el mandatario de la realización de actos jurídicos para la esfera de su mandante. No sucede así en la realización de la Due Diligence. El desarrollo de la revisión técnica resulta de un mandato del empresario comprador, pero tal mandato se resuelve en una actividad material, la realización de la comprobación según los pactos alcanzados y conforme a la *lex artis* del técnico que se sujeta a sus propias reglas de actuación y no a las instrucciones del mandante tal como indica el art. 1.719 del C.c. Tampoco se produce representación alguna, por lo tanto, en la esfera jurídica, del empresario. La actuación del técnico se desarrolla únicamente en el plano material, y la obligación de colaboración del empresario, en la realización de la referida actividad comprobatoria, resulta de un vínculo contractual entre las partes, generalmente plasmado en unas reglas de cooperación y de implicación¹⁸.

No obstante, dentro de los esquemas de los contratos de servicios y de obras de carácter intelectual, el escueto régimen jurídico del arrendamiento impone que sean integrados con soluciones de otros contratos que gocen de una regulación más

¹⁶ La formación del contrato de Due Diligence se aleja, con mucho, de la concepción de comisionista a la que se refiere GARRIGUES ("Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el proyecto de reforma, RCDI, 1928, pág. 801 y ss., pág. 802), en su fisonomía moderna, como el viajante que se hace estable y el dependiente que deviene independiente. Tampoco la referencia al intermediario, recogida por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (El mandato y la comisión mercantil, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 49) encuentra encaje en relación con las funciones atribuidas a los técnicos independientes para la formación de las revisiones.

¹⁷ Sobre esta distinción entre ambos planos de la actividad económica, en atención a sus características, GARRIGUES ("Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil", RDM, 1959, pág., 1 y ss., pág. 7) alude a la necesidad de que los actos puedan ser realizados por empresas en masa, lo cual repudia la idea de inclusión de actividades intelectuales.

¹⁸ JORDANO FRAGA ("Obligaciones de medios y resultado...", pág. 10) en la línea apuntada concluye que no deben ser incluidos en el contenido de la prestación de un *facere*, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no está en manos del deudor, sino que depende de otras actividades de terceros, obligaciones que se encuadran en obligaciones de medios, en contraposición a las de resultado.

extensa. En esta tesitura, el mandato asume la posición de contrato general básico de relaciones cooperativas en los servicios de gestión. Por ello, en la ordenación de las conductas, la conveniencia de importar de *lege ferenda*, a esta modalidad de contratación resultante del encargo profesional, las soluciones de la regulación del contrato de mandato oneroso o retribuido. Por lo tanto, aun cuando el contrato resultante del encargo de Due Diligence no pueda encuadrarse entre los contratos de mandato, sino en el general de servicios, la necesidad de integración de su contenido exige acudir a las normas del mandato en cuanto resulten compatibles con las relaciones, de carácter oneroso, en el profesional y el cliente¹⁹.

En consecuencia, dentro de la prelación normativa apuntada, se ha de acudir, en primer término, a las normas reguladoras del arrendamiento de servicios. En primer lugar, el artículo 1.544 C.c., con carácter general, establece el carácter retribuido de la prestación del técnico o profesional. Por lo tanto, la referencia de dicho artículo al “precio cierto” de la contraprestación, autoriza que las partes puedan determinar los honorarios por referencia a tarifas o criterios orientadores fijados por los correspondientes colegios profesionales. En relación con ello, el nacimiento del derecho al cobro de los honorarios debidos y la consiguiente prescripción de tres años para su reclamación, según indica el artículo 1.967 C.c., requieren del cumplimiento de la actividad con la diligencia debida, de acuerdo con la *lex artis* exigible al profesional.

Por otra parte, la aplicación de los artículos 1.161 y 1.595 C.c. configuran el carácter *intuitus personae* de los arrendamientos de servicios en los que intervenga un profesional. Se ha de mantener, por ende, dicho carácter en cuanto a la prestación del servicio se vincule a los conocimientos, aptitudes y cualidades personales del profesional²⁰.

En una segunda fase, la integración del régimen jurídico aplicable a la relación entre el profesional y el cliente exige una remisión a las normas del mandato retribuido²¹. En consecuencia, el técnico deberá, en el desarrollo de su función, ajustarse al encargo, comportándose, en todo caso, con la diligencia debida (art. 1.719 y 1.714 C.c.). Ello no

¹⁹ Respecto de esta materia, TRIGO GARCÍA (Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual,... pág. 334) alude al mandato como el modelo general o, al menos, integrador de la actividad de la cooperación gestora, al cual se añade la normativa propia de la función profesional del mandatario, y reconoce la posibilidad de un concurso de contratos de servicios y mandato.

²⁰ Considera VAQUERO PINTO (El arrendamiento de servicios, Ed. Comares, Granada, 2005, pág. 175) que, con independencia de la calificación del contrato como contrato de obra o de servicios, para comprobar la diligencia el jurista en la emisión del dictamen entregado al cliente será necesario en cualquier caso, investigar escrupulosamente su actividad profesional.

²¹ La limitación analógica de las normas del mandato a los contratos de servicio exige atender su carácter gratuito, tal y como apuntan DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ (La resolución unilateral del contrato de servicios, Ed. Comares, Granada 2000, pág. 59) y VAQUERO PINTO (El arrendamiento de servicios.... Pág. 263) Así sucede respecto del reembolso de gastos y la indemnización al mandatario de los artículos 1.728 y 1.729 C.c y de la facultad de retención del mandatario del artículo 1.730 C.c.

obstante, no se ha de entender como una extralimitación al encargo conferido la realización por el profesional de actividades adicionales que puedan evitar o identificar riesgos o contingencias en relación a la empresa Target (art. 1.714 C.c.). Adicionalmente el técnico habrá de responder de los daños y perjuicios causados por la inejecución del encargo (art. 1.718.1º C.c.), y de la responsabilidad derivada por incumplimiento o el cumplimiento defectuoso, con dolo o culpa, que habrá de estimarse en relación con el carácter retribuido del encargo (art. 1.726 C.c.). Asimismo, en la participación de diversos técnicos, y salvo una separación de actuaciones, se ha de mantener una regla de solidaridad entre ellos (art. 1.723 C.c.). Por otra parte, salvo prohibición expresa del mandante y pese al carácter *intuitus personae* de la relación, se ha de reconocer al técnico la facultad de delegación del encargo. En todo caso, se ha de mantener su responsabilidad por las actuaciones e informes suscritos por sus delegados (art. 1.722 C.c.)²². Para finalizar, en la translación de soluciones del régimen del mandato a las Due Diligencies, la rendición de cuentas que señala el artículo 1.720 C.c. ha de traducirse en la presentación de informes parciales y finales que resulten de la comprobación efectuada en cada fase de la contratación, junto con la documentación que fundamente los resultados obtenidos²³. Delimitada la naturaleza jurídica de la revisión legal, y en atención a los diversos medios, de común, empleados para la obtención de informaciones y a las reglas de colaboración convencionalmente pactadas, estas comprobaciones se han de ajustar, asimismo al sustrato material de la operación. Desde la perspectiva material, en la revisión no sólo se conjugan aspectos propios de la disciplina del Derecho mercantil sino que, por el carácter multidisciplinar de la empresa, otras ramas del Derecho privado, e incluso Público, han de ser atendidas. Sólo así la revisión legal puede cubrir todas las facetas del objeto subyacente.

Por otra parte una revisión legal resulta incompleta sin la debida referencia a la finalidad perseguida y a las previsiones de riesgos que se puedan derivar de su ejecución. Pero en estos casos, la falta de sistemática en cada uno de los negocios relativos a la empresa dificulta la obtención de mecanismos comunes de actuación comercial. En unos casos, como en la emisión y las ofertas en sede de Mercado de

²² Al respecto, DALLE VEDOVE (Nozioni di Diritto d'impresa, Pádova, 2000, pág.20) señala que, dados el carácter fiduciario de la relación entre el profesional intelectual y el comitente y la preponderancia de la aportación profesional, la cooperación eventual con otros sujetos sólo puede ser admitida dentro de los límites de la compatibilidad con el *intuitu personae* que impregna la relación, si bien el profesional se puede servir de auxiliares o dependientes.

²³ En términos probatorios, justifica VAQUERO PINTO (El arrendamiento de servicios..., pág. 516) que se ha de imponer al profesional, como expresión de su deber de diligencia, la carga de haber proporcionado la información adecuada. Tal criterio encuentra también encaje en la derivación de responsabilidad a los profesionales partícipes del proceso de Due Diligence.

Valores la regulación del referido mercado impone una serie de informaciones que han de ser trasladadas desde el empresario a los potenciales inversores. En otros casos de contratación no regulada de valores y participaciones sociales y en las operaciones estructurales de sociedades en la fase previa la perfección contractual, la necesidad de dotar a la contratación de la suficiente seguridad jurídica, advierte de la conveniencia de las consiguientes revisiones técnicas.

En última instancia, esta medida de prudencia se enlaza con la del juicio de negocio “Judgement Business Rule”. En concordancia con esta regla, ala realización de previas revisiones técnicas, y s traslado a las Juntas Generales de las sociedades por los administradores, puede actuar como criterio que justifique el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador, frente a ulteriores reclamaciones de socios y terceros. En cualquier caso, sea una relación directa (empresario / inversor) o por vía de representación orgánica (sociedad/administrador), la intervención de expertos independientes, intermediarios, profesionales y técnicos, además de conferir una mayor seguridad al tráfico económico de la empresa y a los acuerdos en torno a ella, añade un nuevo centro de imputación de responsabilidades como consecuencia de su intervención en el proceso negociador particularmente en tutela del inversor.

4.- Aspectos a analizar en la Due Diligence Legal

Un elemento esencial de la Due Diligence debido a que sobre él pivota todo el resto del procedimiento es el conjunto de aspectos a analizar. Cada uno de los aspectos que conforman la empresa se seleccionará en función de la importancia que revistan para el comprador y también en función de sus intereses y necesidades en relación al tipo de empresa objeto de compra. Por este motivo se describen aquí los aspectos más relevantes, que de forma genérica, es recomendable analizar durante una Due Diligence. También se ofrecen las referencias de los preceptos legislativos de dichos aspectos en los cuales se refleja el motivo por el cual deben ser objeto de análisis.

4.1.- Aspectos Societarios

La escritura pública de constitución es el documento que nos permitirá certificar que la sociedad está debidamente constituida y de la misma siempre forman parte los Estatutos Sociales en su versión más originaria. Las modificaciones a éstos deben constar en escritura pública asimismo. Los estatutos (y las modificaciones a los mismos que puedan conocerse por medio de las escrituras públicas en que aparecen documentadas o por medio de la nota simple informativa que se obtenga del Registro Mercantil) nos permitirán conocer normalmente:

- La denominación social
- El domicilio social
- La duración
- El objeto social
- La cifra de capital social
- Las limitaciones a la libre transmisibilidad
- Estructura y funcionamiento de los órganos sociales
- La duración del ejercicio social

En cuanto a las limitaciones a la libre transmisibilidad que puedan estar vigentes deberán valorarse con vistas al cierre, de forma que se cumplan en tiempo y forma todos los trámites exigidos al efecto. Es posible incluso que el comprador se plantee una modificación del régimen establecido a estos efectos en atención a las circunstancias que existan después del cierre (por ejemplo si se pretende que la sociedad va a tener un accionista o socio único, el comprador normalmente simplificará o eliminará, este tipo de cláusulas, pero sin embargo en caso de que se

vaya a construir una Joint Venture, será común que se preste una especial atención a este tipo de limitaciones).

Los datos sobre inscripción o inscripciones en el Registro Mercantil pueden figurar en las primeras copias autorizadas de las distintas escrituras otorgadas por la sociedad e inscritas en el mismo, pero es habitual su corroboración con la nota simple informativa que se obtenga del Registro Mercantil.

Habrá que prestarse especial atención a los poderes otorgados por la sociedad, estos poderes cuando sean generales, así como las delegaciones de facultades y su modificación, revocación o sustitución deberán inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil, si bien no será obligatoria la inscripción de poderes para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.²⁴ Por ello será importante investigar que poderes han sido otorgados para tener un conocimiento exhaustivo de que tipo de actos puede llevar a cabo cada apoderado y proceder en su caso a revocar los que no procedan.

En relación con los órganos sociales, será importante comprobar las distintas normas de funcionamiento y que el nombramiento de los administradores ha sido hecho debidamente y si alguno de ellos incurre en alguna de las prohibiciones establecidas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital²⁵ (TRLSC). También será necesario conocer si el nombramiento está inscrito y si el cargo está remunerado o no ya que en el caso de los administradores de las sociedades anónimas es gratuito si no se establece lo contrario en los Estatutos Sociales y en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, esta será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos. Por lo que respecta a la duración del cargo de administrador habrá que tenerse en cuenta si el mismo sigue en vigor o no y para ello deberá observarse lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital que

²⁴ V. Art.94 del Reglamento del Registro Mercantil que contiene una descripción de aquellos actos que deben inscribirse en el Registro Mercantil obligatoriamente.

²⁵ Art. 213. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

para las sociedades anónimas deja libertad para elegir la duración máxima del cargo de administrador con el límite máximo de 6 años, con la posibilidad de reelección posterior y que para las sociedades de responsabilidad limitada establece una duración indefinida si no se establece lo contrario en los Estatutos Sociales²⁶.

En cuanto al capital social, si bien la cifra resulta de los Estatutos Sociales o sus modificaciones que deben también inscribirse en el Registro Mercantil obligatoriamente, la composición del accionariado puede haber variado con respecto a lo que resulte de la escritura de constitución u otras de aumento o reducción del capital inscritas en el Registro Mercantil, dado que la transmisión de acciones o participaciones no se inscribe en este Registro y puede resultar de documentos públicos (escrituras públicas o pólizas) o incluso de documentos privados o un simple endoso en algunos casos. Por tanto, serán la composición del accionariado o titularidad del capital social. En caso de sociedades de responsabilidad limitada o de sociedades anónimas con acciones nominativas, las inscripciones o anotaciones, practicadas en el libro Registro de Socios o en el de Acciones Nominativas pueden ser asimismo una importante fuente de corroboración. También, en caso de haberse emitido títulos, se procederá a su constatación. Es obvio que, en aquellos casos en que se trate de una transmisión de acciones, la consideración de este aspecto en cuestión será muy importante, dado que las acciones son precisamente el objeto de la transacción y por tanto, el título deberá ser cierto y no presentar dudas. Tratándose de una transmisión de acciones o participaciones, la identificación de los accionistas o socios actuales cobra especial importancia en el ejercicio de la Due Diligence legal, dado que serán éstos los que tendrán que actuar como vendedores. Es conveniente comprobar no sólo la última transmisión en virtud de la cual los vendedores devinieron propietarios o titulares del capital social, sino asimismo todas las transmisiones efectuadas desde que la sociedad se constituyó.

Las cargas, gravámenes o derechos de terceros (por ejemplo, derechos de compra) que puedan afectar a las acciones, es otro aspecto importante a considerar con relación a lo anterior. Habrá que analizar los detalles relativos a cualquier opción existente sobre acciones o participaciones, garantías y obligaciones convertibles y cualquier otro documento que conlleve la emisión o reembolso de obligaciones o acciones por parte de la sociedad compradora y analizar su legalidad y licitud de acuerdo con la normativa vigente.

²⁶ V. Arts. 217 a 222 TRLSC

Merecen especial atención las sociedades unipersonales, cuando se trate de sociedades con un socio o accionista único, habrá que constatar que la sociedad ha cumplido con la obligación que le corresponde de inscribir en el Registro Mercantil el hecho de su constitución como tal, el hecho de haber llegado a tal situación como consecuencia de un cambio en su accionariado, la pérdida de tal situación o el cambio en el socio. En este sentido también suele ser habitual constatar el cumplimiento de la obligación que tiene toda sociedad unipersonal de hacer constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.²⁷

En los casos en los que la sociedad esté obligada a nombrar auditores²⁸, habrá que comprobar que su nombramiento la aceptación por los mismos se ha hecho debidamente y que esta circunstancia está debidamente inscrita en el Registro Mercantil. El examen de las Cuentas Anuales por su parte puede ser útil para confirmar aspectos tales, como por ejemplo, que la sociedad no está incurso en causa que le obligue a reducir su capital o a disolverse y que la sociedad tiene las oportunas reservas y provisiones.

Será también objeto de comprobación el depósito en tiempo y forma de las Cuentas en el Registro Mercantil²⁹ cuando fuera preciso o la posibilidad de que se haya instado al mismo el nombramiento de un auditor por la minoría.³⁰

En esta parte de la Due Diligence, se comprobará también que la sociedad conserva adecuadamente los siguientes Libros societarios y que los mismos han sido debidamente diligenciados;

- Libro de Actas de Juntas Generales de Accionistas y Socios³¹
- Libro de Actas de Reuniones del Consejo de Administración, en su caso³²
- Libro Registro de Acciones Nominativas o Libro Registro de Socios en su caso³³

²⁷ V. Art. 13 TRLSC

²⁸ V. Art. 263 a 266 TRLSC

²⁹ V. Art. 279 TRLSC

³⁰ V. Art. 265 TRLSC

³¹ V. Art 26 C.com, si bien no tienen porqué ser el objeto de una auditoría legal, a veces se procede asimismo a la constatación de los Libros de Contabilidad que la sociedad debe llevar conforme al Art. 25 C.com. Los libros de Actas pueden ser un documento muy valioso para conocer o corroborar las principales decisiones tomadas por la sociedad.

³² Es posible que la sociedad haya optado por un sistema de administración distinto, por ejemplo: administrador único o varios administradores mancomunados o solidarios.

³³ V. Art. 116 y Art. 104 TRLSC

- Libro de Registro de Contratos entre el Accionista o Socio Único y la sociedad, si se trata de una sociedad unipersonal³⁴

Los acuerdos entre Accionistas o Socios no requieren el otorgamiento de documento público ni ser inscritos en el Registro Mercantil, pero como pactos que obligan a los socios (aunque no a la sociedad) deben ser también analizados.

La responsabilidad de la sociedad en relación con este tipo de aspectos societarios, puede ser o no sólo civil o administrativa, sino también de tipo penal y será importante igualmente valorar la posible responsabilidad (que también podrá ser de tipo penal) de los administradores de la sociedad³⁵. Es recomendable asimismo valorar la posible responsabilidad del posible administrador de hecho en su caso. Tales responsabilidades deben también ser objeto de consideración en todo ejercicio de Due Diligence. No obstante, suele ser difícil obtener información a estos efectos puesto que los administradores, que en muchos casos coincidirán con las personas encargadas de proporcionar la información que se solicite o al menos de supervisar esta labor, intentarán normalmente excluir o camuflar información negativa sobre ellos mismos o su actuación.

4.2.- Aspectos contractuales

Es importante tener en cuenta que uno de los activos básico que cualquier comprador desea adquirir normalmente es la actividad comercial de la Target, pero habrá que analizar asimismo las responsabilidades y/u obligaciones que esta actividad pueda conllevar. Por otra parte será necesario identificar desde un primer momento dónde se localizan las distintas actividades comerciales y, cuando las actividades se desarrollen en el extranjero y tengan una importancia sustancial, puede ser necesaria una investigación separada e independiente en el país en cuestión.

Es destacable la posible existencia de contratos o relaciones contractuales de tipo verbal (por ejemplo de agente o distribuidor) y analizar las posibles consecuencias u obligaciones legales que pueden dimanar de las mismas a pesar de la ausencia de estipulaciones contractuales escritas sobre las mismas. También es importante no

³⁴ V. Art. 16 TRLSC

³⁵ V. Art. 257 y ss. C.P. (de las insolvencias punibles) Art. 290 y ss. CP (de los delitos societarios) y Art. 390 y ss. del CP (de las falsedades documentales)

olvidar incluir en este estudio cualesquiera condiciones generales de contratación que pudieran existir.

Entre los aspectos que deben considerarse en los distintos tipos de contrato analizados pueden incluirse los siguientes:

- Fecha, datos de las partes y otros datos identificativos del contrato
- Objeto del contrato
- Duración del contrato
- Precio y forma de pago en su caso
- Obligaciones de cada una de las partes (ofertas de precios que puedan obligar durante un periodo de tiempo, teniendo en cuenta que algunas pueden resultar de lo establecido en la ley)
- Estipulaciones relativas a su terminación
- Estipulaciones sobre su posible cesión o cambio de control. Hay que tener en cuenta que la forma en que los distintos activos contratos se transmitirán será distinta según se trate de un a adquisición de acciones o de una transmisión de activos. En el primer caso la sociedad seguirá siendo la misma y no será necesaria una subrogación, si bien habrá que analizar con mucha cautela las cláusulas que puedan versar sobre un posible cambio de control de la sociedad. No obstante, tratándose de una transmisión de activos, el estudio debe enfocarse en el modo que debe llevarse a cabo la subrogación de una sociedad por otra en cada uno de los contratos.

Puede ser conveniente agrupar los contratos por clases cuando existen varios contratos de cada clase y explicar conjuntamente las principales características comunes a todos ellos.

4.2.1.- Contratos financieros y bancarios

En relación con estos contratos la investigación puede extenderse a aspectos tales como:

- Identificación de todo tipo de préstamos a terceros y garantías obtenidas en relación con los mismos, incluyendo separadamente préstamos a empleados (cualquier forma, por ejemplo bonos para el transporte) o accionistas o sociedades del mismo grupo o a administradores.

- Identificación de cuentas bancarias y otro tipo de facilidades obtenidas de bancos, incluyendo detalles sobre saldos, débito, instrucciones pendientes de formalizar-se, firmas de apoderados registradas, etc...
- Identificación de todo tipo de préstamos obtenidos de terceros y garantías otorgadas en relación a los mismos y estudio de sus principales estipulaciones y eficacia ejecutiva.
- Identificación de los préstamos obtenidos de otras sociedades del grupo o de administradores, empleados o accionistas.
- Estudio pormenorizado de los incumplimientos que puedan existir o que se prevean en relación con los préstamos anteriores y de la documentación o comunicaciones existente o recibidas al respecto.
- Estudio de las garantías existentes en relación con los distintos préstamos, se analizará su rango y preferencias y la existencia de comunicaciones o de otros hechos que hagan prever su ejecución o que ya están siendo ejecutadas.

4.2.2.- Pólizas de seguros

En las pólizas de seguro, un aspecto a tener en cuenta será si se pretende que el comprador siga disfrutando de los beneficios de las pólizas existentes y en vigor. En este caso, se deberán revisar cuidadosamente los acuerdos que existen y el cumplimiento de todas sus obligaciones por parte de la Target (mantenimiento de determinados seguros) así como las cláusulas relativas a notificaciones, cambio de control o titularidad, etc. En relación con lo anterior puede que exista un acuerdo de cobertura a título individual con la sociedad o puede que se trate de una cobertura resultante de una póliza global contratada por el grupo al que pertenece la sociedad. En este último caso, habrá que llegar a un nuevo acuerdo y podrán considerarse un cambio de pólizas o aseguradoras, tras una valoración de su coste y de los riesgos que se pretenden cubrir.

Se deberá tener especialmente en cuenta en relación a las pólizas de seguros, las exigencias que puedan derivarse de la normativa laboral (convenios colectivos) o de contratos suscritos por la sociedad (Contratos de trabajo, hipotecas) en cuanto a la contratación de seguros.

4.3.- Aspectos laborales

En el estudio de los distintos aspectos laborales en el ejercicio de la Due Diligence Legal, se procederá normalmente a analizar la plantilla, esto es, los trabajadores de la sociedad, contratos de trabajo, salarios y complementos salariales, antigüedad en la empresa e indemnizaciones por despido. Una fuente importante para corroborar estos datos serán los contratos escritos si los hubiera. Un análisis más completo debería incluir:

- La fecha de comienzo del trabajo actual y de otros anteriores en la misma sociedad
- Categoría laboral y breve descripción de funciones
- Salario base y complementos
- Fechas de pago habituales
- Aumentos acordados o previstos
- Horas semanales de trabajo y trato de horas extraordinarias
- Participación en cualquier tipo de planes de pensiones
- Acuerdos en beneficio de los empleados (vehículo, préstamos, seguros privados, clubes, etc...)
- Medidas disciplinarias impuestas
- Vacaciones tomadas hasta la fecha y ausencias por maternidad, enfermedad o accidente
- Pertenencia a sindicatos u otro tipo de asociaciones o comités de empresa

Será importante prestar atención a los distintos tipos de contratos de trabajo existentes (indefinidos, temporales, verbales, etc...) y se deberá estudiar su significado y las consecuencias de los mismos.

Otro aspecto importante será la revisión de los convenios colectivos aplicables y de las principales normas contenidas en los mismos, teniendo en cuenta que los contratos individuales no podrán ir en contra de lo establecido como norma imperativa

en el convenio. Será de especial relevancia hacer un chequeo del ámbito territorial y funcional y la vigencia del mismo ya que será muy útil para conocer las normas que pueden existir en particular sobre:

- | | |
|-------------------------------|-----------------------------|
| -Salarios | -Pagas extras |
| -Revisión de salarios | -Antigüedad |
| -Pagos de atrasos | -Dietas |
| -Empresas de trabajo temporal | -Horas de trabajo y jornada |
| -Contratos temporales | -Horas extraordinarias |
| -Bonos, pluses e incentivos | -Incapacidad |
| -Planes de pensiones | -Movilidad |
| -Vacaciones | |

Junto a lo anterior será relevante comprobar si existen contratos de servicios con terceros no empleados y con trabajadores autónomos y analizarlos.

Es destacable también hacer un estudio relativo a los representantes de los trabajadores y a los representantes sindicales en su caso, con las implicaciones que ello tiene respecto a su posición en la empresa (prerrogativas, potestades y etc...)

También se deberá verificar igualmente la inscripción en la seguridad social en el régimen adecuado, tanto de la sociedad como de sus trabajadores. A esto efectos suele comprobarse el documento o tarjeta que acredita la inscripción de la sociedad en el régimen correspondiente y los TC1 y TC2 correspondientes a los últimos cinco ejercicios que acreditarán la relación de trabajadores dados de alta en la seguridad social y el pago de sus respectivas cuotas. A su vez se intenta obtener un certificado que emite la Tesorería de la Seguridad Social en el cual se refleja si existen pagos pendientes por reclamaciones administrativas de este tipo, lo cual sin embargo debe considerarse adecuadamente y con precaución porque la emisión de un certificado positivo al respecto no supone una garantía absoluta de que no puedan existir liquidaciones, inspecciones y/o reclamaciones posteriores. La obligación de pago de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta

(desempleo, FOGASA y formación profesional prescribe a los cinco años contados desde la fecha en que finalizó el plazo reglamentario de ingreso de las mismas.

En cuanto a los contratos terminados (por despido o cualquier otra causa) será suficiente tener en cuenta las terminaciones o despidos efectuados durante el último año. Esto puede ser una garantía suficiente, dado que, por una parte las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescriben al año de su terminación, y por otra parte, las demandas por despido improcedente deben presentarse dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha del despido³⁶. En todo caso, cuando haya sucesión de empresa, no se extingue la relación laboral y el nuevo empresario se subroga en todos los derechos y obligaciones laborales del anterior, si bien el anterior y nuevo empresario responderán solidariamente durante tres años de las responsabilidades laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas³⁷.

Los pleitos laborales pendientes y otro tipo de disputas laborales o cualesquiera otras disputas o litigios relacionadas con lo trabajadores, sin perjuicio de que puedan estar pendientes y suponer por tanto una contingencia, ayudan a comprender el grado de conflictividad existente en la sociedad. Hay que tener en cuenta que en este sentido los plazos de caducidad que existen en los procedimientos y que pueden afectar seriamente a los mismos y, en cuanto a infracciones y sanciones, es importante señalar que, si se cometen por el empresario prescriben a los tres años³⁸ salvo en materia de seguridad social y prestaciones por desempleo en que el plazo es el anteriormente mencionado de cinco años.

Se deberán tener en cuenta otro tipo de conflictos laborales como las posibles huelgas que puedan estar previstas así como el desarrollo de los despidos colectivos que se hayan llevado a cabo o que se tengan previstos de ejecutar, así como si se han cumplido sus requisitos necesarios y si los mismos han sido impugnados por los afectados y en base a qué razones, puesto que ello puede implicar una obligación de modificación del tipo de indemnización de los afectados o incluso su readmisión en la empresa.

Finalmente deberá revisarse el libro de visitas de la inspección de trabajo de la empresa para conocer el resultado de las inspecciones realizadas en la misma, así

³⁶ Art. 103.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

³⁷ Art. 44.3 del Estatuto de los trabajadores

³⁸ Art. 4 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

como las que se estén realizando actualmente. Y se deberá comprobar que la empresa cumple con las exigencias de toda la normativa de Prevención de Riesgos Laborales que le afecta en su actividad.³⁹ La valoración del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales deberá hacerse con vistas a la finalidad que persigue la misma y teniendo en cuenta las posibles responsabilidades administrativas y sobre todo penales que los incumplimientos en este ámbito pueden conllevar.⁴⁰

4.4.- Aspectos Administrativos

Dentro de esta área, una vez obtenida la información solicitada sobre este tipo de aspectos, con base en dichos documentos se estudiará y se confirmará con las autoridades correspondientes la situación legal de la sociedad. Así sin perjuicio de que la sociedad facilite la información o documentación que pueda tener al respecto, habrá que analizar:

- El sector al que pertenece en cuestión
- Las máquinas u otros activos que utiliza
- Las obras que ha realizado o esté realizando
- Tipo de actividad que lleva a cabo

A partir de este punto se determinarán las licencias se requieren en función de las actividades que lleva a cabo, entre los que se encontrarán la Licencia de Actividad, la inscripción en el Registro Industrial correspondiente y las actualizaciones del mismo. Este último será un documento útil para conocer y corroborar la maquinaria u otros activos fijos de la sociedad dado que aparecerán identificados en estos documentos.

³⁹ V.-Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

-Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención.

-REAL DECRETO 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

⁴⁰ V. Art 307 del Código Penal (delitos contra la seguridad social) y arts. 311 a 318 (delitos contra los derechos de los trabajadores).

Entre las autorizaciones y licencias que la Target necesita en relación con la actividad que realiza se encuentra como ya hemos dicho, la Licencia de Actividad, si bien en algunos casos puede exigirse una licencia especial por la realización de actividades molestas, insalubres, nocivas y / o peligrosas o por la especial naturaleza de la actividad que se desarrolla. Además pueden precisarse permisos o licencias especiales en relación con obras que se hayan realizado o con los activos que utiliza (por un determinado tipo de maquinaria que se utiliza).

Las concesiones administrativas (por ejemplo, en cuanto al uso de agua de un río) pueden tener la consideración de bien inmueble, pero debe analizarse en este apartado de la Due Diligence el cambio de control o de titular de dicha concesión y los efectos que el mismo puede provocar en la relación.

En este apartado también se pueden incluir las subvenciones o ayudas públicas que la sociedad haya podido recibir o a las que pueda tener derecho, las cuales pueden estar sujetas a determinados requisitos: creación de empleo, mantenimiento de la inversión etc... Requisitos que un inversor no puede desconocer ya que se integran y dependen directamente de otros ámbitos de la empresa. Otro factor a tener en cuenta es que la normativa en la que se sustenta la concesión de este tipo de beneficios haya sido objeto de recurso y que por tanto el mantenimiento de la concesión de este beneficio sea incierto.

En esta parte de la Due Diligence cualesquiera licencias, autorizaciones o declaraciones que puedan ser precisas para el momento del cierre, ya sea para proceder al correspondiente cambio de titularidad (por ejemplo en un caso de transmisión de activos) ya sea con tiempo para proceder a preparar y presentar las oportunas declaraciones o solicitudes de autorización o verificación que la transacción que se pretende puede requerir en aspectos tales como la liquidación de inversión extranjera y/o nueva inversión extranjera que la misma puede suponer, la necesidad de que la operación sea intervenida por el Banco de España. Estas consideraciones no caen en la esfera de responsabilidad del Target ya que versan sobre hechos que todavía no han tenido lugar, pero en principio son acciones en el ámbito administrativo que deberá tomar el propio comprador justo en el momento de hacerse cargo de la Target, por tanto es recomendable tenerlos presentes y hacer mención de los mismos.

En el ámbito de los aspectos administrativos será conveniente tener en cuenta las responsabilidades penales que pueden surgir por la obtención fraudulenta de subvenciones, desgravaciones o ayudas.⁴¹

4.4.1.- Urbanismo y Medioambiente

Dentro del apartado de aspectos administrativos, merecen especial mención los aspectos urbanísticos y medioambientales los cuales guardan especial relevancia puesto que despliegan un haz de normas imperativas que deben de cumplir las empresas.

La certificación urbanística sobre el tipo de suelo en el que se sitúa la sociedad puede ser muy útil para asegurar que el tipo de actividad que lleva a cabo la sociedad se corresponde con los usos permitidos en el mismo. De no ser así, se podría dar el supuesto de que la Target se encontrara situada en un tipo de suelo en el que no estuviera permitido que se situara la actividad que realiza, entonces a pesar de encontrarse ya situada, la Target, ante cualquier impugnación o denuncia por parte de cualquier persona, entidad o administración invocando la incompatibilidad de los usos del suelo con dicha actividad, esta, debería abandonar dicho suelo con todos los inconvenientes que ello conllevaría (sanciones económicas, cese temporal de la actividad hasta el traslado definitivo a la nueva ubicación y etc...). Habrá de tenerse en cuenta que aunque tengamos una actividad situada en un suelo, si el mismo no permite como uso dicha actividad, la misma podrá ser objeto de denuncia por cualquier interesado en sede judicial, conllevando ello, la más que probable retirada de la actividad de dicho suelo con las consecuencias que ello supondría para el inversor. No siempre existe un PGU⁴² aprobado y a veces hay que remitirse a las ordenanzas aplicables. En todo caso, dada la variabilidad de este tipo de normas, es importante comprobar o hacer las pertinentes consultas sobre cualquier proyecto que pueda existir de modificar la normativa urbanística vigente.

En cuanto a los aspectos medioambientales en adquisiciones de naturaleza industrial la existencia de una gestión medioambiental adecuada es otro factor clave por las importantes responsabilidades y contingencias que esta área puede suponer. Se trata de asegurarse de que no existe contaminación (de cualquier tipo, no solo atmosférica)

⁴¹ V. Arts. 308 y 310 bis del Código Penal

⁴² Plan General de Urbanismo

en el suelo en el que se desarrolla la actividad social, así como que dicha actividad no está tampoco contaminando el suelo o tierras colindantes o vecinas. Entre los aspectos a considerar puede evaluarse:

- La emisión de humo
- La emisión de polvo
- La emisión de ruido
- El vertido de aguas residuales de la actividad

A parte, deberá de investigarse y valorarse si la actividad es molesta, insalubre, nociva o peligrosa y si las medidas de correctoras adoptadas o declaraciones presentadas al efecto concuerdan con la actividad realizada y son efectivas. También se deberán tener en cuenta el tipo de sustancias o materiales peligrosos o nocivos que puedan afectar a la salud humana: lubricantes, productos químicos, productos radioactivos, etc... O la existencia de asbestos (amiantos) de cualquier tipo en los edificios o instalaciones. Otro factor importante a chequear son las posibles fuentes de contaminación como pueden ser tanques de almacenamiento subterráneo (en uso o abandonados) y el tipo de sustancias que contienen.

Se deberá valorar la aplicabilidad de la Ley 16/2002, de 1 de Junio de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (desarrollada por el Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de dicha ley) y la exigibilidad de la Autorización Ambiental Integrada para determinadas actividades.

La función de la Due Diligence Legal consistirá en este ámbito en comprobar el cumplimiento con la normativa medioambiental así como la existencia y vigencia de los permisos necesarios al efecto, y en estudiar las implicaciones legales de los distintos riesgos o contingencias medioambientales que se puedan identificar, para lo cual habrá que contar, en empresas en que este área tenga al menos una relativa importancia, con la asistencia de otro tipo de expertos (ingenieros, técnicos, etc...) que lleven a cabo una auditoría medioambiental de naturaleza técnica que pueda actualizar, contrastar o completar cualquiera de las auditorías medioambientales recientemente llevadas a cabo en la relación con la sociedad.

Será necesario conocer asimismo, si la Administración ha realizado notificaciones o comunicaciones, así como algún procedimiento sancionador abierto o potencial, litigios

o demandas en curso o potenciales, quejas y reclamaciones presentadas por terceros en relación con este tipo de aspectos.

Es aconsejable llevar a cabo una investigación sobre el uso, tanto presente como pasado, del suelo en el que se sitúa la sociedad y del suelo de las fincas vecinas. La existencia de controles y limitaciones de tipo medioambiental es un beneficio propio de la normativa contemporánea, pero los efectos medioambientales que la industria en su origen pudo provocar y que no estuvieron sometidos a ningún tipo de control en aquel momento pueden seguir sin embargo subyacentes en el suelo en cuestión y ser una importante fuente de contingencias. Este tema es importante, dado que la utilización o vertido de los mismos tiene importantes limitaciones legales y está sujeta a autorizaciones. Entre ellas, por ejemplo, habrá que valorar el tipo de residuos y es importante que el gestor de residuos al que se entreguen en su caso esté debidamente autorizado.

Para valorar los plazos de prescripción en esta área, deberá distinguirse una vez más entre las responsabilidades que puedan existir de tipo civil, de tipo penal y de tipo administrativo. En cuanto a responsabilidad civil el problema en este caso, en temas medioambientales suele ser la determinación del *dies a quo*, dado que con frecuencia suelen existir daños latentes o que se ponen de manifiesto en un momento posterior al cierre y por tanto, no se puede resolver este problema limitando la responsabilidad por este tipo de contingencias a un año después de la fecha de cierre. En cuanto a la responsabilidad penal que se pueda derivar de temas medioambientales, pueden tenerse en cuenta como posibles delitos a considerar en esta área, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente que se encuentran recogidos en el artículo 325 y siguientes del Código Penal en el Capítulo III del Título XVI del Libro II y los delitos contra la salud pública que se encuentran recogidos en el artículo 359 y siguientes del Código Penal en el Capítulo III del Título XVII.

4.5.- Litigios

Otro aspecto relevante de la Due diligence Legal, responde a la existencia de litigios, de cualquier tipo y ante cualquier instancia, que pueda afectar, a través del empresario, como centro de imputación, al patrimonio afecto a la actividad. Este apartado ha de analizar tanto el historial de reclamaciones y responsabilidades asumidas en el desarrollo de la actividad, como el estado de los litigios existentes en el

momento actual. Conforme a ellos, los técnicos en su informe, habrán de valorar los riesgos de posteriores reclamaciones basados en causas similares, y la estimación de los costes que la imputación de responsabilidades puede generar. En primer término, los técnicos han de atender a toda la documentación de la que, por el análisis de los anteriores apartados de la revisión legal, puedan derivarse eventuales responsabilidades. En el estudio adquirirán particular relevancia las garantías concedidas a favor de terceros, por cuanto la exigencia de su cumplimiento pueda implicar la ejecución de patrimonio empresarial.

Mención específica del informe legal debe ser la existencia de litigios o controversias de cualquier tercero como consecuencia de la actividad empresarial o respecto de los bienes adscritos a la misma. Dentro de esta información debe constar la existencia de resoluciones provisionales o firmes. A efectos aclaratorios del esquema de trabajo debe comprender el objeto o *petitum* de la *litis*, nombre de las partes y posición procesal, jurisdicción e instancia y estado, en su caso, del procedimiento sub iudice. En cada una de las materias de las cuales se puedan deducir responsabilidades patrimoniales por el ejercicio de las correlativas acciones, legales el experto deberá de verificar el estado de las ejecuciones y embargos, tanto provisionales como definitivos sobre bienes de la empresa, como medio compulsivo para la satisfacción del favorecido por la medida o resolución adoptada. En tal caso se ha de hacer mención a los bienes sobre los cuales recae la ejecución, o la solicitud o inscripción de embargo.

En vista de ello ha de incorporarse al listado de comprobación la valoración del técnico relativa a las potenciales reclamaciones y las responsabilidades derivadas de una eventual resolución estimatoria de la pretensión. La clasificación de las reclamaciones judiciales se habrá de ajustar a las que, de cualquier modo, afecten a la titularidad de bienes esenciales para la actividad o declaren ajustada a Derecho la resolución de contratos, también esenciales para la actividad junto a la verificación anterior, la revisión puede, de forma paralela a la técnica utilizada en otros apartados, comprender únicamente el análisis de los litigios de los cuales en virtud de las pretensiones de la contraparte resulte la solicitud de resarcimiento de carácter económico superiores a una determinada cantidad⁴³.

En el caso de sometimiento de las cuestiones anteriores a arbitraje, la descripción se habrá de trasladar a su clase, estado y laudos en su caso, emitidos y recursos aplicables o planteados. Por otra parte, la intervención de los órganos de la

⁴³ Tal cantidad habrá de ser previamente fijada por las partes en la contratación y por debajo de ella se ha de entender que el inversor acepta los riesgos inherentes al normal desarrollo de la empresa y su existencia, aún sin su conocimiento, no afecta a la conformación negocial de la Target.

Administración y la instrucción de expedientes administrativos impone la necesidad de su comprobación, resumen de su contenido y resoluciones emitidas especialmente cuando las cuestiones quedan sometidas a resolución de tribunales u órganos administrativos independientes (por ejemplo jurados de expropiación). Al igual que en otros procedimientos el técnico encargado habrá de destacar el contenido de los fallos y los recursos aplicables, y la posibilidad de su interposición o la firmeza de los acuerdos⁴⁴.

En la delimitación de las responsabilidades derivadas de las relaciones empresariales, el estudio no sólo se ha de detener en las controversias pendientes o pasadas presentadas ante los Tribunales y órganos administrativos. Como media previsor, la revisión comprenderá, igualmente, cuantas reclamaciones extrajudiciales hayan realizado los terceros, y de las cuales puedan resultar posteriores procedimientos judiciales o arbitrales. Y esto tanto si el empresario asume una posición pasiva como si ostenta una legitimación activa para el posterior ejercicio de las correspondientes acciones legales.⁴⁵

En todo caso, si bien en la revisión de los procedimientos judiciales y arbitrales se han de analizar las posiciones de las partes a través de los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda y en la contestación a la demanda y demás escritos de parte, con anterioridad a estas circunstancias y ante reclamaciones extrajudiciales, el técnico habrá de revisar cuanta documentación haga referencia a las relaciones entre las partes que den origen a esta reclamación. La recopilación de datos al respecto incluye, asimismo, los documentos internos resultantes con auditores, contables, u otros empleados sobre los hechos relacionados, así como las comunicaciones relativas a dichas reclamaciones o procedimientos.

En relación con el apartado relativo a los contratos de seguro concertados los expertos han de valorar, igualmente, si los procedimientos o reclamaciones judiciales o extrajudiciales se hallan asegurados mediante las correspondientes pólizas que cubran las eventuales responsabilidades. De esta forma, han de evaluar si el

⁴⁴ Dentro de esta materia se incluyen aquellos expedientes relativos a expropiaciones que afecten tanto a la empresa en su conjunto como a bienes inscritos funcionalmente a la actividad. A tal fin, la revisión atenderá a las comunicaciones (actas de ocupación) y trámites de audiencia concedidos a los interesados.

⁴⁵ En relación a este esquema, e informe ha de señalar el cumplimiento de las formalidades exigidas para el requerimiento a la contraparte respecto a obligaciones por ella asumidas (títulos ejecutivos del Art. 517.2 LEC y Art. 50 y ss. C.com) Igualmente tienen trascendencia, las notificaciones efectuadas por las partes que, como requerimiento extrajudicial permitan la interrupción de la prescripción de acciones con la necesaria distinción en cuanto a plazos y la admisión de este medio, entre las obligaciones civiles y las mercantiles (Cfr. Art. 1.973 y concordantes del C.c. con el art. 944 y ss. del C.com).

aseguramiento de de siniestros puede anular o, en su caso, mitigar el impacto de una resolución desfavorable sobre el patrimonio empresarial. Por ello, acaecido el siniestro y comunicado a la entidad aseguradora, cobran relevancia todas aquellas contestaciones por las cuales aquélla deniegue la cobertura del daño y la indemnización resultante o la acepte hasta un determinado límite.

4.5.1.- Procedimientos relacionados con la actividad

En la línea de los criterios generales apuntados, el apartado dedicado a los litigios y obligaciones ha de atender también, a los distintos ámbitos de los cuales pueden resultar eventuales responsabilidades imputables al empresario, y recayentes, en última instancia, sobre el patrimonio empresarial. Entre los distintos aspectos que afectan a la responsabilidad empresarial y como extensión a otros apartados de la Due Diligence Legal, una primera materia a tomar en consideración, respecto de controversias pasadas, actuales o previsibles, afecta la responsabilidad derivada de los productos elaborados o distribuidos por la empresa.⁴⁶

Otro sector de la actividad y de la regulación que requiere de análisis específico, por las implicaciones que entraña, es el relativo a las reclamaciones y procesos pendientes relativos al Derecho del Consumo. La relación, siquiera indirecta, con consumidores y usuarios, por causa de la intervención en el proceso productivo, extiende la responsabilidad con ellos en esta materia. A tal efecto, se ha de partir de la atribución de responsabilidades y garantías que establece la regulación para, con fundamento en ellas, comprobar el estado de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales pendientes de resolución y valorar las conductas que puedan originar infracciones sancionadas con multas e incluso, con el cierre temporal del establecimientos (Vid. Art. 51 y ss. del TRLGDCU).

De forma complementaria y cuando el empresario utilice, de cualquier forma, condiciones generales en su contratación con consumidores y usuarios queda sujeto a la interposición de acciones de cesación, retractación y declaración, según los casos. Por otra parte, respecto de esta materia se ha de atender, en la revisión legal-

⁴⁶ Dentro de este campo se ha de atender a las reclamaciones habidas por vicios o defectos en los productos, las indemnizaciones o reembolsos atendidos como consecuencia de los anteriores, en incluso, en última instancia, las retiradas de productos y, en su caso su reemplazo (Vid. Los límites de la responsabilidad y la compatibilidad con las acciones de la responsabilidad civil del artículo 128 y ss. del TRLGDCU)

procesal, al amplio margen subjetivo concedido en la legitimación activa (asociaciones de consumidores o de empresarios, Cámaras de comercio, colegios profesionales) en la legitimación pasiva, según el tipo de acción ejercitada. En todo caso, al comprobación de los litigios pendientes exigen que el técnico evalúe aunque sea de manera provisional, las consecuencias económicas que, en forma de multa pueden repercutir en la Target, (Vid. Art. 12 y ss. de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación).

La Due diligence tiene en relación con el apartado relativo a los contratos empresariales, que señalar las reclamaciones con o de clientes, proveedores y competidores. Para ello, resulta conveniente partir de la tradicional clasificación entre las relaciones contractuales y extracontractuales, y respecto de estas últimas, apuntar la protección dispensada al empresario o la conducta exigida al mismo por su actuación en el mercado. En primer lugar, y en vista de las relaciones contractuales con clientes, proveedores y otras empresas, los técnicos habrán de verificar el cumplimiento de las respectivas obligaciones de las partes, las notificaciones habidas entre ellas y las garantías y cláusulas penales introducidas para eventuales incumplimientos. La valoración de las responsabilidades por incumplimientos ha de desprenderse de las indemnizaciones previstas de la aplicación de las reglas generales de derecho para la determinación de su cuantía (Art 1.106 y concordantes del C.c.). Desde perspectiva distinta, la regulación del mercado introduce diferentes sanciones respecto de la actuación de los empresarios concurrentes contraria a sus disposiciones. En consideración a aquellas regulaciones, los expertos han de exponer la aparición pasada, actual o previsible, de reclamaciones derivadas de incumplimientos de las normas de la Competencia.⁴⁷

⁴⁷ En cuanto a las reclamaciones derivadas de la regulación de la Competencia desleal, se ha de atender al *petitum* de las demandas basadas en acciones derivadas de su regulación, y que interesen según los supuestos de hecho, la declaración de deslealtad, la cesación del acto y remoción de sus efectos, rectificaciones y, en su caso, el resarcimiento de daños y perjuicios o un enriquecimiento injusto (Vid. Art. 18 y ss. de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal). Igualmente respecto de resoluciones administrativas o jurisdiccionales en materia de Defensa de la Competencia, respecto de las resoluciones de cesación de actos y remoción de sus efectos e imposición de multas sancionadoras y coercitivas y de condiciones y obligaciones estructurales o de comportamiento, entre otras medidas (Vid. Art. 61 y ss. de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en relación con el Art. 53 y ss. y arts. 47 y 48 de la misma Ley con relación al contenido de las resoluciones y los recursos). También se habrá de verificar la existencia de reclamaciones con base en la regulación de la publicidad de productos y servicios. De forma similar, la comprobación habrá de atender al ejercicio de acciones de cesación o rectificación por los afectados, con referencia a los posibles contenidos de una sentencia eventualmente estimatoria que exija la supresión de los elementos publicitarios ilícitos, ordene la cesación o prohibición definitiva de las publicaciones, o introduzca medidas correctoras o nueva publicaciones (Vid. Art. 25 y ss. de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, general de la publicidad).

4.5.2.-Procedimientos relativos a bienes

Dentro de los distintos elementos integrados en la organización cobran una especial significación los bienes de la propiedad industrial y los signos distintivos utilizados, En consecuencia, las reclamaciones relativas a ellos, bien a su titularidad o por los derechos que confieren, particularmente ante violaciones a su uso exclusivo, son materia obligada en el presente apartado. En primer lugar por lo que hace referencia a la utilización de patentes y modelos de utilidad por el empresario, la regulación otorga una tutela específica al derecho a la patente mediante el establecimiento de acciones de tutela en favor de su titular. Además del régimen general, la comprobación ha de verificar que, ante violaciones de derecho de la patente no prescritas, el empresario ha ejercitado acciones tendentes a solicitar la cesación o prohibición de los actos ilícitos; la indemnización de daños y perjuicios, en referencia al daño emergente y lucro cesante, tanto por responsabilidad objetiva como culposa; el embargo de objetos y medios de producción; y en su caso, la publicidad de la sentencia condenatoria (Vid. Art 62 y ss. Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad). Dentro del estudio del procedimiento pendiente y de la fase procesal en que se encuentre, la comprobación ha de atender tanto a la legitimación activa como a la pasiva de las partes (Vid. Art 63.3 LP respecto de los intermediarios en cuanto a la legitimación pasiva y los concesionarios de licencias exclusivas para la activa, Art. 124 LP)⁴⁸.

En concordancia con lo anterior se ha de estar, de igual modo, al particular régimen de protección dispensado a los diseños industriales registrados e integrados a favor del empresario de la Target. En adición a la facultad de ejercicio de acciones civiles o penales por violación del derecho del diseño registrado, se ha de atender a las pretensiones basadas en la regulación específica del diseño industrial.⁴⁹

⁴⁸ En su caso, la Due diligence legal se ha de referir, igualmente, a las solicitudes y concesión de diligencias de comprobación de hechos y de medidas cautelares, y su alcance, entre las cuales se pueden encontrar la cesación o prohibición de los actos la retención y depósito de objetos y de productos, afianzamiento de eventuales indemnizaciones, y anotaciones registrales (Vid. Arts. 123 y ss. LP).

⁴⁹ En relación a los litigios sobre esta materia, se ha de atender a las demandas referidas a la cesación, prohibición de los actos y retirada de los productos; a indemnización de los daños y perjuicios sufridos; el embargo o la destrucción de los medios y la destrucción o cesión , con fines humanitarios, de los productos; y la publicación de la sentencia condenatoria, a costa del infractor, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas (Vid. Art 52 y ss. de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial). En cuanto a la legitimación pasiva se habrá de estar, igualmente, a la participación de multas coercitivas, entre otros aspectos relevantes del procedimiento pendiente y

Además de los derechos reconocidos a bienes de la propiedad industrial susceptibles de registro y la especial tutela de la que gozan, se tendrá que analizar también las reclamaciones existentes, tanto respecto de secretos empresariales mantenidos en la esfera empresarial, como por la violación de secretos ajenos. A tal fin han de prestar atención a la concurrencia de hechos que afecten a actos de la competencia desleal y a los procedimientos que de tales conductas se deriven. Otro marco de regulación en relación con los bienes inmateriales es el relativo al ámbito de protección concedido a los bienes de la propiedad intelectual, sin perjuicio de otros ámbitos de tutela de estos derechos (Art. 270 C.P.).

En un segundo extremo, la comprobación de reclamaciones y litigios pendientes de resolución firme o de ejecución, provisional o definitiva, respecto de los bienes inmateriales exige prestar atención a las normas reguladoras de los signos distintivos. En este aspecto, además de la protección general dispensada por las normas civiles y penales (Art. 274 C.P.), se ha de prestar particular atención a las acciones de cesación, prohibición y retirada de objetos y documentos; acciones de indemnización de los daños y perjuicios, derivadas del daño emergente y del lucro cesante; acciones de destrucción o cesión con fines humanitarios de los productos o de atribución de su propiedad; y la publicación de las sentencias a las personas interesadas (Art. 40 y ss. de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).

4.5.3.- Órdenes Jurisdiccionales y procedimientos concursales

Junto con la relación de reclamaciones y litigios pendientes sobre bienes empresariales o sobre aspectos relacionados con la actividad empresarial, en referencia al mercado también han de ser sistematizadas y analizadas las reclamaciones y los litigios laborales y con colaboradores. La distinción entre la jurisdicción laboral y civil configura el régimen de la ley procesal aplicable (Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). Otro tanto ocurre respecto de los llamados delitos económicos por lo que la revisión del estado del pleito ha de ajustarse a los trámites de la ley de su procedimiento (Ley de Enjuiciamiento Criminal). A estos efectos deberá hacerse un resumen de los diferentes documentos y resoluciones, denuncias, querellas, sumarios, declaraciones, informes periciales, conclusiones, calificaciones y demás autos

demás normas procesales aplicables a las patentes compatibles con la regulación del diseño para la extensión de la legitimación pasiva (Vid. Art. 53.3, art. 54 y art. 56 y D.A. 1ª LPJDI)

resoluciones, por parte de los expertos y se deberá prestar especial atención a los delitos siguientes:

- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: estafas, insolvencias punibles, delitos societarios, delitos referentes al mercado y consumidores y delitos referentes a la Propiedad Intelectual e Industrial. Recogidos en el Art. 248 y ss. C.P.
- Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, recogidos en el Art. 305 y ss. C.P.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores, recogidos en el Art. 311 y ss. CP
- Delitos contra la ordenación del territorio y sobre el patrimonio histórico y el medio ambiente, recogidos en el art 319 y ss. C.P.
- Delitos contra la seguridad colectiva: estragos, incendios, salud pública. Recogidos en el Art. 341 y ss. C.P.
- Delitos por falsedades, recogidos en el Art. 395 y ss. C.P.
- Delitos contra la Administración Pública: cohecho, tráfico de influencias. Recogidos en el art 419 y ss. C.P.

A la vista de la calificación del delito, la Due Diligence habrá de evaluar las distintas sanciones penales, con inclusión de eventuales responsabilidades civiles, multas u otras penas accesorias que se pudieran resultar de la sentencia condenatoria (Art. 32 y ss. C.P.)

En otro orden, los efectos patrimoniales resultantes de estados concursales pueden afectar a la Target en diferentes sentidos. En referencia al sujeto afectado, el empresario puede asumir la posición del deudor o de acreedor del procedimiento concursal. Por otra parte, de resultas del concurso, la empresa puede, en última instancia ver liquidado su patrimonio, o sufrir un cambio de titularidad como consecuencia de la aprobación de un convenio. En la apreciación de las posibilidades con las que se pueden encontrar los técnicos que realicen la Due Diligence y en relación a la complejidad de la materia y su incidencia respecto de la empresa objetivo requiere una valoración apropiada de los efectos del procedimiento respecto de:

- La adopción de medidas cautelares previas a la declaración de concurso (Art. 17 L.C.)
- La publicidad de las resoluciones (Art 21 L.C.)
- Intervención de los administradores concursales (Art. 27 y ss. L.C.)

- Efectos de la declaración de concurso en la persona del deudor, los acreedores y los contratos. (Art. 40 y ss. L.C. y Art. 61 y ss. L.C.)
- Determinación de la masa activa y la masa pasiva (Art. 76 y ss. L.C. y Art. 84 y ss. L.C.)
- Ordenación de créditos (Art 89 y ss. L.C.)
- La fase de convenio o la apertura de la fase de liquidación (Art 98 y ss. L.C. y Art. 142 y ss. L.C.)
- La clasificación del concurso (Art. 163 y ss. L.C.)

Un primer aspecto relevante será el relativo a los pronunciamientos del auto declarativo del concurso, con indicación de su carácter voluntario o necesario, que contendrá el nombramiento de los administradores concursales y los efectos sobre las facultades del deudor y la adopción de medidas cautelares para asegurar el patrimonio. Habrá que analizar también las restricciones dispositivas impuestas a la Target y a su empresario para dilucidar si las mismas tienen una incidencia limitada a los actos propios de la actividad ordinaria propia del deudor-empresario según criterios de mercado o si ello supone el cierre o suspensión temporal de la empresa, oficinas y establecimientos.

Desde otro prisma ha de contemplarse en la Due diligence cuando el estado concursal afecte a un tercero respecto del cual el empresario tenga un derecho de crédito. En tal caso, la misma habrá de atender a su integración en la masa pasiva del concurso y a los efectos sobre sus créditos en particular (Art 49 y ss. L.C.). Igualmente cuando tales créditos deriven de contratos en vigor entre las partes, se tendrá que valorar, en primer lugar, la posibilidad de resolución unilateral basada en las prescripciones legales, bien en los pactos lícitos que prevean la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación. Cabe mencionar que también cabe la posibilidad del mantenimiento de la relación contractual cuyas prestaciones se realizarán con cargo a la masa, o las eventuales resoluciones contractuales autorizadas por el juez del concurso, con indicación de las restituciones e indemnizaciones que procedan (Art 61 y ss. L.C.).

Por otra parte la Due Diligence legal del Target en concurso exige la comprobación de su incidencia en los contratos laborales, tanto respecto de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, como respecto del personal de alta dirección. Igualmente habrá de ser revisadas las actuaciones de la administración concursal

tendientes a la rehabilitación de créditos y de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado y la enervación de acciones de desahucio anteriores.

4.5.4.- Procedimientos derivados de la adquisición de la empresa

Fuera del ámbito material de la comprobación de los litigios en que pueda estar inmersa la Target, corresponderá a los técnicos del comprador evaluar las responsabilidades que la propia adquisición pueda causar, y los litigios que, a su vez, puedan originarse de su formalización o ejecución. En tal sentido, habrán de valorar los perjuicios que la misma pueda irrogar a terceros que, bien ostenten facultades sobre los bienes afectados, o bien mantengan relaciones con la empresa por su actividad o por su integración en la organización. Asimismo, la adopción de medidas asociadas a la inversión se puede resolver en posteriores controversias con las personas afectadas por estas, que deben ser debidamente apreciadas y evaluadas por los técnicos que realicen la Due Diligence.

Junto con las garantías manifestadas por el empresario, los profesionales han de prever los riesgos e incidencia en la contratación por la aparición de posibles contingencias o pasivos sobrevenidos tras el cierre de la operación, pero con origen o a causa anterior a dicha fecha. Como complemento de estas garantías, corresponderá a los técnicos evaluar, con base en toda la información facilitada, si de la misma resultan indicios o hechos de los cuales puedan inferirse posteriores litigios u otras solicitudes de responsabilidades todavía no reclamadas. Como en otros puntos de la Due Diligence, es frecuente limitar, por vía convencional, la asunción de responsabilidad del empresario a aquellos pasivos o contingencias que excedan de una determinada cantidad económica. Acepta, de este modo, el inversor que aquellos pasivos que no alcancen este límite pactado, habrán de ser por él asumidos como consecuencia de la normal operativa y riesgos inherentes a la actividad.

5.- La confirmación de la información no documentada y la confirmación u obtención de los datos en registros u organismos públicos.

Una vez que el inversor ha analizado el contenido de los datos facilitados por el vendedor, es normal que aquél proceda a generar nuevas preguntas y solicitudes, tanto sobre documentos no suministrados a los que se hacía referencia en los datos facilitados, como sobre situaciones o hechos o confirmaciones sobre algunos aspectos que no han quedado claros o totalmente claros. Es muy frecuente que existan limitaciones de tiempo al respecto tanto para el inversor como para el empresario vendedor y también es habitual que muchas de las respuestas este tanto a las preguntas o cuestionarios iniciales como a los complementarios se hagan de forma verbal. En estos casos los abogados o profesionales que lleven a cabo la Due Diligence no deberán olvidar advertir de que esta información se ha recibido sólo verbalmente y cada una de las partes deberá valorar la conveniencia e interés que pueda tener que dichas respuestas queden incluidas como manifestaciones y garantías o como excepciones a las mismas. Además de dichos datos, confirmaciones o documentos adicionales que se puedan obtener del vendedor, las partes pueden acordar que el comprador quede facultado para conseguir, por si mismo o bien con la colaboración de la sociedad objeto o del vendedor cuando sea necesario más información entre las que se destacan: Informaciones del registro mercantil o del registro de la propiedad, informaciones sobre los derechos de propiedad industrial, certificaciones o información de Hacienda, certificaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, informaciones de tipo urbanístico, información de tipo administrativo e información de otros posibles registros o fuentes. Por otra parte existen determinados documentos que pueden acreditar la situación de la empresa en ciertos ámbitos y que se pueden obtener sin necesidad de acuerdo con el empresario vendedor, simplemente con que los técnicos que realizan la Due Diligence en nombre del empresario comprador puedan acceder a los registros, organismos o entes públicos necesarios será suficiente para obtener esta información.

5.1.- Información del Registro Mercantil o de del Registro de la propiedad

La solicitud de información -notas simples informativas- sobre la sociedad al Registro Mercantil en que la misma se halle inscrita -el correspondiente a su domicilio social- y sobre los bienes inmuebles o fincas al Registro de la Propiedad correspondiente al lugar donde se hallen situadas. La nota simple informativa, si bien no supone la misma garantía de exactitud y de acreditación fehaciente del contenido de los asientos que una certificación, puede ser un instrumento suficiente a los efectos de realizar una auditoría legal, especialmente para contrastar el contenido que resulte de la misma con los datos y documentos facilitados por el Target⁵⁰.

La solicitud de notas simples informativas puede ser de todo o parte del contenido de los asientos inscritos en el Registro y suele poder solicitarse por fax. Algunos Registros se resisten todavía a enviar esta documentación con carácter urgente aún cuando el solicitante esté dispuesto a correr con los correspondientes gastos y siguen exigiendo que se les haga un giro postal adelantando el importe correspondiente antes de remitir la información y esto puede suponer una demora importante en procesos de Due Diligence con tiempo limitado. Afortunadamente hoy en día es posible en numerosos Registros acceder desde Internet al contenido de los mismos

⁵⁰ V. arts 77, 78, 79 y 80 RRM, arts 22 a 237 LH y arts 332 a 352 RH

-Art.77 RRM: **2.** La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro.

-Art.78 RRM: **1.** La nota simple informativa, de todo o que parte del contenido de los asientos del Registro, se expedirá por el Registrador con indicación del número de hojas y de la fecha en que se extienden, y llevará su sello.

-Art. 332 RH: **4.** La manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación, mediante el tratamiento profesional de los mismos, de modo que haga efectiva su publicidad directa al interesado, asegurando, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o tele vaciado. En cada tipo de manifestación se hará constar su valor jurídico. La información continuada no alterará la naturaleza de la forma de manifestación elegida, según su respectivo valor jurídico.

5. La nota simple, informativa consistirá tan sólo en un extracto sucinto del contenido de los asientos vigentes relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos.

La nota simple, deberá reflejar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse más allá de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante y podrá referirse a determinados extremos solicitados por el interesado, si a juicio del Registrador, con independencia de quien sea éste, se justifica suficientemente el interés legítimo, según la finalidad de la información requerida. Dicho interés se presumirá en el supuesto de que la información se solicite a efectos tributarios, de valoraciones inmobiliarias o con finalidad de otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria, con inserción literal si lo requiere el solicitante.

Dichas notas tienen valor puramente informativo y no dan fe del contenido de los asientos.

para conocer en tiempo real el contenido esencial de los datos que puedan resultar más relevantes para la transacción en cuestión (inscripción de la sociedad, datos identificativos, cifra de capital, órganos, ceses y nombramientos, auditores, depósito de cuentas, etc...)

5.2.- Información sobre los Derechos de Propiedad Industrial

Es posible solicitar y obtener información -por internet o por medio de agentes de la propiedad industrial- sobre los distintos derechos de propiedad industrial que figuran inscritos a nombre de la Target en la Oficina Española de Patentes y Marcas, así como en su caso de las licencias u otro tipo de derechos que pudieran haberse otorgado en este sentido por o a la sociedad.

5.3.- Certificaciones o informaciones de Hacienda

Se pueden obtener asimismo Certificaciones de Hacienda que certifiquen que la sociedad no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas de este tipo. Cuando se trate de impuestos locales (IBI, IAE), se podrá obtener información al respecto en el área de recaudación del Ayuntamiento correspondiente. De hecho si se trata de una transmisión de activos, es muy posible que esta incluya la transmisión de algún inmueble en cuyo caso, el notario exigirá la acreditación del último pago de este Impuesto en el momento de formalizar esta transmisión.

5.4.- Certificaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social

En este caso, se trata de Certificaciones emitidas por la Tesorería General de la Seguridad Social que certifican que la sociedad no tiene pendiente de ingreso ningún pago por reclamaciones administrativas de este tipo.

5.5.- Información de tipo urbanístico

Es habitual presentar instancias en el Ayuntamiento correspondiente al domicilio de la sociedad solicitando confirmaciones o información sobre la calificación urbanística del suelo en la que se hallan situadas las instalaciones de la Target o en relación con posibles licencias de obras.

5.6.- Información de tipo administrativo

Es posible solicitar información en el Ayuntamiento o en la Consejería de la comunidad autónoma en relación con la existencia de otro tipo de licencias o permisos administrativos en su caso (situación medioambiental del terreno y tipo de actividad desarrollada, licencias de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, licencias de apertura y de actividad, etc...)

5.7.- Información de otros posibles registros o fuentes

Cuando existan circunstancias que determinen la existencia de posibles inscripciones en otro tipo de registros también accesibles a terceros interesados (contratos sobre ventas de bienes muebles a plazos, contratos de franquicia, etc...). No se destaca su consulta, al menos a los efectos de confirmar que se cumple con la legislación vigente en estas áreas.

6.- La Due Diligence Legal como base para la negociación del contrato de compraventa o como base para su perfección

Parece obvio que desde el momento en que el comprador ha tomado la decisión de realizar una Due Diligence Legal, es porque ha llegado a la conclusión de que la operación de adquisición de la empresa Target es factible desde el punto de vista financiero y de negocio. En función de las contingencias detectadas mediante la Due Diligence Legal se moldeará el contrato de compraventa de la empresa a partir de la negociación de unas condiciones específicas, tomando como punto de partida, el estado o situación en la que se encuentra la empresa, para iniciar un proceso de negociación respecto de algunos de los factores más importantes para la culminar con éxito el proceso de transmisión de la empresa. Dentro de estos factores clave, podemos destacar: el precio que se pagará por la compra de la empresa y las garantías que prestará el vendedor respecto de la situación en la que se encuentra la empresa. Será de vital importancia ajustar el contenido del contrato de compraventa de la empresa para que en él queden plasmadas todas las precauciones necesarias para subsanar las posibles contingencias que se pudieran derivar de las situaciones que han aflorado durante la realización de la propia Due diligence. El momento de realización de la Due Diligence tiene cierta importancia, ya que de él dependerá en gran medida el éxito de la operación. Hasta el momento se ha apuntado a la realización previa a la formalización del contrato de compraventa de empresa pero existe otra forma de estructurar los tiempos de la operación, en determinadas ocasiones la compraventa se realiza de manera que previamente vendedor y comprador acuerdan el precio de la transacción y firman un contrato en base a la información que previamente poseen de tal manera que en el se consigna la realización de una Due Diligence como condición suspensiva, lo que implicará que el contrato no se perfeccionará hasta que no se haya realizado por parte del comprador una Due Diligence y este haya comprobado que todo está en orden y haya solicitado las garantías que según los resultados de la misma considere oportunas. A priori, en mi opinión no hay diferencia entre ambas formas de estructurar la compraventa en relación al orden de los factores, el hecho de utilizar la Due Diligence como condición suspensiva de la perfección del contrato no es más arriesgada, teniendo en cuenta que una vez se haya realizado la misma se corregirán todas las valoraciones del precio pactado inicialmente y se habrán pactado las garantías oportunas por parte del vendedor igualmente.

Antes de entrar en el análisis de las implicaciones que puede suponer para el comprador el hecho de haber realizado previamente una Due Diligence Legal cuando ya se ha efectuado la compraventa de la empresa, es necesario hacer una distinción de algunas de las características de las transmisiones de empresa, así como de la naturaleza del contrato de compraventa que nos permitirán saber que acciones se podrán ejercitar en caso de que a pesar de todo surjan discrepancias o contingencias imprevistas una vez culminado el proceso de compraventa.

6.1.- Los diferentes modos de instrumentar la transmisión de la empresa

Constituye una cuestión de gran interés la consideración del objeto enajenado como elemento fundamental del contrato, cuya determinación posibilitará la aplicación de determinadas reglas jurídicas al mismo. En especial, es preceptivo averiguar si la adquisición de un número de acciones de una sociedad mediante cuya titularidad es posible el control de la misma, supone la compraventa de empresa, al menos en sentido económico, y si ello tiene consecuencias en el plano de aplicación de las normas.

A este respecto, cabe diferenciar entre las diferentes formas de instrumentar la compraventa de empresa, realizable mediante una adquisición de los activos que la integran o mediante la compra de las acciones. En el primero (*Acquisition of Assets o Asset Deal*) estamos ante un supuesto en el que los diferentes elementos que integran la empresa son enajenados, pese a que, en puridad, no nos encontremos en una compraventa de empresa. Existen determinados elementos que se encuentran reflejados en el balance de la sociedad como activos y que, sin embargo, no serán transmitidos por su carácter inmaterial, como puede ser el caso del fondo de comercio, elemento capital y que está constituido por diferentes elementos intangibles como la clientela y el prestigio social de la empresa cuya titularidad se transfiere.

Por su parte, si la compraventa se realiza mediante la adquisición de las acciones (*Acquisition of Shares o Share Deal*), ello supone, verdaderamente, la transmisión de la titularidad de la sociedad, ya que los compradores pasan a ser accionistas de la totalidad de ella, lo que supone el control de la misma. Se habla, entonces, de transmisión indirecta de la empresa. Ésta se produce mediante los instrumentos a que alude el artículo 120 TRLSC, el cual diferencia entre los supuestos de acciones

nominativas, que necesitan de la inscripción por parte de los administradores en el libro-registro de acciones nominativas, de acciones al portador, lo que supondrá la aplicación del tradicional mecanismo del título y modo, tal y como indica el artículo 545 C.com y el artículo 609 C.c., o de acciones nominativas -en realidad, a la orden-, que se transmitirán por endoso siguiendo las reglas de la Ley Cambiaria y del Cheque. La adquisición de las acciones no sólo supone, en este sentido, la transmisión de títulos-valores, como puede parecer en un primer momento, sino que, más allá, implica la entrega de un triple elemento, que consiste no sólo en el patrimonio que integra la sociedad, sino también en su estructura organizativa y su actividad.

Si se toma en consideración uno a uno los elementos previamente referidos, mediante la mencionada transacción se transmite el patrimonio, que constituirá la totalidad del consignado en el balance (inmovilizado, existencias, créditos y tesorería), a diferencia de aquellas compraventas de empresa realizadas mediante adquisición de los activos, en cuyo caso parece procedente incluir el inventario de los diferentes elementos enajenados. Ante la inexistencia del mencionado inventario o indeterminación manifiesta en el clausulado, la regla deberá ser *“la transmisión de todos aquellos activos que hagan posible la actividad empresarial en la medida en que se pretenda la continuación de ésta con el mismo objeto social”*. Esta argumentación pudiera tener su razón de ser en el principio de conservación de empresa, tradicionalmente considerado a partir de los artículos 5 C.com y 1.056 C.c. Así, si no se entregaran los aludidos elementos, se estarían frustrando las expectativas generadas en el comprador y se impediría la capacidad de generar beneficios.

Esto entronca con el segundo elemento que la doctrina ha entendido como integrante del objeto enajenado, a saber, la actividad de la empresa. Esta actividad es difícilmente diferenciable del tercero de los elementos, el organizativo, ya que una organización que no se encuentre estructurada no tiene expectativas de permitir una correcta actividad. A este respecto, dentro de la actividad puede aludirse a la prohibición de competencia que suele pactarse en este tipo de contratos, especialmente ideada para evitar frustrar la ya mencionada expectativa de ganancia. En el mismo sentido, y de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, se produce un mantenimiento de las relaciones laborales, cuya finalidad no es sólo la protección del trabajador y la evitación del fraude de ley que podría producirse mediante cambios de titularidad simulados, sino que, más allá, existe una

voluntad de garantizar la conservación de la empresa, evitando que la parte compradora se deshaga de los trabajadores y termine con la actividad empresarial.

Por lo que se refiere a la organización, ésta viene integrada, fundamentalmente, por tres elementos, el *know-how*, la lista de clientes y las expectativas de ganancia. Sin entrar en detalle, en cada uno y advirtiendo que ya se ha comentado el tercero de ellos, conviene meramente hacer una referencia sucinta a lo que supone cada uno. El *know-how* supone una serie de directrices de actividad que la parte vendedora debe dar a conocer a la compradora para preservar un nivel determinado de productividad que permita llevar adelante con éxito la actividad de explotación. Por su parte, la lista de clientes consiste en un elemento externo, ya que garantiza la actividad de la empresa en el mercado.

Lo expuesto permite afirmar que el objeto enajenado en una compraventa de acciones no son meramente los títulos-valores como tales, sino la empresa en su conjunto⁵¹. La empresa, que integra los elementos antes comentados y pormenorizadamente aludidos por la doctrina de manera unánime, sí debe ser considerada como un todo organizado sobre cuya esfera se proyectarán las relaciones jurídicas que en cada caso procedan.

Evidentemente, la problemática surge cuando se advierten inadecuaciones del objeto que puedan llegar a hacerlo inservible o que prevean una generación de flujos financieros futuros menor de la esperada en el momento de perfección del contrato. Consiguientemente, se hace imposible la actividad de explotación o se reduce su envergadura considerablemente, lo que necesita de determinados remedios. Por inadecuaciones se pueden entender los vicios ocultos, que podrán derivarse de cualquiera de los ámbitos de la empresa, esto es, del societario, como del mercantil, tributario, laboral, procesal o administrativo. Todos ellos son ámbitos de especial trascendencia a la hora de realizar la auditoría legal y que podrán dar lugar a la terminación patológica del contrato, la cual puede presentarse con los contornos más variopintos, entre los cuales cabe destacar la resolución por incumplimiento, la anulabilidad por vicio del consentimiento, la *culpa in contrahendo* y la ausencia de

⁵¹ V. Sensus Contrario sentencia del TS 230/2011, de 30 de marzo (RJ \2011\3133): «Sin embargo, esa visión económica no basta para tratar la venta de acciones con una norma que está prevista para resolver anomalías surgidas en el funcionamiento de la de cosas específicas. Ni siquiera aunque se considere que lo que se vende con las acciones es la empresa, en cuanto objeto jurídico unitario»

deberes de buena fe y, por último, la rescisión o rebaja del precio como resultado del ejercicio de las acciones edilicias.

6.2.- La naturaleza del contrato de compraventa de empresa

Mucho se ha especulado sobre la naturaleza -civil o mercantil- de la compraventa de empresa, habiendo sido diferentes los argumentos traídos a colación por los diferentes sectores de la doctrina para la defensa de una y otra postura, sin que se haya llegado a una posición dominante. Es importante determinar este carácter con vistas a dilucidar la posibilidad de aplicación de los preceptos del Código de Comercio y la prioridad o subsidiariedad, en su caso, del Derecho común, especialmente en lo que atañe al régimen del saneamiento por vicios ocultos.

Así, quienes han descartado la mercantilidad de la compraventa de empresa, han indicado que no se cumplían los presupuestos del artículo 325 C.com⁵², por lo que el mencionado negocio jurídico no se podía insertar en él. Concretamente, se aducía, en primer lugar, que no se trataba de un bien mueble, ya que, fuera directa o indirectamente, se estaban transmitiendo una serie de activos de carácter mobiliario e inmobiliario. Por otro lado, entienden que no se realiza una reventa de éstos para la obtención de un lucro, ya que, a priori, la adquisición de la empresa se realiza con visos de continuar la explotación⁵³.

Cabe realizar, en cualquier caso, algunas críticas a estas afirmaciones. En primer lugar, debe diferenciarse entre la compraventa realizada mediante adquisición de los activos y la instrumentada mediante adquisición de las acciones. En el primero, sería lógico entender lo que la doctrina advierte. En el segundo, por el contrario, nos encontraríamos verdaderamente ante una entrega de bien mueble, de un título-valor, que es la acción, lo que supondría el cumplimiento del primero de los requisitos. Por lo

⁵² Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.

⁵³ Pese a todo, incluso en el supuesto del carácter inmobiliario de algunos de los bienes, entendió GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J.: «Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil», RDM, 80 (1960), pp. 157-297, en particular, en la p. 275, que la compraventa de empresa fuera instrumentada como compraventa de activos o como compraventa de acciones debía ser reputada mercantil por dos razones fundamentalmente. En primer lugar, por la habitualidad de su consideración como tal por la doctrina extranjera y patria y, en segundo lugar, porque en la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio era mercantil la compraventa de inmuebles cuando fuese unida a «otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporales».

que se refiere al segundo, debiera plantearse, de manera previa, la posibilidad de que se tratara de un negocio puramente especulativo, esto es, que en realidad pretendiera la reventa de las acciones con posterioridad a su adquisición y una vez hubiese podido generar una plusvalía, lo cual podría incardinarse en el precepto anteriormente citado. Sin embargo, podría darse el caso, más habitual, y que, se entiende, es el que se da habitualmente, a saber, la de la adquisición para la explotación de la misma. En cualquier caso, ahondando en la cuestión, podría llegar a afirmarse que, se trataría de una adquisición para una futura reventa desnaturalizada o compraventa-inversión, como ha indicado alguna jurisprudencia.⁵⁴

Recuérdese, en este sentido, el caso de la STS 22/2009, de 23 de enero (RJ\2009\1270), en el que se daba un supuesto en que el objeto de la compraventa eran unos piensos para cerdos. El Tribunal Supremo entendió que se daba el carácter mercantil de la compraventa porque el comprador pretendía obtener un lucro a través de la venta del jamón que se produjese al alimentar al ganado porcino.

Pese a todo, parece colegirse de la regulación del Código de Comercio que nos encontramos ante la regulación de una compraventa cuyo objeto deben ser necesariamente mercaderías. Pese a que en la definición del artículo 325 C.com no se diga explícitamente, parece que se está haciendo alusión a ellas, especialmente si se constata que algunos de los preceptos que le siguen, entre los que podríamos citar los artículos 330, 333, 334 y 336 C.com, hacen referencia explícita a esa realidad en la medida en que utilizan el vocablo en cuestión. Es por ello que, en realidad, la razón por la que no debería ser mercantil, como indica este sector doctrinal, no es la falta de los requisitos aludidos, que, como hemos visto, en ocasiones, se dan de manera efectiva, sino, más bien, el hecho de que los preceptos están haciendo alusión, en realidad, a la compraventa de mercaderías.

⁵⁴ A este respecto, véase, entre otros, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. J.: «La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 20-XI-1984)», RDM, 175-176 (1985): pp. 245-264, así como PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. J.: «Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa», ADC, 36-3 (1983), pp. 943-996 e, igualmente, MORRAL SOLDEVILA, R.: «La compraventa de inmueble para uso o consumo empresarial (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 1995)», RDM, 224 (1997), pp. 777-796. Ambos autores vienen a defender que el ánimo de revender del art. 325 C.com, en realidad, es un animus lucrandi. En contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil», CCJC, 7 (1985), pp. 2175-2186.

Los partidarios de la mercantilidad, por su lado, y de una manera consecuente, no predicán este carácter con la argumentación anterior, sino que, abstrayéndose de la regulación que inicia el artículo 325 C.com, consideran un elemento subjetivo y otro objetivo que sustenta su posición. El elemento subjetivo es el del empresario, al cual le es de aplicación un estatuto determinado y especial, diferenciado de los sujetos individuales que intervienen en el tráfico civil. Por su parte, el elemento objetivo lo constituye la empresa, de la cual se predica este carácter -mercantil- en razón de su actividad.

Sin embargo, la precedente disquisición no resuelve del todo la cuestión de la aplicabilidad de las reglas del Código Civil de manera preferente o con carácter subsidiario. A mi entender, nos encontramos ante un contrato de índole mercantil, pero que no puede ser incardinado en la regulación que ofrece el Código de Comercio, puesto que ésta viene solamente referida a la compraventa de mercaderías o análogos, es decir, susceptibles de ser tratados como tal, caso que no parece ser el de la empresa. El anclaje que lleva a predicar su mercantilidad debe ser el artículo 2 C.Com, en tanto que advierte de una analogía expresa, ya que se refiere a los «*actos análogos*» a los regulados en el Código⁵⁵. Por tanto, en cierto modo, lo que parece indicar el precepto es que pueden existir muchas compraventas mercantiles, de las cuales, la más habitual —la de mercaderías— es la que viene regulada específicamente. Ello no quiere decir que, si hay otros elementos que puedan llevar a interpretar que una compraventa debe ser mercantil, como por ejemplo, en el caso de la compraventa de empresa, que el objeto enajenado sea la forma más habitual de organización de la actividad mercantil, ésta no deba ser tratada como tal. Todo ello lleva a poder afirmar que las normas que debemos considerar respecto a los posibles defectos ocultos serán las que se encuentran en el Código Civil en sede de compraventa, las acciones edilicias (artículo 1484 y ss. C.c.), y no las reglas del artículo 336 C.com.

⁵⁵ Nadie duda hoy día del carácter mercantil de contratos como la franquicia o el leasing, aunque no se encuentren recogidos en el Código de Comercio, precisamente, por incardinarse dentro de la actividad comercial habitual y porque sus intervinientes son profesionales. El Código de Comercio fue consciente de la evolución de la realidad económica y el consiguiente y probable surgimiento de atipicidades contractuales que, no obstante, serían mercantiles.

7.- Obligaciones y responsabilidades en el proceso de Due Diligence

Para una correcta delimitación de los parámetros de responsabilidad exigible a cada una de las partes intervinientes en la contratación de que se trate, se ha de retornar sobre el reconocimiento del origen de la Due Diligence. Entendida esta como la “medida de prudencia que, de normal y dentro de su actividad, es esperada y ejercida de ordinario y razonablemente, por todo hombre prudente y según las circunstancias, por lo tanto no según un estándar absoluto, sino dependiendo de las circunstancias, y casos concurrentes” se ha de fijar un marco de actuación de las partes implicadas. Para ello el término anglosajón de diligencia debida, dentro de nuestra tradición jurídica, se ha de entroncar con los conceptos de diligencia provenientes del Derecho Clásico, y entre ellos con los principios generales de la “diligentia qiam suis rebus” y la “diligentia exactísima o diligencia boni patrisfamilia” La primera de ellas comprende la exigencia de actuar de la manera en la que cualquier persona se comporta en la realización de sus propios negocios, principio que se traduce en el Derecho mercantil, en la diligencia exigible a todo ordenado empresario y representante leal (Art. 225 y 226 TRLSC). La segunda toma como estándar, por el contrario, el comportamiento de un ordenado padre de familia.⁵⁶

No procede en este punto introducir mayores divagaciones doctrinales entre la diligencia exigida a cualquier persona en la administración de las cosas propias y la diligencia debida a un ordenado empresario. A los anteriores estándares de conducta, tanto la doctrina moderna como la Angloamericana perfilan la necesidad de atender a una culpa en concreto. Por ello, junto al criterio general de comportamiento según los dictados de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, la culpa o negligencia más allá de la exigible a un buen padre de familia, o en su caso a un ordenado empresario, se ha de conjugar con la exigencia de la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Art. 1.101 y ss. C.c.). Además de lo anterior se ha de atender a la imposibilidad de previsión de determinados sucesos o a la ocurrencia de causa de fuerza mayor, y a la previsibilidad de daños y perjuicios y su relación con la falta de cumplimiento de la obligación (Art. 1.105 y 1.106 del C.c.).

⁵⁶ En esta línea, TAPIA HERMIDA (*Derecho del mercado de valores, ed. Cálamo, Barcelona, 2003, pág. 325*) considera que la diligencia media o “de un buen padre de familia” del artículo 1.104 C.c. y la eleva a la exigible a un profesional experto en el mercado de valores, proyección de la diligencia propia de un ordenado empresario y representante leal del art 225 y 226 de la LSC.

De vuelta a las características técnicas de la Due Diligence legal exigida en las operaciones de compra, la referencia al principio *caveat emptor*, a falta de acciones edilicias en el Derecho Anglosajón, dispensa al comprador una cierta garantía respecto de la falta de imputación de asunción de cualquier riesgo que no pudiera o que no fuera previsible que pudiera conocer.⁵⁷ De acuerdo a esta doctrina, aplicada a un contrato de compraventa con carácter general, se ha de conceder al comprador la protección necesaria respecto de aquellas informaciones que no pudiera, razonablemente y según las circunstancias llegar a conocer. En particular cabe entender que la diligencia exigible a todo inversor, ha de ser, en consecuencia, razonable, que no perfecta.⁵⁸

7.1.- Pactos de delimitación de responsabilidad en los acuerdos: las “manifestaciones” del empresario vendedor

A pesar de los criterios establecidos desde el Derecho común para la imputación de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones y contratos, los contratantes tienden, dentro de estos ámbitos de la contratación, donde la referencia objetivo-contractual a la empresa asume un valor relevante, a alcanzar pactos en los que se delimita la asunción y relevación de responsabilidades. A tal fin se establecen en primer lugar, las manifestaciones “Representations” que ambas partes ofrecen como ciertas, de las cuales deriva en una fase posterior, el proceso de averiguación de las Due Diligence. Estas se pueden contener tanto en el acuerdo marco, que sirve de origen en las Due Diligence como en su caso en las cartas de intenciones previas al mismo.

Principalmente las realizadas y documentadas por el empresario en el mismo acuerdo actúan de referente, y a su vez de garantía de la realidad del empresario vendedor. Por lo general, las manifestaciones del vendedor de la empresa se refieren a circunstancias y características propias de la empresa e incluyen, para el inversor, datos relevantes para su decisión inversora o con efectos para calibrar su cuantía.

⁵⁷ En referencia a nuestro sistema normativo, PEÑA GONZÁLEZ Y CASALS OVALLE (“Objeto y precio en las adquisiciones de empresas”, en Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas, dir. Álvarez Arjona, J.M. y Carrasco Perera, A., ed- Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 238 y ss., pág 262) advierten que la elaboración de revisiones técnicas convierte los vicios o defectos ocultos en conocidos por el comprador.

⁵⁸ Para SHMIDT (“Germany”, Due Diligence..., pág. 171), el término “adecuado” determina que la revisión no ha de ser necesariamente exhaustiva, sino limitada a los puntos más relevantes.

En relación con el contenido de las manifestaciones dentro del contenido típico de las revisiones técnicas legales, las “Representations” atienden, en consideración a los distintos apartados de la Due Diligence, al cumplimiento de las obligaciones que resultan de la actividad empresarial. Las manifestaciones, de común, se extienden a la titularidad de activos específicos de la empresa, de licencias y autorizaciones administrativas, y demás elementos esenciales para el desarrollo de la actividad. De forma complementaria y en relación con las Due Diligence financiero-contables, dentro de la práctica contractual las manifestaciones pueden comprender, asimismo, los datos contables, estados financieros y llevanza de libros de comercio y etc...

Junto a las cláusulas de manifestaciones sobre las cuales se asienta la posición inicial de las partes para la consecución de posteriores acuerdos, con referencia a su solvencia económica y las características de la Target, otros pactos específicos delimitan los espacios de asunción de responsabilidades respecto de eventuales variaciones en el “resultado esperado”. Dentro de la negociación el empresario pretenderá introducir cláusulas restrictivas a la exigencia de responsabilidad por el inversor con base en variaciones producidas por el contenido de la empresa, cuyos elementos, como consecuencia de su composición en continua transformación, en cuanto a entidad actuante en un mercado en competencia, variarán constantemente tanto en contenido como en valor. Por el contrario, el inversor, y hasta el cierre de la operación, en su propio interés, pretenderá incluir cláusulas que le permitan, bajo ciertas circunstancias, desistir o denunciar *ad nutum* el acuerdo base o marco, sin la asunción, por ello, de responsabilidades contractuales⁵⁹.

7.1.1- La eficacia de las manifestaciones del empresario vendedor

Si el vendedor deja de comunicar al comprador cualidades relevantes de la cosa por desconocer su existencia, aunque este desconocimiento sea culposo, no existe reticencia dolosa ni por tanto, acción de dolo. Podrá existir en su caso error invalidante del contrato. Pero para conseguir este último efecto será preciso que el comprador consiga probar que la causación del error es imputable a la conducta del vendedor y excusable por su parte, y que afecta a un elemento esencial de la presuposición

⁵⁹ En nuestra jurisprudencia menor, a Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), de 12 de julio de 2004 (AC 2004/1748) reconoce que la supeditación del consentimiento último de los compradores al resultado de la auditoría -Due Diligence- que se lleva a cabo en relación a la situación de las empresas a comprar, únicamente opera a favor de la parte compradora para el supuesto de que el estado de las mismas difiera de la información que les habían facilitado los vendedores

contractual. Como demuestra la praxis jurisprudencial española, es muy difícil que los tribunales admitan una demanda de anulación por error, especialmente cuando ambas partes son profesionales, no existe desequilibrio en el poder negociador de los mismos, y el comprador ha dispuesto de medios para poder conocer realidad de las circunstancias que le resultan relevantes. Hay que tener presente que el riesgo de determinadas contingencias no se podría desplazar al vendedor cuando es el comprador quien puede decidir qué contingencias considera importantes. Por ejemplo, si el comprador no ha indicado especialmente al vendedor que le interesa conocer si existen contratos de distribución a largo plazo, el vendedor no tiene que suponer que un extremo tal tiene que se comunicado al comprador. Además de lo anterior, difícilmente puede conseguirse en nuestro derecho una pretensión indemnizatoria por culpa in contrahendo no dolosa, cuando esta culpa consiste en la no transmisión de una información relevante.

La realización de Manifestaciones o Representaciones tiene la virtualidad que se desplaza sobre su autor, incondicionalmente, el riesgo de su falsedad. Quien afirma lo que ignora, responde, aunque no incurra en dolo. Esta regla ya procede del Derecho Romano, que consideraba como vicio redhibitorio, como defecto oculto de la cosa vendida, la afirmación de la existencia de una cualidad, que luego no concurría en la cosa⁶⁰. La razón de ello es doblemente concluyente. En primer lugar, la realización de una manifestación o representación cualquiera crea un riesgo directamente atribuible a la parte que lo hace, pues es ésta la que sostiene la validez de una afirmación, que en caso contrario permanecería ajena al circuito de intereses afectados por el contrato. En segundo lugar, quien representa un estado de hecho garantiza su existencia y por tanto, promete que existe o existirá un estado de cosas. En este punto, este estado de las cosas no es ya un simple azar, un riesgo ajeno al contrato, sino el objeto de una promesa, de un deber ser que se imputa de modo obligatorio a una conducta.

En consecuencia, al hacerse manifestaciones o representaciones por parte del vendedor, se responde de la falsedad de las mismas aunque el vendedor ignorase esta circunstancia. Y no se exige ni siquiera culpa en el desconocer, pues la culpa se determina aquí con criterios normativos. De la misma forma que es culpa acometer una labor para la que se necesita una cualidad de perito, sin serlo, es igualmente culpa, si necesidad de más consideraciones, el afirmar lo que se ignora⁶¹.

⁶⁰ Digesto 21.1.18: "Si el vendedor hubiera afirmado alguna cosa respecto a un esclavo y el comprador se quejase de que éste no era así, puede ejercitar la acción redhibitoria o la estimatoria (...)"

⁶¹ Morales Moreno, "El alcance protector de las acciones edilicias", ADC, 1980, págs. 635-657, pg. 617

7.2.- Clausulas limitadoras de la responsabilidad del empresario vendedor

Dentro del marco de intereses contrapuestos, las partes, introducen, por lo general, determinadas cláusulas de delimitación de responsabilidad que, bien pueden dar lugar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones, o bien fijar los criterios de asunción de determinadas compensaciones. En un primer lugar, entre las cláusulas que limitan la responsabilidad del empresario, la praxis contractual recoge específicas cláusulas de cuantificación de las desviaciones sobre la valoración realizada que den lugar a reclamación al empresario, cláusulas conocidas como “Minimum Basket Amount”. La desviación de esta cantidad mínima, acumulada o no, resultará en estos casos necesaria para que el inversor pueda dirigirse frente al empresario para exigir la correspondiente responsabilidad.

7.2.1.- Las cláusulas “Materiality”

Otras cláusulas en el acuerdo marco atienden a las características de la actividad. Dentro de estas últimas, es frecuente la inclusión de la llamada cláusula de “Materiality”, que, con carácter general, precisa que cualquier incumplimiento, tanto de las manifestaciones “representations” como de las garantías “guarantees”, haya de ser material o relevante dentro del conjunto. Con arreglo a este pacto de delimitación de responsabilidad, el empresario no habrá de asumir aquellas variaciones que no afecten a elementos esenciales o patrimoniales importantes de la organización.⁶² Alternativamente, la obligación de saneamiento se extiende únicamente al elemento individualmente considerado cuando tenga significación dentro del conjunto por su valor patrimonial.

Fuera de la consideración anterior, la cláusula de “Materiality” para la imputación de responsabilidad al empresario, respecto de las características y elementos comprendidos en la empresa objetivo, generalmente viene acompañada y delimitada no por aspectos referidos al ámbito de las garantías, sino por remisiones a conceptos tales como “ordinario curso de los negocios”, “operaciones corrientes”, u otras similares. Cuando aparezca suscrita en el acuerdo marco cualquiera de las menciones

⁶² Vid. Como referente el Art. 66 de la LSC, el cual limita la obligación de saneamiento del aportante de una empresa a sociedad en conjunto, únicamente al vicio o a la evicción que afecte a la totalidad o a alguno de los elementos para su normal explotación.

aludidas, el inversor asumirá como referencia objetiva del contrato que, por ser la empresa un bien complejo en continua transformación, puedan existir variaciones en sus expectativas negociales y en el valor en principio estimado. Dado que algunos elementos y valoraciones pueden variar con el devenir normal de la actividad económica desarrollada y por los cambios que se produzcan en el mercado en el tiempo intermedio entre el acuerdo marco y la documentación del cierre en el que se desarrolla el procedimiento de Due diligence, las manifestaciones iniciales realizadas pueden divergir, por este motivo, de los resultados de los informes periciales. Cuando ello se produzca sin intervención negligente ni dolosa del empresario, que limite su actuación al “ordinario curso de los negocios”, nada puede serle exigible al respecto.

Mediante estos pactos el empresario vendedor consigue introducir limitaciones frente a las eventuales pretensiones de la otra parte basadas en variaciones de valor respecto de las manifestaciones iniciales y de resultados de los informes técnicos obtenidos. Generalmente, los artículos 1.105 y 1.107 C.c. excluyen la responsabilidad por sucesos imprevisibles o inevitables, y por los perjuicios no previstos al tiempo de la constitución de la obligación.

Por otro lado, la inclusión de referencias a la expresión “curso ordinario de los negocios”, que excluya reclamaciones del inversor por variaciones, sin mediar dolo o negligencia en la actuación del empresario, concreta el contenido de la diligencia que a él se le exige hasta el cierre de la operación. Por tanto, y dentro de la teoría general de los riesgos en el contrato de compraventa, cualquier modificación respecto de las informaciones iniciales, que resulte del desarrollo normal de la actividad económica que tiene por objeto la empresa, ha de ser asumida por el inversor. En consecuencia, el reconocimiento expreso por el inversor de un marco competitivo en el que se inserta la empresa, dentro de una economía de mercado, excluye que éste pueda alegar alteración alguna de las circunstancias existentes “*Rebus Sic Stantibus*”, para pretender una eventual resolución contractual, o, alternativamente, una modificación en las prestaciones pactadas. Además de las cláusulas reseñadas, los resultados derivados de la elaboración de los informes técnicos de la Due Diligence, y su repercusión en la inversión, pueden verse sometidos al pacto entre las partes por el cual el empresario quede exonerado de responsabilidad por hechos o circunstancias empresariales que no pudiese conocer. Esta cláusula, en consecuencia, traslada al inversor la carga de asumir aquellas deficiencias o desviaciones de valor resultantes del estado de las cosas y de los riesgos inherentes a la actividad. Para ello es preciso que el empresario, al tiempo del contrato no conociera o no pudiera razonablemente desde su posición, conocer su existencia.

7.2.2.- Las cláusulas de exoneración por desconocimiento

Si bien las cláusulas de materialidad y relevancia, en relación con la actuación referida al curso ordinario de los negocios, no plantean conflictos en las posiciones negociales de las partes, el recurso a este pacto de exoneración de responsabilidad del empresario de la Target, por circunstancias que no pueda razonablemente conocer, ha de ser vista con mayor cautela por el comprador. La inclusión de una cláusula de estas características exige que el inversor, en protección de sus intereses, traslade al apartado de las garantías convencionales prestadas por el empresario, todos aquellos aspectos que considere relevantes en la contratación. Para evitar de este modo la interposición posterior por el empresario de la Target de excepciones a la acción basadas en su falta de conocimiento con base al referido pacto de exoneración. Es aquí donde el comprador habrá de extender en la mayor medida posible las condiciones para la elaboración de las comprobaciones técnicas en el proceso de Due Diligence. Sólo de este modo, la realización de verificaciones y su relevancia en cuanto a la perfección contractual y variaciones de valoración, así como las garantías prestadas y las soluciones previstas contractualmente en caso de incumplimiento, permiten compensar la exclusiones de responsabilidad impuestas, por aquella vía, por el empresario.⁶³

7.3.- Las cláusulas de cobertura del empresario comprador

Tal como hemos visto en el apartado anterior, determinadas cláusulas, impuestas por el empresario vendedor, se orientan a restringir su responsabilidad por circunstancias concernientes a la actividad económica o a variaciones sobre las características objetivas de la empresa que afectan a la inversión a realizar. Otras, por el contrario tutelan la posición negocial del inversor en el acuerdo marco. La más relevante entre ellas es la llamada de "Walk Away". A través de este pacto de denuncia unilateral, el inversor podrá desistir del contrato cuando, como consecuencia de los informes periciales, resulte la existencia de pasivos, omisiones o inexactitudes relevantes respecto de la empresa en su conjunto o en alguno de sus elementos esenciales. En el caso de que se incluya esta estipulación, la resolución contractual encuentra

⁶³ REED LAJOUX y ELSON (The Art of M&A Due Diligence.... Pág. 161) aconsejan supeditar la cláusula de "conocimiento" a la realización de amplias revisiones técnicas.

fundamento en los resultados de los informes técnicos y en las desviaciones cualitativas en relación con las manifestaciones previas realizadas por el empresario vendedor. La consecuencia de ello, es la denuncia unilateral, basada en justa causa, que excluirá de cualquier indemnización o responsabilidad frente al empresario de la Target.

En este caso parece lógico que corresponde al empresario de la Target introducir las medidas necesarias en refuerzo de su posición negocial. La elaboración de revisiones técnicas puede exigir el traslado de informaciones, en ocasiones confidenciales, o que de cualquier modo supongan una ventaja competitiva, cuyo carácter puede resultar comprometido si son reveladas a terceros, con mayor razón cuando el potencial inversor pueda desvincularse unilateralmente de la negociación. Por ello, para no faltar a su deber de colaboración, el empresario habrá de fijar en las “Rules de Engagement” o reglas de compromiso, o en el también llamado “Investigation Covenant” o convenio de investigación, la extensión material que pueden alcanzar las comprobaciones técnicas. Igualmente puede exigir la intervención de mediadores que confirmen los resultados de las informaciones contenidas en las revisiones técnicas de los profesionales designados por el inversor. Junto a lo anterior, el empresario de la Target puede incorporar a la negociación una cláusula conocida como Burn or Return, de quemadura o vuelta, y asimismo, en el acuerdo marco o un acuerdo separado, un pacto de confidencialidad “Confidentiality Agreement”. Ambas regularán las consecuencias derivadas de incumplimientos en los deberes del inversor de no utilizar o dar publicidad, por cualquier medio, a las informaciones de la empresa objetivo obtenidas en el proceso negociador.

Como alternativa a toda la problemática aludida, la práctica contractual recoge igualmente, otras cláusulas que tutelan la posición del comprador en las operaciones referentes a la contratación empresarial. La inclusión de un pacto de revelación, “Disclosure Entire Agreement Clause” en el acuerdo marco, o, incluso como documento adjunto al mismo, de una carta de revelación, “Letter of Disclosure”, se proyectan en sentido inverso al anteriormente mencionado. Se produce así la introducción de una cláusula por la cual, a falta de una estipulación de denuncia unilateral, la posición del inversor, frente a un objeto cuyo contenido desconoce, a diferencia del empresario contraparte, comporta la falta de asunción de responsabilidades por hechos que no puedan ser advertidos a través de las verificaciones periciales. De este modo, se traslada al empresario vendedor la asunción de riesgos no comunicados o que no pudieran ser conocidos a través de las revisiones a las que se someta.

Por otra parte, señalada como Off-the-hook Clause, cláusula de escape o de desenganche, esta tipología de pactos excluyen la necesidad de que el inversor desarrolle una investigación completa para cumplir con su deber de diligencia. Por el contrario, su labor ha de ser razonable, atendidas las circunstancias. Recoge el contenido de dicho pacto que la realización de las investigaciones por encargo del inversor no excluye la correlativa responsabilidad del empresario por incorrecciones en sus manifestaciones relativas a la empresa. En adecuada correspondencia, según este acuerdo, el empresario vendedor, para evitar a sus responsabilidades, no podrá oponer que el inversor pudo, a través de su investigación, obtener conocimiento de las circunstancias relativas a la contratación. Cumplida, por parte del inversor, la obligación de informarse diligentemente según los principios de Due Diligence y Caveat Emptor, y cuando realice toda la comprobación razonablemente exigible, traslada la responsabilidad final al empresario de la Target.

Es conveniente mencionar en este apartado que, se tendrá que evaluar los intereses de las partes para alcanzar los acuerdos sobre los efectos de la Due Diligence y adoptar un sistema claro en cuanto a la asunción de responsabilidades y su distribución entre las partes, evitando contradicciones entre las distintas cláusulas adoptadas. A partir de la distinta posición negocial y de los intereses concurrentes, a estos efectos, el inversor habrá de excluir de la negociación pactos que exoneren al empresario de la Target de cualquier responsabilidad por hechos relativos a la empresa y que resulten de su gestión con anterioridad al cierre de la operación, siempre que aquél actúe con la diligencia exigible para cada tipo contractual. Desde el prisma contrario el empresario de la Target habrá de rechazar aquellas cláusulas de carácter abusivo o que puedan servir de fundamento para una discrecional resolución unilateral de la contratación por el inversor.

8.- La información obtenida durante la Due Diligence: la inexcusabilidad de la falta de información

Como prueba el caso y la doctrina de la SAP Barcelona 5 de enero 2000 (AC 2000, 686), uno de los principales riesgos que para el comprador supone la existencia de un largo período de negociación previa, acompañada por un proceso de Due Diligence, es que, o bien le permite llegar a conocer la verdad de ciertas cosas, o, al menos le sitúa en una posición en que le resulta posible obtener este conocimiento.

Tanto desde el punto de vista del error como del dolo, el conocimiento o posibilidad de conocimiento es un riesgo que asume el comprador. Cuanto más sepa el comprador mayor es su riesgo contractual, porque la otra parte se puede excusar en este conocimiento para soslayar el reproche de haber ocultado o falseado información. De esta forma, el comprador se encuentra en la situación paradójica de tener que elegir entre la máxima protección vía responsabilidad -en cuanto se protege su ignorancia- o la máxima información posible sobre el estado de la sociedad o empresa a adquirir. Tal es así que, como regla, y de no ser por la especial responsabilidad que se asume en las Manifestaciones y Garantías, el vendedor no estaría sujeto a responder por circunstancias que durante la Due Diligence han sido manifestadas al comprador o a sus asesores, ni por las circunstancias que éstos no han valorado adecuadamente. ¿Significará esto que para el comprador es estratégicamente preferible no realizar la Due Diligence y atenerse a las Manifestaciones hechas por el vendedor? Seguramente no. Hay riesgos que la Due Diligence evita y que al comprador no le pueden ser de hecho, compensados por mucho que el vendedor asuma la responsabilidad de los mismos. Por lo demás, siempre se correría el riesgo específico de que prescindir de la Due Diligence en este sector pudiera ser calificado como conducta gravemente negligente por parte del comprador.

Aunque formulada en sede de vicios ocultos de la cosa vendida, el TS ha sostenido siempre de modo implícito la validez de la regla por la que se desplazarán al comprador los riesgos de defectos de la cosa vendida que pudieran haber sido conocidos con el empleo de la diligencia ordinaria, bien porque constaba en la documentación que el comprador tuvo en su poder⁶⁴, bien porque podía haberse obtenido el conocimiento oportuno mediante la práctica de gestiones simples⁶⁵. También en el ámbito del error contractual el TS ha hecho valer continuamente la regla de que el error inexcusable constituye siempre un riesgo del comprador.

⁶⁴ STS 8 julio de 1994 (RJ 1994, 6300)

⁶⁵ STS 12 junio de 1997 (RJ 1997, 4770)

Para soslayar esta perpleja alternativa, las Manifestaciones y Garantías tienen la virtud de permitir al comprador acumular información con protección vía responsabilidad. Cuando el vendedor asegura o representa la existencia de cierto estado de cosas, garantiza su existencia y asume la correspondiente responsabilidad. Esta garantía y asunción no es un mero hecho, sino un deber. No importa nada el estado subjetivo del comprador y especialmente no importa que el comprador haya tenido medios y posibilidades de conocer la verdad.

Si el comprador no conoce, pero tuvo la oportunidad real de conocer a través de la Due Diligence, la realización de Manifestaciones y Garantías desplaza sobre el vendedor el riesgo de la correspondiente contingencia. En el balance entre el desconocimiento y la asunción expresa de la verdad de una afirmación, es preferible la posición del que ignora⁶⁶. En tales condiciones la existencia de una Manifestación y la Garantía de su veracidad absorbe las consecuencias negativas que para el comprador resultarían de no haber realizado una Due Diligence o de haberla realizado de modo incompleto o imperfecto.

Distinto es el caso del comprador que positivamente conoce la situación que posteriormente se quiere presentar como contingencia. ¿También en este caso asume el vendedor el riesgo de esta contingencia? Al respecto hay que hacer una distinción. Si la Manifestación o Representación no prevalece frente al conocimiento efectivo posteriormente adquirido por el comprador. No existirá responsabilidad del vendedor en este caso. En cambio, si las correspondientes Manifestaciones y Representaciones se hacen y se garantizan en el momento final, en el contrato definitivo, y el comprador ya conoce la existencia de una contingencia, habrá que aplicar el art. 1.284 C.c. y por las exigencias de la efectividad de las declaraciones, habrá que suponer que el vendedor se ha comprometido a neutralizar o a hacer desaparecer tales contingencias. No siempre esta interpretación es posible, ni siempre está en la mano del deudor tomar medidas efectivas en este sentido. En este caso las Manifestaciones y Representaciones tampoco prevalecen frente al conocimiento efectivo y el comprador asume el riesgo de la contingencia, Y esta conclusión es razonable. Pues no actúa racionalmente un comprador que conoce la existencia de una contingencia relevante para él y sin embargo no repercute esta situación en el precio, contentándose, por el contrario, con la existencia de una simple e inútil repetición por parte del vendedor de que tal contingencia no existe.

Queda por considerar la hipótesis de que el conocimiento sea adquirido entre el contrato y el cierre de la operación. Hay que decir lo mismo que en el caso anterior,

⁶⁶ Esta es una regla general en materia de dolo: STS 27 noviembre 1998 (RJ, 1998, 9324)

siempre que en el momento del cierre el comprador tenga capacidad para influir sobre el precio o para retirarse de la compra. En otro caso, el conocimiento no deberá afectarle.

Finalmente es muy cuestionable la validez de las cláusulas que puedan incluirse en los contratos y por las que el comprador se reserva todos los derechos correspondientes a pesar de que las circunstancias que definen la contingencia hayan sido conocidas durante el examen previo a la adquisición. Difícilmente se podría dar por buena una cláusula que va en contra de la exigencia de la buena fe y la imposibilidad de contradecir los actos propios y la doctrina de los tribunales españoles a la hora de inferir la existencia de “consentimientos implícitos obtenidos por vía de silencio”.

9.- Las acciones edilicias como solución a las contingencias surgidas con posterioridad a la adquisición de la empresa

Una vez contempladas las distintas formas de transmisión de la empresa y desgranada la naturaleza del contrato de compraventa de la misma, cabe preguntarse que soluciones se pueden articular para paliar las posibles contingencias que pudieran surgir cuando ya se hubiera materializado la propia compraventa. De esta suerte que sea necesario analizar en primer lugar cuales son las soluciones que ofrece la propia legislación civil, en los supuestos en que no se ha elaborado una Due Diligence Legal, para así poder dilucidar cuales son los efectos que esta tendrá en el caso de que esta si se haya llevado a cabo. Es por este motivo que en este apartado se detallarán a continuación las acciones civiles que tiene a su alcance el comprador para intentar solucionar las contingencias surgidas tras la compraventa de la empresa. Posponiendo en este apartado las disquisiciones sobre los efectos de la Due Diligence Legal en relación a dichas acciones edilicias, a un momento posterior, ya que estos, prácticamente no se encuentran analizados ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

9.1.-Saneamiento por evicción

Esta acción tendría lugar cuando el comprador hubiera sido privado de la propiedad de todo o parte de la cosa vendida como consecuencia de que un tercero hubiera hecho valer por medio de reivindicación su mejor derecho adquirido con anterioridad a la venta⁶⁷.

Esta acción es apenas practicable en la adquisición de acciones de una sociedad. Naturalmente puede tener lugar esta contingencia, pero debe observarse que la titularidad de las acciones no sea objeto de ninguna declaración específica del empresario de Target. De esta forma, si no ha existido ninguna declaración en relación a la suficiencia del título por parte del empresario vendedor, se puede utilizar esta acción de saneamiento por evicción. Pero esta situación no es óptima para el comprador, puesto que el Código Civil subordina la acción de saneamiento a que haya existido privación de la cosa por sentencia firme. No basta la constancia de la ajenidad, ni tampoco el riesgo de privación. Además, para que se haga efectivo el saneamiento el comprador demandado deberá haber hecho notificar la demanda al

⁶⁷ V. Art. 1.475 C.c.

vendedor, para que se adhiera voluntariamente al proceso ajeno. Aunque estas exigencias procesales se suavizaran, sin embargo seguiría tratándose de un escenario poco interesante para el comprador. Salvo que se pruebe la mala fe del vendedor, no podrá obtener una condena para que le sean indemnizados los daños que excedan de los gastos del contrato⁶⁸. A su vez, si la evicción fuese parcial, podría conseguirse una resolución parcial o total de la compraventa pero con la misma limitación en cuanto a los daños que se podrían exigir por la misma⁶⁹.

Asimismo, el propio Código Civil también prevé una acción en su artículo 1.502 C.c. cuando tuviera lugar la evicción, en este sentido, si el comprador fuera perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviera fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro. Esta acción, aplicada al supuesto de la compraventa de empresa, no es de utilidad puesto que normalmente cuando se ejercitara la acción de evicción el comprador ya habría pagado el precio de la misma.

Es controvertida la afirmación de la aplicabilidad de la acción de saneamiento por evicción si la desposesión afectase a activos de la sociedad adquirida, cuando esta adquisición hubiera tenido lugar por medio de la compra de acciones. Algunos autores la califican de inaplicable en este supuesto ya que tales activos no han formado parte específica del contrato, aduciendo que sería extremadamente difícil proyectar esta privación de titularidad de los activos sobre las propias acciones ya que difícilmente se podría concretar esta contingencia como un defecto oculto de las mismas. En mi opinión ello es discutible, pues parece más razonable atender a la intencionalidad de la compra de estas para determinar si la adquisición de las acciones tienen una finalidad meramente especulativa en el plano financiero o si por el contrario la adquisición se fundamenta claramente en un ánimo de explotación de los activos, los cuales van indisociablemente ligados a las acciones que hubieran sido objeto de la compraventa. Dicha finalidad podrá advertirse mediante los actos que rodean la compraventa (actos previos, cartas de intenciones, contrato de compraventa y etc...). A pesar de ello, no procede mayor ahondamiento en la averiguación de la aplicabilidad de esta acción respecto de la compraventa de empresa indirecta mediante acciones por no ser el objeto de este trabajo y porque a pesar de que esta podría ser utilizada, a priori no parece esta acción la más apropiada para la solución de las contingencias que aparecieran después de la compraventa de la empresa.

⁶⁸ V. Art. 1.478.5º C.c.

⁶⁹ V. Art. 1.479 C.c.

Finalmente, matizar que la existencia de cláusulas restrictivas sobre las acciones, que hicieran ineficaz frente a la sociedad o a terceros la transmisión de las acciones puede perfectamente conceptualizarse como un supuesto de evicción por analogía con la transmisión directa de la empresa mediante la compraventa de activos.

9.2.-Saneamiento por defectos ocultos

Si hubiera que buscar una localización adecuada en nuestro Derecho al problema que se plantea cuando la realidad no se corresponde con las manifestaciones hechas y las representaciones realizadas sobre un estado de cosas presentes o pasadas en una empresa, el intérprete acudiría necesariamente al régimen de los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.⁷⁰

Se puede decir en este caso, que la contingencia negativa supone la existencia de un defecto oculto en la cosa vendida -acciones o activos, según el caso-, pues el concepto subjetivo de defecto, prevalente en nuestra doctrina y jurisprudencia, permite definir como tal toda contingencia que recae negativamente sobre la cosa y la haga inadecuada para el uso a que se destinó la adquisición⁷¹. A esta concepción objetiva del concepto de defecto oculto podríamos minimizar la distinción entre defecto oculto de la cosa -empresa- y la falta de cualidades aseguradas por el vendedor, pues la destinación de la empresa según criterios subjetivos permite considerar como parte de este destino a las cualidades aseguradas y garantizadas por el vendedor, aunque objetivamente no sean cualidades propias de la empresa -acciones- que es objeto de la compra. La existencia de una contingencia permitiría aplicar el régimen de los defectos ocultos de la cosa vendida, pues defecto es en este sentido la ausencia de alguna cualidad presupuesta razonablemente en la cosa -empresa- que, disminuyendo la utilidad que se atribuye a esta en el contrato, determina en ella un menor valor.

La defensa del comprador en este caso plantea principalmente dificultades de dos órdenes. En primer lugar, el plazo extraordinariamente breve de caducidad para el ejercicio de las acciones (6 meses)⁷². Y en segundo lugar, la necesidad de probar el dolo del vendedor para poder articular una demanda de responsabilidad por daños y perjuicios⁷³. La ventaja de esta vía es que ofrece al comprador la obtención de una

⁷⁰ V. Art. 1.484 y ss. C.c.

⁷¹ SSTs 25 enero 1957 (RJ 1957,372); 31 enero 1971 (RJ 1971, 370); Morales Moreno, "El alcance protector de las acciones edilicias", ADC, 1980, págs. 635-657

⁷² V. Art. 1.490 C.c.

⁷³ V. Art. 1.486 II C.c.

reducción de precio sin necesidad de probar que el defecto oculto le ha causado daños.

Sin embargo, como prueban los casos reales, acostumbra a ser el vendedor el más interesado en que los litigios sobre el defecto de calidad de las cosas vendidas se resuelvan por la vía del saneamiento por vicios ocultos. De esta forma puede oponer la caducidad breve del plazo de ejercicio de las acciones y, en su caso que el comprador estaba obligado a conocer el vicio o defecto, dada su cualidad de profesional⁷⁴.

De todas formas, con seguridad los tribunales no aceptarían la pretensión del vendedor de que la correspondiente acción del comprador de canalizara en exclusiva por este mecanismo. Como se puede observar, bien sea por la doctrina de la compatibilidad, bien sea por la calificación de la contingencia como un caso de incumplimiento total, difícilmente nos encontraríamos ante la aplicación de esta norma.

9.3.- Acciones por incumplimiento en general

Esta vía está abierta para dos tipos de supuestos. En primer lugar cuando la manifestación o garantía del empresario vendedor pudiera ser interpretada como una promesa de cumplimiento de una conducta futura. En segundo lugar cuando las contingencias fueren de naturaleza tan sustancial que se pudiera considerar que existe una entrega de cosa objetivamente distinta de la prometida.

El régimen general de las acciones por incumplimiento actúa en el Código Civil como una cláusula general, que al cabo ha venido a absorber a todos los regímenes especiales de responsabilidad⁷⁵. El comprador podrá reclamar el cumplimiento en forma específica o la resolución del contrato. En ambos casos podrá exigir además la indemnización de los daños y perjuicios. Podrá igualmente pedir esta indemnización aunque no articule ninguna otra pretensión acumulada de cumplimiento o resolución, lo que equivale de suyo a permitir que el comprador obtenga por esta vía una posibilidad de reducción del precio de compra con efectos similares a los que hubiera obtenido de haber ejercitado una acción de reducción del precio del art 1.486 del Código Civil.

⁷⁴ V. Art. 1.484 C.c.

⁷⁵ V. Art. 1.101 y Art 1.124 C.c.

Con todo, debido a la especialidad del supuesto que se está tratando -compraventa de empresa- nace la duda de si la aplicación del régimen general pudiera suponer una ventaja apreciable para el comprador. En primer lugar, no existe una conversión fácil entre la falsedad de las declaraciones del empresario vendedor o la ocultación de alguna contingencia y daños indemnizables. Salvo que se trate de la aparición de pasivos ocultos sustanciales o de contingencias que hiciesen obligada una disposición adicional de fondos por parte del comprador, en el resto de casos no es fácil determinar cual sería el lucro cesante resultante y más teniendo en cuenta las extremas dificultades que crean nuestros tribunales para dar por probada la existencia de unos daños.

De otro lado, también cabría cuestionar si en la mayoría de contingencias sobrevenidas concurre el requisito de sustancialidad del incumplimiento, para que procediera la resolución, pues es sabido que los tribunales españoles desestiman las demandas de resolución cuando el incumplimiento es de obligaciones accesorias.

9.4.- Indemnización y nulidad por dolo

En general existe dolo cuando se da una conducta del contratante que se suele calificar como *maquinación insidiosa*, tendente a forzar a contratar a la otra parte. Dicho comportamiento según la jurisprudencia analizada consiste sobre todo en: un cambio radical de condiciones de adquisición en el contrato de compraventa respecto de la opción de compra concedida. Por otra parte, es destacable que según la jurisprudencia, el dolo no se presume, siendo imprescindible su demostración por la parte afectada que lo alega.

Toda declaración expresa sobre las cualidades de la cosa vendida constituye dolo precontractual cuando aquélla es falsa⁷⁶. Según la jurisprudencia también es relevante el engaño que versa sobre los activos de la sociedad, cuando el objeto de la compra no son éstos sino las acciones de la sociedad titular de los mismos.⁷⁷

La inexistencia de manifestaciones expresas sobre cualidades de los bienes transferidos sólo podría dar lugar a nulidad por dolo si el silencio pudiera interpretarse como reticencia dolosa, es decir, cuando existe un deber de hablar y comunicar

⁷⁶ V. Art. 1.269 y Art. 1.270 C.c.

⁷⁷ STS 26 Octubre 1981 (RJ 1981,4001)

circunstancias importantes para la otra parte, y el vendedor las silencia⁷⁸. Sin embargo, de no existir tales manifestaciones, sería dudoso si el vendedor de acciones de una sociedad tiene el deber de comunicar extremos relativos a contingencias como las que habitualmente se encuentran en las bases de compra de estos contratos, toda vez que en su inmensa mayoría tales extremos sólo tienen una conexión indirecta con el valor de las acciones.

La imputabilidad del silencio al empresario vendedor -dolo omisivo-, sólo empieza a ser explicable cuando el vendedor sabe qué es lo que tiene que comunicar del conjunto innumerable de circunstancias que rodean a la empresa adquirida, y nada de esto puede determinarse mientras que, mediante las manifestaciones y garantías, el comprador no ha seleccionado los extremos cuyo conocimiento es esencial para él. O al menos, normalmente el vendedor no podrá determinar por su propia cuenta cuánto de esencial es un extremo determinado en la presuposición contractual del comprador.

Seguramente, le será difícil al comprador probar que la falta de veracidad de cualquiera de las manifestaciones constituye un dolo causal, que permite anular el contrato. Pero seguramente tampoco es éste el interés que mayoritariamente el comprador tiene en estos casos. Constituye una solución más interesante para él demandar por daños y perjuicios por dolo incidental contractual, conforme al artículo 1.270 C.c., que limitarse a la acción de nulidad del contrato como un todo, por el artículo 1.269 C.c. La acción de dolo como una acción de responsabilidad genérica permite conseguir en nuestro Derecho un resultado similar al que el comprador obtendría de haber ejercitado una acción de indemnización de daños derivados del incumplimiento, y la posibilidad de independizar semejante pretensión de otras acciones principales, que seguramente en el supuesto de adquisiciones de empresas no resultan de interés para el comprador o no son practicables, como sería la acción de cumplimiento en forma específica o las acciones de resolución contractual o de nulidad⁷⁹. En el Derecho alemán, por ejemplo, esta acción genérica por culpa *in*

⁷⁸ SSTs 21 junio 1978 (RJ 1978, 2359) y 29 marzo 1994 (RJ 1994, 2304)

⁷⁹ Prueba de las enormes posibilidades que encierra en nuestro Derecho la acción de dolo es la sentencia de la SAP Málaga 17 de febrero de 1992 (AC 1992, 356). Los demandantes habían sido engañados por los vendedores sobre las condiciones de financiación de la compra, conocido este engaño antes de la compra, sin embargo los compradores optan por seguir negociando y contratar, temerosos de que un rechazo al contrato pudiera suponer la pérdida de las cantidades ya entregadas. Según la audiencia, el conocimiento de aquel engaño por parte de los compradores les impide obtener la nulidad del contrato por el Art. 1.269 C.c., pero pueden perfectamente ejercitar la acción de dolo, con efectos exclusivamente indemnizatorios, pudiendo recuperar los daños sufridos al haber contratado en tales condiciones. Sobre la compatibilidad de la acción de dolo con las acciones de saneamiento por vicios ocultos, STS 3 de febrero del 1986 (RJ 1986, 409)

contrahendo ha acabado desplazando al saneamiento por vicios ocultos en la compraventa de empresas.

Con todo, la acción de anulación por dolo acaba generando siempre una particular inquietud en los asesores jurídicos del vendedor. Porqué, de forma previa al conflicto, no se ve la forma de excluir esta posibilidad en el contrato, dado que “el dolo todo lo corrompe”, y que toda previsión de defensa hecha para el caso de dolo es nula por el art. 1.102 C.c., no hay forma de excluir en el contrato la posibilidad de que el comprador insatisfecho intente la anulación del contrato por esta causa. De la misma forma que no hay posibilidad de asegurar la eficacia de la cláusula que establece un límite cuantitativo de responsabilidad, cuando la contingencia denunciada provenga del dolo del vendedor. Ex post del contrato, la inquietud revierte cuando el comprador ha comunicado al vendedor la lista de manifestaciones incumplidas, y antes del proceso judicial o del arbitraje, porque los asesores del vendedor, que se sentarán con los del comprador en una mesa para intentar transigir la controversia, saben que sus opciones negociadoras dependen de que el comprador pueda salirse o no del negocio y especialmente si la evolución de la empresa o del mercado ha acabado convenciendo al adquirente de que no hizo con la compra un buen negocio. Cuantas veces el comprador provoca conscientemente o inconscientemente el conflicto por la sola razón de que acaba descubriendo que el negocio no era bueno, e intenta ahora oportunísticamente ampararse en la responsabilidad contractual para absorber y minimizar en lo posible el alcance económico de sus pérdidas.

9.4.1.- La circunstancias de la estimación del dolo

Dejando al margen el dolo omisivo que se reduce a la infracción del deber de informar sobre las circunstancias importantes del objeto del contrato y las consideraciones acerca del mismo, en general existe dolo cuando se da una conducta del contratante que se suele calificar como *maquinación insidiosa*, tendente a forzar a contratar a la otra parte. Dicho comportamiento según la jurisprudencia analizada consiste sobre todo en: un cambio radical de condiciones de adquisición en el contrato de compraventa respecto de la opción de compra concedida (STS de 10 de marzo de 2008, RJ 2008/1553), falsedad de documentación entregada (SAP de Málaga de 22 de abril de 2005, JUR 2005/143273), manifestaciones inveraces acerca de la edificabilidad de la finca transmitida (STS de 20 de noviembre de 2002, RJ 2002/10263), aplicación de una tarifa injustificada al servicio prestado (SAP de Salamanca de 11 de marzo de 2002, AC 2002/852), aprovechamiento de las

circunstancias personales del otro contratante para ofrecerle un contrato perjudicial para él (SAP de Granada de 22 de abril 1995, AC 1995/616, STS de 27 de febrero de 1989, RJ 1989/1403 y STS de 15 de julio de 1987, RJ 1987/5494), ofrecimiento de un producto en determinadas condiciones que luego no se cumplen (STS de 4 de diciembre de 1956, RJ 1956/4121).

La jurisprudencia, en cambio rechaza la pretensión de anular por dolo contratos de suministro celebrados con una empresa que debido a la difícil situación económica no es capaz de pagar, ya que el contratante fue advertido de la situación crítica de la misma y a pesar de ello, mantuvo la relación comercial (STS de 31 de marzo de 2008, JUR 2008/252122). Dicha decisión guarda relación no solo con el criterio del conocimiento por parte del contratante de las circunstancias a las que vincula la voluntad dolosa de la otra parte que automáticamente provoca el rechazo de la pretensión (STS de 15 de julio de 2003, RJ 2003/5839), sino también con el respeto a la buena fe contractual que hace desestimar bastantes pretensiones de nulidad del contrato cuando consta que el contratante trató de subsanar el problema. Así, no hay dolo cuando aparece una hipoteca en una finca vendida libre de cargas y los vendedores se obligan a cancelarla a su costa, cumpliendo con lo prometido (STS de 19 de junio de 2006, RJ 2006/3993), ni tampoco cuando se renegocia el contrato, otorgándose importantes ventajas y beneficios a la parte afectada por el dolo incidental (STS de 11 de julio de 2007, RJ 2007/5132), ni cuando una vez vendida una sociedad mediante la transmisión de acciones, se constata que la finca perteneciente a dicha sociedad tiene una dimensión inferior a la convenida por las partes y el vendedor ofrece la resolución del contrato con la devolución del precio íntegro (STS de 29 de diciembre de 1999, RJ 1999/9380). En determinados casos el comportamiento del contratante acusado de dolo, después de la prestación del consentimiento supuestamente viciado, es un indicio de la inexistencia un ánimo de perjudicar al contratante a la hora de la celebración del contrato y aunque hubiera existido, para las citadas sentencias la posterior conducta del sujeto supuestamente doloso subsana el vicio.

La frustración de la expectativa de la obtención de beneficios debido a la celebración del contrato, tanto si fue basada en las declaraciones del co-contratante, como cuando se trata de una mera esperanza del afectado, por regla general no demuestra dolo. Además, si es un negocio de cierta envergadura, normalmente el contratante comprueba personalmente su gestión antes de firmar el contrato, lo que convierte en injustificado atenerse a las promesas del transmitente acerca de los beneficios

esperados (STS de 27 de enero de 1988, RJ 1988/151 y STS de 12 de junio de 2003, RJ 2003/5631).

10.- Los efectos de la Due Diligence en relación a las acciones edilicias

Vistas las opciones que nos ofrecen las acciones edilicias del Código Civil para tratar de resarcir el daño sufrido por el comprador por distintas vías. Y puesto que todas ellas se fundan en la existencia de determinadas contingencias que a priori desconoce el comprador parece obligado plantearse cual sería el efecto de haber realizado una Due Diligence cuando el comprador ejercite una pretensión fundada en alguna de las acciones edilicias mencionadas en el apartado anterior.

A pesar de que debido a la especificidad de este tipo de contratos, los cuales habitualmente introducen multitud de cláusulas en previsión de que surjan contingencias posteriores a la compraventa, lo que hace que rara vez se tenga que recurrir al uso de las acciones edilicias, el estudio de los efectos de la Due Diligence en ellas hará más sencilla la comprensión de los efectos de su realización.

Cuando antes de la fase de negociación de un contrato se ha realizado una Due Diligence y posteriormente, después de la materialización de la compraventa surge alguna contingencia cuyo perjuicio se pretende resolver mediante las acciones edilicias. A priori se plantea un gran abanico de factores que se deben analizar para determinar cuales serán las consecuencias de haber realizado la Due Diligence. En primer lugar se plantea de forma ineludible ¿porqué la contingencia no fue detectada por la Due Diligence? Y de forma subyacente, si el hecho de haber realizado la Due Diligence ¿conlleva la responsabilidad de que el comprador asuma cualquier contingencia que surja tras la compraventa? o desde un prisma contrario ¿puede entenderse que por el hecho de haberse intentado informar de forma diligente sobre el estado de la empresa, el comprador queda exonerado de forma automática de las contingencias surgidas posteriormente? ya que se supone que si no las detectó fue porqué no le era posible. Todas estas cuestiones deberán ser analizadas a la luz de las acciones edilicias de tal manera que se determine la incidencia de la Due Diligence en estas, para tratar de resolver una cuestión primordial, si la realización de la Due Diligence, debido a la información extra que esta proporciona al comprador, descarta automáticamente la posibilidad de la aplicación de las acciones edilicias en los casos en los que haya surgido una contingencia posterior a la compraventa o por el contrario estas conservan su eficacia plena independientemente de la aportación de la Due Diligence.

10.1.- Los efectos de la Due Diligence en relación al ejercicio de la acción de Saneamiento por Evicción

Como se ha descrito anteriormente la acción de Saneamiento por Evicción se funda en la privación de la propiedad del comprador de todo o parte de la cosa vendida como consecuencia de que un tercero hubiera hecho valer por medio de reivindicación su mejor derecho adquirido con anterioridad a la venta.

Salvo error de los técnicos que hubieran llevado a cabo la Due Diligence, no parece disparatada la posibilidad de que un tercero ostentara un mejor derecho sobre las acciones objeto de la compraventa (en caso de transmisión indirecta) o sobre determinados bienes de la empresa (en caso de adquisición directa) y que este no se hubiera podido detectar mediante la Due Diligence debido a que el mismo no apareciera en registro ni documento alguno a la hora de realizar la comprobación. Es aquí donde bajo recomendación de los técnicos -la cual también es parte integrante de la Due Diligence- se habría de haber interpelado al empresario vendedor para que se pronunciara con una manifestación al respecto de que no existen derechos ocultos sobre ninguno de los activos de la empresa ni sobre sus acciones o hacer que este prestara garantía por si surgía algún tipo de contingencia derivada de un suceso de este tipo. Todo ello en el caso de que el mejor derecho que originara una contingencia posterior a la compraventa surgiera de un ámbito de la empresa que hubiera sido objeto de la Due Diligence. En este sentido ¿Se puede afirmar que es difícil que se acepte una pretensión de saneamiento por evicción cuyo origen ha sido un ámbito de la empresa objeto de la Due Diligence? y desde otro prisma ¿Qué sucede en caso que se no se haya incluido este ámbito de la empresa en la Due Diligence por voluntad del inversor?

En mi opinión, si se tiene en cuenta que la Due Diligence se ha realizado de forma normal, no se puede afirmar la exclusión automática de la posibilidad de plantear la acción de saneamiento por vicios ocultos, pero parece que será difícilmente admisible por los tribunales, al menos por lo que respecta a las informaciones obtenidas o que se pudieron haber obtenido mediante la realización de una Due Diligence estándar. Si se atiende a la metodología de la Due Diligence, se puede observar que desde el inicio de la Due Diligence el inversor establece unos aspectos sobre los cuales desea obtener información para formar su voluntad para dar su consentimiento. Durante este procedimiento, a partir de estos aspectos sobre los que desea obtener información se establecen una serie de métodos para obtenerla hasta llegar finalmente a su obtención. A partir de aquí y salvo error en su ejecución, la Due Diligence arrojará una

valiosa información que obrará en poder del comprador. La cual, como se ha comentado en apartados anteriores y por razones obvias, no podrá alegar el inversor en su favor como desconocida para tratar de llevar a cabo la acción de Saneamiento por Evicción.

En este sentido y tal como se ha apuntado, la Due Diligence sigue una metódica muy precisa y coherente que deja pocas lagunas. De esta suerte que no impedirá el planteamiento de la acción de saneamiento por evicción de forma automática pero, si que implicará que difícilmente esta tenga éxito si su planteamiento tiene que ver con alguno de los aspectos tratados en la misma. Desde otro prisma, no se excluye la posibilidad de una mala praxis en la ejecución de la Due Diligence, pero ello y sus consecuencias no son objeto de tratamiento de este trabajo.

En sentido contrario, en el supuesto que el comprador no hubiera incluido como un aspecto a investigar en la Due Diligence un determinado ámbito de la empresa y de este resultara una contingencia posterior a la compraventa, se puede entender que su actitud es reprochable pero ello no es óbice para que prime el desconocimiento que este tiene sobre el mencionado ámbito de la empresa frente a su decisión de no revisar un determinado ámbito de la empresa. Por tanto, en dicho supuesto a parte de la posibilidad de aplicar igualmente la acción de saneamiento por evicción, aumentan considerablemente las posibilidades de éxito en sede judicial. Ello teniendo en cuenta que la contingencia sea de suficiente entidad y que se cumplan los requisitos establecidos por la jurisprudencia al respecto para ser aceptada la correspondiente pretensión.

10.2.- Los efectos de la Due Diligence en relación al ejercicio de la acción de Saneamiento por defectos ocultos

La figura del saneamiento por defectos ocultos tiene su reflejo en el artículo 1.484 del Código Civil y consiste en que vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos. Tal como se ha indicado anteriormente dejando de lado

la dificultad de aplicación de esta acción debido a su breve plazo de caducidad (6 meses) hay que tener en cuenta que la posible aparición de un defecto u gravamen oculto, condicionará la responsabilidad del vendedor el cual deberá de responder por el saneamiento de los vicios o defectos ocultos aunque los ignorase, excepto que estuvieren a la vista o los que el comprador debiere fácilmente conocerlos, según establece el artículo 1.485 C.c. Ello hace plantear que sucede si se ha realizado una Due Diligence y posteriormente aparece una contingencia que no se detectó en su momento. Esta incógnita, una vez más, se desvelará atendiendo a si dicho defecto o contingencia se deriva de un ámbito incluido en la Due Diligence o no. En este supuesto y atendiendo al Código Civil, el cual atribuye al vendedor la responsabilidad por vicios o gravámenes ocultos en la empresa, aunque los desconociera, difícilmente se podrá desestimar en sede judicial el ejercicio de esta pretensión al comprador de forma automática por el hecho de haber realizado una Due Diligence pero igual que en el caso del saneamiento por evicción parece difícil la posibilidad de que dicha pretensión alcance el éxito. Máxime cuando el propio inversor obtuvo información al respecto con la que pudo saber de primera mano de la posibilidad de la aparición posterior de dicha contingencia o defecto.

En relación a ello y a pesar de que el comprador haya realizado una Due Diligence, si este no ha incluido el ámbito de la empresa, del cual se deriva la contingencia o el defecto, en la Due Diligence, el vendedor se encuentra en una difícil posición ante el planteamiento de esta acción por el comprador, puesto que deberá asumir la responsabilidad por el mismo. Como se ha mencionado aunque desconociera el vicio o gravamen oculto debe responder por el mismo, pero si tenía constancia de este, a parte del desistimiento del contrato y la restitución al estado inicial de las cosas, deberá indemnizar al comprador por daños y perjuicios. Como también se ha apuntado en el apartado correspondiente sobre esta acción, la dificultad en este supuesto recaerá sobre el hecho de probar que el vendedor tenía conocimiento de tal contingencia.

Parece frecuente que el empresario vendedor se intente exonerar de la acción de saneamiento por defectos o gravámenes ocultos aduciendo la realización de la Due Diligence para tratar de considerar al empresario comprador como perito para intentar desvirtuar la pretensión de la acción planteada. Cabe mencionar aquí, que nada tiene que ver el hecho de realizar una Due Diligence con ostentar la posición de perito que establece literalmente el artículo 1.484 del Código Civil. En cualquier caso, la Due Diligence la realizan los técnicos y aunque se les supone expertos en la materia, la cualidad de perito establecida por el Código Civil atiende a las características del

empresario comprador debido a que este tenga unos conocimientos de la actividad, del sector y etc... que le permitan detectar este tipo de contingencias, nada tiene que ver el hecho de haber realizado una Due Diligence con que se pueda considerar que el comprador tiene la cualidad de perito. De hecho, esta afirmación por parte del empresario vendedor para intentar que se desestime esta acción, a mi entender le puede jugar una mala pasada. Puesto que parece difícil de entender que este, conociendo su propia empresa no conociera el defecto o gravamen oculto -del cual alega paradójicamente que el comprador debería conocer la existencia por razón de su oficio- y sabiendo la causa que ha llevado al comprador a realizar la compraventa⁸⁰, así como los aspectos sobre los que se quiso informar mediante la Due Diligence, sin quererlo, está admitiendo un hecho importante. Que tenía conocimiento del defecto o gravamen que ha ocasionado que la empresa deviniera impropia para la finalidad perseguida. Parece lógico que en esta tesitura el empresario comprador plantee que ha habido dolo por parte del vendedor⁸¹ acarreándole a este último el tener que hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios además de las consecuencias derivadas de la acción de saneamiento planteada por el comprador.

Por tanto, respecto de esta acción en concreto se puede concluir que la Due Diligence actuará en perjuicio del comprador trasladando sobre este la responsabilidad de haber detectado el defecto o gravamen que se derive de cualquier ámbito de la empresa que haya sido objeto de la Due Diligence y dejándolo sin posibilidades de que prospere la acción de saneamiento por defectos ocultos que ofrece el código civil. En sentido contrario esta acción será estimada por los tribunales cuando no se haya podido obtener mediante la Due Diligence, información al respecto del aspecto que ha originado la contingencia.

10.3.- Los efectos de la Due Diligence en relación a la indemnización y nulidad por dolo

Es preciso analizar las consecuencias que la realización previa de una Due Diligence puede conllevar a la hora de solicitar la nulidad por dolo y una indemnización en su caso. Tal como se ha advertido en puntos anteriores de este trabajo esta acción de

⁸⁰ Normalmente en el contrato de compraventa de empresa, en los precontratos preliminares e incluso en las fases previas de la Due Diligence se establecerá la causa por la que se adquiere la misma y de ellos se podrá extraer un elemento muy importante a la hora de ejercitar las pretensiones necesarias para dilucidar la responsabilidad por defectos ocultos. Por tanto se podrá desvelar si los defectos recaen sobre elementos esenciales de la empresa que la hagan impropia para el uso al que se pretende destinar por parte del comprador y que por consiguiente permiten accionar el mecanismo de saneamiento previsto por el artículo 1.484 y ss. del C.c.

⁸¹ Art. 1.486 II C.c.

nulidad por dolo e indemnización tiene su fundamento en los artículos 1.269 y 1.270 del Código Civil. En estos supuestos habrá que atender al tipo de actuación que el empresario vendedor haya tenido durante la realización de la Due Diligence, esta actuación será considerada dolosa si comprende la ocultación de información, la facilitación de información falsa o la realización de manifestaciones falsas⁸². Estas tres conductas, muy parecidas, pero con ciertos matices entre ellas, constituirán una actuación dolosa por parte del vendedor cuya finalidad deberá ser causar un perjuicio al comprador, en este supuesto la sanción será la nulidad del contrato y la indemnización por daños y perjuicios. En estos casos cuando el vendedor no haya facilitado la documentación solicitada por el comprador y la misma obrara en su poder, se podría decir con claridad que se ha actuado con dolo por parte del primero, máxime cuando el mismo tenga conocimiento que dicha documentación puede ser relevante para que el comprador forme su consentimiento respecto de la compraventa o para ajustar el precio de la misma. El supuesto en que el empresario vendedor o sus representantes, interpelados por los técnicos que llevan a cabo la Due Diligence, manifestaran un estado de las cosas que no se correspondiera a la realidad con la finalidad de influir en la formación del consentimiento del empresario comprador, sabiendo que con ello se van a ver beneficiados, se puede calificar también de doloso.

Estos supuestos se pueden dar fácilmente a pesar de utilizar un recurso como la Due Diligence, la cual sigue un hilo argumental y una minuciosa metódica para no dejar cabos sueltos desde principio a fin para tratar de obtener por la vía que sea la información que se ha fijado como objetivo averiguar. De ello se desprende que el vendedor de un modo u otro deberá facilitar la información necesaria para formar una opinión suficiente respecto de estos puntos clave, por la vía que sea, pero ello no significa, obviamente, que la información o las manifestaciones que ofrezca sean veraces. Una vez se tenga conocimiento de que se ha proporcionado información que no sea veraz el empresario vendedor tendrá muy difícil para excusarse ya no sólo del error, sino también de la acusación de dolo.

A pesar de que a mi modo de ver, el simple hecho de haber facilitado una información que no se corresponda con la imagen fiel de la empresa ya se podría considerar como una presunción iuris tantum de una conducta dolosa. Los tribunales, debido a las severas consecuencias legales que supone el reconocimiento de una conducta de este tipo, optan por utilizar determinadas referencias para considerar la entidad del

⁸² Dichas manifestaciones se refieren a las realizadas por el empresario vendedor durante el proceso de Due Diligence, la cuales cabe distinguir de las Manifestaciones y Garantías que se pudieran incorporar en el contrato de compraventa una vez terminada la propia Due Diligence.

incumplimiento por parte del vendedor. Es aquí donde la Due Diligence servirá como base ya que previamente a su inicio esta habrá definido los aspectos que se consideran relevantes y que por tanto serán claves a la hora de valorar la desviación producida.⁸³ A su vez la Due Diligence también reflejará el estado que ha presentado el empresario vendedor respecto de su empresa para así poder ver las diferencias entre ambos y valorar la concurrencia de dolo.

En atención a ello se determinará el alcance de la acción que podrá solicitar el comprador que podrá comprender una indemnización por daños y perjuicios en proporción a la desviación sufrida por el comprador o en caso de que dicha desviación haya sido de tal entidad que provoque la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido por el comprador en la compraventa, la nulidad del contrato y la restitución de las cosas al estado anterior a la perfección del mismo -siempre que la naturaleza de las cosas lo permita-.

⁸³ En referencia a la sustancia del elemento que provoca el error en el consentimiento V. Art. 1.266 C.c.

11.- La relación entre la Due Diligence y las Manifestaciones y Garantías del empresario

Conviene desvelar en este apartado la relación entre la Due Diligence y las Manifestaciones y Garantías ofrecidas por el empresario vendedor. Estas últimas no son más que otra de las modernas técnicas contractuales que pretenden la determinación o fijación de las características relevantes para la empresa cuya no constancia en un momento futuro podría llevar en su caso, a la legitimación para accionar los recursos contractuales consignados en el propio contrato. Las manifestaciones y Garantías suponen un instrumento probatorio esencial que permite la mejora del funcionamiento contractual, asegurando, de este modo el tráfico económico.

Con este planteamiento parece darse por hecho que el resultado o consecuencia lógica derivada de una relación causa-efecto de la Due Diligence, es precisamente, la redacción de las Manifestaciones y Garantías, en las que se consignara la situación en la que la empresa se encontraba la luz de la revisión realizada. Así, mientras que las Manifestaciones actúan como parte de la Due Diligence, las Garantías actuarán siempre como consecuencia. Sin embargo, conviene detenerse en la consideración de ambas técnicas, de manera que no se caiga en la mecánica de la práctica que pretenda su configuración conjunta, y estudiar las implicaciones que puedan surgir de su combinación. En primer lugar, cabría diferenciar la función principal de ambas. Desde la perspectiva del comprador, la Due Diligence pretende la obtención de una ingente información, que luego derivará en la posibilidad de negociación para el establecimiento de determinados estándares de garantía y para la concreción del precio. Las Manifestaciones y Garantías por el contrario, buscan la protección de la parte compradora.⁸⁴ En este punto pudiera plantearse, en primer lugar, una situación en la que simplemente se realizase una Due Diligence de manera que se aumentaran los estándares de diligencia para el comprador, pero se mantuviesen los remedios legales o tradicionales del Código Civil para su protección o tutela de sus intereses - acciones edilicias-. Eso tendría elementos positivos, como la inexistencia de límites cuantitativos en materia de responsabilidad, pero también algunos inconvenientes notables, como la posible inconsistencia entre la situación de partida de determinados

⁸⁴ GILI SALDAÑA, M.A., "SENTENCIA de 3 de septiembre de 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del comprador en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 86, 2011, págs. 1075-1096, pág. 1088

elementos integrantes de la empresa en el momento de realización de la Due Diligence.

Resultaría apropiado preguntarse si sería conveniente seguir protegiendo por la vía legal al comprador en caso de advertir este durante la realización de la Due Diligence cambios al respecto a las Manifestaciones previas hechas por el empresario vendedor. La respuesta, a mi entender debe ser afirmativa, por una razón evidente. Por mucho que el empresario vendedor haga una serie de manifestaciones, si posteriormente a ellas se ha podido constatar mediante una Due Diligence que estas no son reales, puede considerarse reprochable que el vendedor siga adelante con el negocio sin tomar las precauciones oportunas -prestación de garantías- siguiendo la línea de lo argumentado hasta el momento en este trabajo. La diferencia respecto del resto de casos es que aquí, la Manifestación realizada por el empresario vendedor, le vincula y le compromete. A este respecto cabe destacar la actuación del empresario vendedor el cual tiene un deber de negociar bajo el principio de buena fe⁸⁵ y porqué este se verá vinculado por la doctrina de los actos propios "*venire contra factum proprium*" que deriva directamente del principio de buena fe. Esta doctrina postula el deber de coherencia de los actos realizados, es decir, que a nadie le esta permitido volver o ir contra sus actos -las manifestaciones-, esta doctrina persigue el afianzamiento de la confianza legítima impidiendo que la incoherencia y la contradicción posterior, lesionen los intereses ajenos rompiendo la seguridad jurídica creada inicialmente en un negocio jurídico en el que se había generado una expectativa.

En este sentido, y a pesar de la vinculación a la que está sujeto el vendedor, es reprochable que el comprador no tome más precauciones como se ha apuntado anteriormente, pero en ningún caso puede ser desprovisto de la garantía simbólica que le otorga la expectativa generada por la manifestación del vendedor. Así, aunque no parece habitual, el comprador podría haber optado por la mera utilización de una cantidad considerable de información proporcionada por la Due Diligence y, al mismo tiempo, por una protección por la vía legal. Basándose en una creencia de que el empresario vendedor garantiza -vía manifestaciones- la reconducción de la situación aflorada por la Due Diligence hasta que hacerla coincidir con la que había prometido inicialmente. Por tanto, parece difícil desprover al comprador de los remedios previstos legalmente y que en este caso vendrían apoyados en el sustento de las Manifestaciones realizadas por el empresario. No obstante, en sede judicial el comprador se puede ver perjudicado por su falta de diligencia, viéndose penalizado

⁸⁵ Art. 7.1 C.c.

por una posible insolvencia del vendedor o por otros factores que le impidan a este último la reconducción de la situación real hacia lo manifestado inicialmente. Por ello, a pesar de que el comprador quede protegido, es muy recomendable que se solicite la prestación de garantías ya que los remedios legales no son omnipotentes y no es recomendable abandonar todo a su suerte. En este sentido, las garantías se postulan como las medidas más importantes para corregir las desviaciones que han aflorado durante la realización de la Due Diligence. Su uso ofrece mayor elasticidad debido a la posibilidad de su configuración ad hoc en función de las distintas situaciones. Y ofrecen una mayor claridad y fácil interpretación ante las posibles discrepancias que puedan surgir tras la perfección del contrato de compraventa de empresa. Es por ello que son un recurso muy recomendable para garantizar la seguridad jurídica de la operación en relación a una adecuada formación del contrato de compraventa de empresa.

12.- La funcionalidad de la Due Diligence

Tal como se ha indicado en los primeros compases de este trabajo, la perspectiva de una búsqueda de los remedios que se encuentran en el ordenamiento jurídico y en la práctica contractual para el establecimiento de determinadas garantías frente a la inadecuación del objeto en el particular negocio que supone el contrato de compraventa de empresa. Debe traernos a la opinión de que la funcionalidad primordial que se debe otorgar a la Due Diligence es la de remedio, y en especial, la de garantía frente a la contraparte, de manera que determinadas características o cualidades del objeto se revelan necesarias o contractualmente establecidas y fijadas. En cierto modo esta visión resulta parcial, ya que, por un lado, parte de la visión desde la mera perspectiva del comprador, ignora las perspectivas que puede tener para el vendedor, pero además, la configuración de la funcionalidad de la Due Diligence va más allá incidiendo directamente en aspectos de la contratación como la determinación del precio y la prueba en juicio.

12.1.- Funcionalidad para el comprador

En primer lugar como método para determinar el precio, se utilizarán los diferentes elementos que pueden constituir contingencias a partir del análisis de los diferentes sectores de la empresa. Cada una de las realidades que pudiesen surgir o de los elementos que pudieran ser tenidos en cuenta minorarán el valor de la empresa, por lo que el comprador deberá utilizarlos en la negociación para procurar reducir lo máximo posible el precio a abonar, de manera que logre llegar al precio óptimo en el que se satisfagan sus intereses. La perspectiva es, sin embargo diferente, según la situación en la que se realice la Due Diligence, ya que, si ésta opera con posterioridad a la determinación del precio, sólo servirá para que no se perfeccione el contrato sometido a condición suspensiva. Ello tan sólo podría suponer un verdadero uso para la determinación del precio si la no perfección implicase una renegociación del mismo. Por el contrario en caso de que el precio se decida con posterioridad a la realización de la Due Diligence, la operatividad de la función de determinación del precio adquiere plena virtualidad.

En segundo lugar como estándar de garantía es la que jurídicamente tiene más interés puesto que supone una cierta desviación de la construcción propia del Derecho español. En este sentido cabe precisar que el concepto de falta de conformidad no se

aleja, en este sentido, del estándar de garantía que, supone una de las funciones de la Due Diligence. Esta implica la determinación de la posibilidad del comprador de requerir las cualidades que se analizaron y que se consignaron en la documentación al efecto, especialmente si concurrieron con unas Manifestaciones y Garantías.

En tercer lugar como prueba en juicio debido a su carácter preventivo, la Due Diligence permite recurrir a ella para su utilización en caso de ser necesario hacer valer los remedios por falta de concordancia de algún elemento de la empresa con lo revisado, de igual modo que ante las posibles contingencias, como pasivos ocultos, que pudiesen surgir. La prueba en juicio reviste el carácter procesal de necesaria consideración para la gestión de las situaciones adversas o patologías a través de las que pudiera atravesar el contrato.

12.2.- Funcionalidad para el vendedor

Como se ha indicado anteriormente, la utilización de la Due Diligence por parte del comprador supone una elevación del estándar de diligencia en su actuación, de manera que el vendedor tendrá menores obligaciones y, consecuentemente, menor responsabilidad en relación con él. En caso de no haberse instrumentado determinados remedios de índole contractual y de tener que recurrir a los remedios tradicionales, la responsabilidad precontractual sería mucho menor en este supuesto. Ello no obstante, no quiere decir, como sucede en el Derecho norteamericano, con el sustento del principio *caveat emptor*, que el vendedor quede exento de toda responsabilidad. Ahora bien, esta se mantiene, pero queda reducida por el contrapeso existente en la parte de comprador, cuyo estándar de diligencia queda aumentado en razón de la práctica de la Due Diligence.

En este sentido, la Due Diligence elaborada por el empresario vendedor tiene por objeto un mejor conocimiento de la propia empresa para así lograr evitar contingencias que le conlleven una responsabilidad. Por tanto lo que el vendedor busca mediante la realización de una Due Diligence, probablemente en un momento anterior a la realización de la Due Diligence por parte del comprador, por lo tanto, bien de manera previa, bien en un estadio primario de la negociación contractual, es proveerse de la mayor información posible de su empresa. De esta forma podrá conocer las particularidades a la hora de que el comprador realice su propia Due Diligence y de tal modo podrá desplegar de manera solvente los deberes precontractuales a que la

buena fe le obliga a no incurrir. Esta información también le permitirá evitar situaciones en las que, debido a un conocimiento mayor de la empresa y de su realidad exterior por parte del comprador, este último pueda configurar unas determinadas condiciones económicas de la transacción que, a primera vista, pudieran resultar acordes para el vendedor, pero que, en caso de haber conocido el negocio en mayor profundidad, podrían haber sido sustancialmente mejores.

13.- Conclusiones Finales

Tal como se reflejaba en la introducción de este trabajo, el objetivo principal del mismo era investigar que es y en que consiste una Due Diligence y sobre todo sus efectos en el proceso de compraventa de empresa, que es un proceso ciertamente particular y que contiene algunas especialidades que no se observan en otro tipo de compraventas.

Una vez analizada la bibliografía y jurisprudencia y confrontadas con las diferentes posturas doctrinales y junto a la legislación vigente se puede llegar a las siguientes conclusiones.

1- En primer lugar la figura de la Due Diligence es un método de obtención de información sobre la empresa que comprende multitud de aspectos y que es de gran utilidad porque ofrece un análisis global, de forma que no se limita a la simple plasmación de la situación de la empresa -o sociedad- en el momento de su realización como hace una auditoría sino que contiene el reflejo del estado de los aspectos analizados a través del tiempo, así como el análisis de las consecuencias que este estado pasado y el actual puede conllevar en un momento posterior al presente. La Due Diligence es una técnica contractual con una esencia de medida preventiva, la cual incide directamente en su elaboración y en la forma en que se presenta. Debido a que su utilización -generalmente por parte del inversor- permite a este tomar la decisión más adecuada partiendo de la base de una correcta valoración de los riesgos de la operación, basándose en una fiel imagen del estado de la empresa dotándole de la diligencia exigible antes de realizar un negocio de este tipo.

2- En segundo lugar se puede llegar a la conclusión que la realización de la Due Diligence en los procesos de compraventa de empresas, es una práctica extendida en las operaciones de fusión y adquisición de empresas. Como he tenido oportunidad de mencionar durante la realización del trabajo, el contrato de compraventa de empresa no se puede incardinar dentro de los preceptos de compraventa mercantil descritos por el artículo 325 y siguientes del Código de Comercio y que, en mi opinión, tampoco puede considerarse acto de comercio. La utilización de Due Diligences en los procesos de compraventa llevados a cabo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tampoco puede ser considerada como un uso de comercio tal como indica el artículo 2 del Código de Comercio. Debido a que no tienen origen ni reflejo en nuestro ordenamiento jurídico y a mi entender tampoco suficiente arraigo, lo que las convierte en difícilmente asimilables a un uso de comercio aunque se pudiera calificar a la

compraventa de empresa como acto de comercio. Por tanto, el fundamento de la necesidad de la realización de una Due Diligence encuentra su lugar en el artículo 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital donde se establece que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, deberán informarse diligentemente y desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido este como interés de la sociedad. En el contexto de una compraventa de empresa, normalmente quien adquiere será un empresario o inversor que esté al frente de otra sociedad o también, alguien no sea empresario pero pretenda adquirir una empresa para convertirse en empresario. Por tanto se entiende que su diligencia como administrador no empezará en el momento en que la adquiera, sino antes, debiendo informarse de forma diligente sobre la empresa que pretende adquirir teniendo en cuenta que será una operación que va a incidir directamente en sus finanzas y a repercutir directamente en su futuro como empresario. Resulta evidente pues, que no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que obligue a realización de una Due Diligence, ni tan sólo como medida de diligencia específica, pero por su configuración y su utilidad es enormemente recomendable para el fin que persigue en el caso de compraventas de empresas.

3- El resultado de la Due Diligence se utiliza siempre para la misma finalidad pero su realización se puede llevar a cabo en diferentes momentos de la negociación de la compraventa. En primer lugar y una vez que ha quedado patente el interés del inversor por la empresa Target, como punto de partida de las negociaciones dónde se tendrá en cuenta el resultado arrojado por la misma para desestimar la compra de la empresa o continuar con ella. De tal manera que se pueda calibrar el precio de la misma en función de las contingencias que hayan salido a la luz mediante el proceso de Due Diligence o en su caso, instar al vendedor a que preste garantías suficientes para cubrir las contingencias detectadas o respecto de las que se tenga previsión de que pueden aparecer. En segundo lugar la Due Diligence se puede realizar una vez alcanzado un acuerdo sobre el precio y firmado un contrato de compraventa, el cual no se perfeccionará hasta que no se haya realizado una Due Diligence que actuará como condición suspensiva de dicha perfección. En este caso, para ser exactos, la condición suspensiva será la realización de la Due Diligence y la constatación de que los resultados de esta se adecúan a lo previsto inicialmente. Ya que el hecho de afirmar sin matices que la Due Diligence actúa como condición suspensiva implicaría aceptar que una vez realizada, independientemente del resultado que esta arrojará -incluyendo un resultado perjudicial para el comprador- automáticamente se perfeccionaría el contrato causando un perjuicio al comprador. Hecho que iría en contra de la *ratio legis*

de la Due Diligence y que no tendría ningún sentido. A pesar de ello, no se observan diferencias sustanciales en cuanto a los efectos de las dos formas de conjugar los tiempos entre la realización de la Due Diligence y la culminación de la compraventa. De alguna manera la Due Diligence siempre precederá a la perfección del contrato de compraventa por parte del comprador. Pero cabe reconocer que la configuración de la Due Diligence como condición suspensiva del contrato puede acarrear más dificultades -a nivel formal- por tener que cambiar ciertas características del contrato previamente configurado, como el precio y la inclusión de más garantías por parte del vendedor. Conllevando que se abra un periodo de renegociación y que se tenga que realizar otro contrato nuevo, pero a pesar de estas incomodidades no supondría ninguna variación sustancial de las consecuencias que podría tener para el comprador ni para el vendedor.

4- Un factor clave para realizar con éxito la Due Diligence, es la correcta elección de los campos que van a ser objeto de análisis así como los tiempos para su ejecución. En primer lugar estos factores reducirán costes innecesarios ligados principalmente a una posible Due Diligence sobredimensionada que provocarían que el coste que generalmente representa este proceso y que resulta amortizable con relativa facilidad debido a la seguridad que aporta, dejara de ser rentable convirtiéndose en un coste más elevado que el perjuicio que podría ocasionar al comprador la adquisición de una empresa con determinadas contingencias. Por otra parte también podría pasar lo contrario y que tras una mala elección de los términos en que debe realizarse la Due Diligence, se optara por revisar factores que resultaran claramente insuficientes para formar una imagen fiel de la situación de la empresa. Esto provocaría que la Due Diligence perdiera su principal función, convirtiéndose en un coste añadido e innecesario que no aportaría ningún valor a la compraventa. Debe apuntarse aquí, que por norma general, la conjunción del saber hacer de los técnicos encargados de realizar la Due Diligence junto con el conocimiento que el comprador pueda tener del sector y de la empresa objeto de la adquisición unidos a la colaboración que preste el empresario vendedor, permitirán un correcto ajuste y calibración de las necesidades del proceso de Due Diligence para llegar a un punto de equilibrio entre su coste y la seguridad jurídica que aporta.

5- De entre las diversas funciones que cumple la Due Diligence durante el proceso de compraventa, algunas de las más importantes se producen, como es lógico, antes de la perfección del contrato. Pero a diferencia de lo que puede parecer a simple vista, la principal función de la Due Diligence no es el decidir si continuar con el proceso de compraventa o desestimar la opción de llevar a cabo la operación. Esta decisión tan

sólo representa la consecuencia inmediata de que llegue a buen puerto o no la negociación posterior al resultado de la Due Diligence. En este sentido, la función más importante de la Due Diligence es el análisis de las circunstancias de la empresa que puedan ocasionar contingencias para la misma de forma inmediata o en un futuro para poder insertar factores de corrección en el contrato de compraventa que permitan prevenir sus consecuencias. Siguiendo la estructura del proceso de la Due Diligence, se observa que en función de los resultados arrojados una vez finalizada, el comprador se verá obligado -en caso de que sea necesario- a reformular los términos de la compraventa que había convenido inicialmente con el vendedor. Por este motivo, una vez se ha alcanzado un grado de simetría mayor -que no total- a nivel de información, la parte compradora intentará ajustar las características de la compraventa a la imagen real reflejada por la Due Diligence. La primera consecuencia de ello será renegociar el precio en caso que ya se hubiera acordado anteriormente o establecer un precio diferente al que tenía pensado ofrecer inicialmente el comprador en caso de no haberse negociado nada con anterioridad. Y la segunda consecuencia será solicitar al empresario vendedor garantías para determinados aspectos respecto de los cuales pueda el comprador tener dudas o incertidumbres una vez realizada la Due Diligence. Por tanto la función principal de la Due Diligence es la recopilación de la información necesaria para el ajuste del contrato de compraventa a la realidad del estado en que se encuentra la empresa objeto de compra y la prestación de garantías por parte del vendedor partiendo de una mayor simetría de la información de ambos actores implicados. Dotando de mayor seguridad jurídica al comprador para que este realice la operación que realmente quiere llevar a cabo o en las condiciones en que la quiere llevar a cabo con pleno conocimiento de causa.

6- Un tema central en este trabajo es la determinación de las consecuencias de la realización previa de una Due Diligence una vez se ha culminado la compraventa de la empresa y surgen contingencias en esta que afectan directamente al comprador como nuevo titular del negocio. Ha sido realmente difícil recabar información al respecto, debido a que la realización de una Due Diligence, deja poco margen de error y por tanto no existe abundante literatura jurídica ni jurisprudencia que arroje algo de luz a esta cuestión. En este sentido y según las sentencias analizadas cabe entender que cuanto más sepa el comprador, más riesgo asumirá. Es necesario matizar esta afirmación ya que de forma descontextualizada puede llevar a confusión. La misma hace referencia a que todos los aspectos de los que tenga conocimiento el comprador no podrán ser empleados posteriormente como base para iniciar alguna acción de

reclamación en relación a la aparición de alguna contingencia derivada de dichos aspectos. Esta consideración, se sustenta en el hecho de que se estaría sobreprotegiendo al comprador si se le otorgara el beneficio de poder iniciar acciones por contingencias surgidas a posteriori de la compraventa y que estuvieran relacionadas además con informaciones de las que se hubiera podido nutrir de forma ingente mediante un proceso de Due Diligence. Parece evidente que se estaría rompiendo el equilibrio en la asunción de responsabilidades y también el equilibrio en el deber de diligencia entre las dos partes implicadas en la compraventa. A pesar de que con ello se induce al comprador a tomar decisiones, coherentes, prudentes y con cierta racionalidad en relación a la información obtenida en la Due Diligence, no le supone ningún tipo de agravio puesto que únicamente representa una actuación diligente que debería ser inherente a toda decisión tomada por cualquier empresario.

Ante este planteamiento, es necesario no caer en el error de pensar que la realización de una Due Diligence puede conllevar más riesgos que beneficios para el comprador y al revés para el vendedor. Y que desde el punto de vista del inversor sería más seguro no informarse sobre nada y así poder reclamar a posteriori por cualquier desviación asegurándose una aceptación total de sus pretensiones bajo la premisa de su desconocimiento. Esta premisa es errónea a todas luces por dos motivos: en primer lugar, de actuar así, el comprador estaría incurriendo en un incumplimiento de su deber de diligencia que le conllevaría que no pudieran ser admitidas sus pretensiones. Y en segundo lugar, porque el desconocimiento total a cerca de las circunstancias que rodean la empresa objeto de adquisición, le podría conllevar unos perjuicios de tal entidad que le serían difícilmente reparables de manera total mediante cualquier tipo de remedio derivado de una acción judicial posterior, ya que en determinadas situaciones, sería complicado restituir a ambas partes a la situación anterior de forma total, debido a las particularidades que hubieran rodeado a la compraventa. Todo ello conduce a pensar que resulta muy recomendable, además de rentable a nivel económico y por la seguridad jurídica que aporta, la realización de una Due Diligence para informarse como mínimo sobre las circunstancias de la empresa objeto de compra que podrían causar un mayor perjuicio al comprador o desde otro prisma que podrían ocasionar una mayor responsabilidad al vendedor.

7- Respecto a la protección ofrecida por las acciones edilicias y al hilo de la conclusión anterior, cabe precisar que la Due Diligence no excluye de forma automática su aplicación, pero cabe entender que las convierte en estériles frente a reclamaciones

relativas a contingencias derivadas de informaciones obtenidas mediante la Due Diligence. Ello tiene su fundamento en el hecho que las acciones edilicias se basan principalmente en un elemento sorpresivo y desconocido ante el cual se encuentra una de las partes -normalmente el comprador- al detectar un derecho, defecto o vicio que no podía detectar o que permanecía totalmente oculto ante esta. Es en este caso dónde el efecto neutralizador de la información que proporciona la Due Diligence - inexcusabilidad de la falta de información- actúa dejando sin fundamento la base sobre la que se sustentan las acciones edilicias y por extensión sus efectos reparadores.

No es el origen, contractual en el caso de la Due Diligence y legal en el caso de las acciones edilicias, lo que las hace incompatibles. Sino su funcionalidad como técnicas para resolver la inadecuación del objeto de la compraventa -la empresa- lo que las convierte excluyentes entre si. Se puede llegar a esta conclusión si se analiza la naturaleza preventiva de la Due Diligence y la naturaleza reparadora de las acciones edilicias. Esta exclusión obviamente no es absoluta ni taxativa y puede tener algún matiz en función de la casuística, pero parece evidente que si se aplica una, difícilmente se podrán aplicar las otras, a la vez que si se aplican las otras será porque no se ha aplicado la primera. Todo ello en relación al ámbito en concreto en el que se hayan centrado.

8- En referencia a la especial relación entre la Due Diligence y las Manifestaciones y Garantías hechas por el empresario vendedor se puede llegar a varias conclusiones. La primera es que debido a su origen contractual, las manifestaciones y garantías son una técnica muy flexible y adecuada para resolver la inadecuación del objeto de la compraventa -la empresa-. La segunda es que a pesar de ser técnicas diferentes guardan especial relación y aunque no son procesos vinculados de forma imperativa, generalmente las manifestaciones y garantías son consecuencia de la Due Diligence debido a que se complementan entre sí. Ello no implica que todas las manifestaciones y garantías tengan necesariamente el origen en una Due Diligence, pero cuando se ha realizado esta y existen manifestaciones y garantías muy probablemente estas tengan su origen en la Due Diligence. La tercera es que las manifestaciones vinculan poderosamente a quien las realiza, generando una excepción incluso a la regla general de la inexcusabilidad de la falta de información que se deriva de la Due Diligence, de tal manera que estas prevalecerán por encima del deber de diligencia que tendría que tener el comprador en relación a las informaciones que este obtiene mediante la Due Diligence, permitiéndole que actúe acorde con las manifestaciones y

en sentido contrario a los resultados de la Due Diligence cuando ambas se contradigan. Esta potente vinculación a la que someten las manifestaciones a quien las realiza no debe entenderse como un factor al que el comprador puede encomendarse sin más. Pues como se ha indicado en el apartado correspondiente, tanto si las manifestaciones se han realizado antes como si se han realizado después de la Due Diligence, si estas no son concordantes con lo reflejado en la Due Diligence, será deber del comprador solicitar la prestación de garantías para que se pueda estimar cualquier tipo de acción reparadora posterior, precisamente porque no se parece razonable que el comprador que ha tenido la oportunidad de constatar que la realidad no se adecuaba a lo manifestado por el vendedor, le hiciera caso tomando una decisión que le va a perjudicar y una vez perjudicado acudiera a buscar el amparo que proporcionan las acciones reparadoras. En este sentido cabe entender que esta excepción no es una excepción total sino que si la actitud del comprador no ha sido diligente en todo momento esta no operará para desvirtuar la presunción de las informaciones obtenidas mediante la Due Diligence.

9- En relación a la funcionalidad que tiene la Due Diligence es necesario diferenciar entre la funcionalidad que esta otorga al comprador y la que otorga al vendedor de la empresa. De esta forma, el comprador la utilizará como referencia para calibrar el precio de la compraventa de la empresa de forma que este se ajuste a la realidad que ha reflejado la propia Due Diligence. Por otra parte también se podrá utilizar la Due Diligence como referente de estándar de garantía, puesto que se podrá condicionar la conformidad de la empresa objeto de adquisición a si esta se ajusta a lo reflejado en la Due Diligence o si el estado de la empresa se ajusta a unos parámetros determinados en la realización de la Due Diligence. Y en último lugar también se podrá emplear la Due Diligence como prueba en juicio ya que sus resultados serán utilizados en sede judicial como elemento probatorio en relación a las informaciones que contiene, como base para realizar las valoraciones relativas a las acciones planteadas en el caso de que surja una controversia o una contingencia posterior a la compraventa de empresa.

Por otra parte y como parte implicada en la compraventa, el vendedor también tiene que tener en cuenta la funcionalidad de la Due Diligence. En este sentido para el vendedor representará una forma de exoneración de la responsabilidad respecto de los aspectos analizados en la Due Diligence de tal forma que la información reflejada en esta, se presumirá conocida por parte del comprador con las consecuencias posteriores que ello conllevará a la hora de afirmar que se desconoce un determinado

aspecto de la empresa que pueda causar un perjuicio al comprador -siempre y cuando este perjuicio pudiera razonablemente prevenirse a partir de la información obtenida mediante la Due Diligence-. Además de ello, la Due Diligence, tanto si es realizada por el comprador como si la realiza previamente el propio vendedor, le servirá a este último para tener un mayor conocimiento de los entresijos de su propia organización. Poniéndole en conocimiento de posibles contingencias de las cuales tuviera que asumir la responsabilidad en un futuro. Así como para conocer los puntos débiles y los puntos fuertes de su propia empresa lo que le permitirá iniciar una negociación del precio de la compraventa que facilite llegar a un acuerdo de forma más rápida e intentar sacar un beneficio mayor debido a la información adicional de la que dispone.

10- Por último, se puede constatar que la adopción en nuestra práctica mercantil de técnicas como la Due Diligence, se puede enmarcar dentro del proceso de globalización económica fruto del cual se está produciendo una cierta “globalización del Derecho”, que está directamente influida por un ordenamiento jurídico internacional creado a partir de instituciones supraestatales (Unidroit, OMC, OCDE) y de la propia práctica mercantil dominada por los principales actores económicos a nivel internacional -empresas transnacionales-. A raíz de ello podemos observar que la Due Diligence, de origen americano, se ha extendido como técnica contractual debido a la influencia que tiene la práctica mercantil americana dentro del contexto de la *Lex mercatoria*. En esta tesitura, nuestro ordenamiento jurídico interno, así como nuestros tribunales, han tenido que dar alojamiento a la Due Diligence, de manera que han tenido en consideración -para tener un mayor conocimiento de la misma- su sistemática y sus efectos en su ordenamiento jurídico de origen. Y a partir de aquí, se ha adaptado esta técnica contractual a nuestro marco normativo y jurisprudencial para poder establecer sus efectos y su interacción con otras técnicas afines o que puedan tener relación con los procesos de compraventa de empresas. Este proceso de definición de sus efectos es relativamente lento por dos motivos: en primer lugar porque la Due Diligence es una técnica importada hace relativamente pocos años y en segundo lugar porque al no ser una figura típica de nuestro ordenamiento jurídico, se van perfilando sus particularidades a partir de la casuística que va surgiendo en los tribunales.

14.-Fuentes y bibliografía

14.1.- Leyes consultadas

Leyes orgánicas

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Leyes

- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

Reales Decretos Legislativos

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Reales Decretos-Ley

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el código Civil
- Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

- Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

14.2.- Jurisprudencia consultada

Tribunal Supremo

- STS de 4 de diciembre de 1956, (RJ 1956,4121)
- STS 25 enero 1957 (RJ 1957,372)
- STS 31 enero 1971 (RJ 1971, 370)
- STS 21 junio 1978 (RJ 1978, 2359)
- STS 26 Octubre 1981 (RJ 1981,4001)
- STS 3 de febrero del 1986 (RJ 1986,409)
- STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987,5494)
- STS de 27 de enero de 1988, (RJ 1988,151)
- STS de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1403)
- STS 29 marzo 1994 (RJ 1994, 2304)
- STS 8 julio de 1994 (RJ 1994, 6300)
- STS 12 junio de 1997 (RJ 1997, 4770)
- STS 27 noviembre 1998 (RJ 1998, 324)
- STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9380)
- STS de 20 de noviembre de 2002, RJ 2002/10263
- STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003/5631)
- STS de 15 de julio de 2003, (RJ 2003, 5839)
- STS de 19 de junio de 2006, (RJ 2006, 3993)
- STS de 11 de julio de 2007, (RJ 2007, 5132)
- STS de 10 de marzo de 2008, RJ 2008/1553
- STS de 31 de marzo de 2008, JUR 2008/252122
- STS 22/2009, de 23 de enero (RJ\2009\1270)
- STS 230/2011, de 30 de marzo (RJ \2011\3133)

Audiencias provinciales

- SAP Málaga 17 de febrero de 1992 (AC 1992, 356)

- SAP de Granada de 22 de abril 1995, AC 1995/616
- SAP Barcelona 5 de enero 2000 (AC 2000, 686)
- SAP de Salamanca de 11 de marzo de 2002, AC 2002/852
- SAP Girona (Sección 2ª), de 12 de julio de 2004 (AC 2004/1748)
- SAP de Málaga de 22 de abril de 2005, JUR 2005/143273

14.3.- Bibliografía

- 1- Alonso Pérez, María Teresa. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, ISBN 9788476984338
- 2- Álvaro Arjona, José Mª y Carrasco Perera, Ángel. *Adquisiciones de empresas*. 3ª Edición, Editorial Aranzadi, 2010, ISBN 9788499035062
- 3- Álvarez Caperochipi, Jose Antonio. *El mandato y la comisión mercantil*, Editorial Comares, Granada, 1997, ISBN 9788481515084
- 4- Cabanillas Sánchez, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993, ISBN 9788476982396
- 5- Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto. *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Editorial Comares, Granada, 2000, ISBN 9788484441793
- 6- Díez-Picazo y Ponce de León, Luís. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I ("Introducción a la teoría del contrato"*, 1993, Editorial Civitas.
- 7- Díez-Picazo y Ponce de León, Luís. *"Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II - Las relaciones obligatorias (Estudios y Comentarios de Legislación)"*, Editorial Civitas, 2008, ISBN 9788447029440
- 8- Gimeno Ribes, Miguel. *La protección del comprador en la adquisición de empresa estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*. Granada, Editorial Comares, 2013, Colección mercatura. ISBN 9788490450284
- 9- Hernando Cebriá, Luís. *El contrato de compraventa de empresa: (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2005. ISBN 978848456457
- 10- Hernando Cebriá, Luis. *La revisión legal ("Legal Due Diligence") en el derecho mercantil*. 1ª Edición, Editorial Comares, 2008, Colección mercatura. ISBN 9788498363982
- 11- Sole Resina, Judith. *Los arrendamientos de obras o servicios*, Editorial Tirant lo Blanch Derecho, 1996, ISBN 9788480024259

- 12- Tapia Hermida, Alberto Javier. *Derecho del mercado de valores*. Editorial Cálamo, Barcelona, 2003, ISBN 9788495860262
- 13- Trigo García, María Belén. *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Editorial Comares, Granada, 1999, ISBN 848151909X
- 14- Vaquero Pinto, María José. *El arrendamiento de servicios*, Editorial Comares, Granada, 2005, ISBN 9788484449294

14.4.- Publicaciones periódicas

- 1- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. “*Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil*”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm.7,1985, Págs. 2175-2186
- 2- Garrigues, Joaquín. “*Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el proyecto de reforma*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 47, 1928, Págs. 801 a 816.
- 3- Garrigues, Joaquín. “*Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil*”, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 71, 1959, Págs. 7 a 60.
- 4- Garrigues y Díaz-Cañabate, Joaquín. “*Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil*”, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 80,1960, Págs. 157-297
- 5- Gili Saldaña, M^a Angels. “Sentencia de 3 de septiembre de 2010: Contrato de compraventa de acciones. Incumplimiento contractual. Remedios frente al incumplimiento de las cláusulas de manifestaciones y garantías. Efectos del conocimiento del comprador en los remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Lucro cesante. Compraventa de sustitución o reemplazo, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Núm. 86, 2011 , Págs. 1075-1096
- 6- Hernando Cebriá, Luís. “*La incidencia de la Legal Due Diligence (“revisión legal”) en la contratación mercantil contemporánea*” Revista de Derecho Mercantil, 2006, nº 260, p.603-640.
- 7- Jordano Barea, Juan Bautista. “*Contratos mixtos y unión de contratos*” (comentario a la STS de 27 de febrero de 1950), Anuario de Derecho Civil, 1951, págs. 321 a 329
- 8- Jordano Fraga, Francisco “*Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*”, en Anuario de Derecho Civil, 1.991, págs. 5 a 96.

- 9- Morales Moreno, Antonio Manuel. “*El alcance protector de las acciones edilicias*”, Anuario de Derecho Civil, 1980, págs. 635-657
- 10- Morral Soldevila, Ramón. “*La compraventa de inmueble para uso o consumo empresarial (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 1995)*”, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 224, 1997, Págs. 777-796.
- 11- Paz-Ares Rodríguez, José Cándido. “*Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa*”, Anuario de Derecho Civil, 1983, Págs. 943-996.
- 12- Paz-Ares Rodríguez, José Cándido. “*La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 20-XI-1984)*”, Revista de Derecho Mercantil, 1985 Págs. 245-264