



TRABAJO DE FIN DE GRADO

“SINGULARIDADES EN LA TRANSMISION DE UNA EMPRESA. ALCANCE Y CONTENIDO”

Trabajo realizado por Xabier Berdugo Yubero

Dirigido por D. Ángel Pagazaurtundua Uriarte

Grado en Derecho

Curso 2015/2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. PROCEDIMIENTO DE COMPRAVENTA	5
3. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA	6
1. Concepto y Caracteres.....	6
2. La empresa como objeto del contrato de compraventa.	8
2. I. Pluralidad de objetos y propiedad de la empresa.	10
3. Elementos del contrato.	12
3. I. Elementos Personales.	12
3. II. Elementos reales.	15
3. III. Elementos formales.	20
4. Naturaleza y mercantilidad del contrato de compraventa de empresa.....	21
5. Obligaciones de las partes.	23
5. I. Obligaciones del vendedor.	23
5. II. Obligaciones del comprador.	28
6. Garantías legales.	29
6. I. Derecho de retención de la empresa.	29
6. II. Resolución de la venta.	30
6. III. Suspensión del pago.	31
6. IV. Evicción.	31
6. V. Vicios ocultos.	32
6. VI. Garantía de rentabilidad.....	33
7. Contenido típico y estructura.....	34
4. LA CARTA DE INTENCIONES.	38
1. Concepto y caracteres.....	38
2. Particularidades prácticas.	39
3. Especial referencia a los contratos celebrados por vía electrónica.....	41
5. LA REVISIÓN TÉCNICA O DUE DILIGENCE	42
1. Concepto y caracteres.....	42
2. Funciones.....	44
3. Relación de la revisión técnica con las manifestaciones y garantías.....	45
4. Clases de revisiones por razón de la materia.	46
4. I. La revisión fiscal.	46

6. LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL	47
1. Características y cuestiones principales de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental.	48
2. La responsabilidad ambiental en el contrato de compraventa de empresa y la revisión medioambiental.....	49
7. LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y EL DERECHO LABORAL: EL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.	52
1. La responsabilidad solidaria de vendedor y comprador; la importancia de una correcta revisión legal.....	52
8. CONCLUSIONES.....	54
9. ABREVIATURAS	56
10. BIBLIOGRAFÍA.....	57

1. INTRODUCCIÓN

Con el presente Trabajo de Fin de Grado pretendo desarrollar los aspectos clave del contrato de compraventa de empresa, que excede del ámbito de la compraventa mercantil ordinaria, siendo un negocio jurídico complejo, que consta de varias fases diferenciadas y sumamente importantes.

El esquema que he seguido en su elaboración es bastante simple, comenzando por los aspectos más generales para finalizar con puntos específicos que me resultaban de mayor interés. Así, comenzaré con una breve descripción del procedimiento de compraventa de empresa, pasando a desarrollar las características del contrato y su estructura, como las obligaciones de las partes en el mismo.

Además, como aspectos concretos, incidiré también en la Carta de Intenciones, documento muy habitual en este tipo de operaciones y que sirve como un acuerdo marco, recogiendo unas bases generales o “reglas del juego” que permiten conocer los intereses de cada parte. Este documento podrá o no tener carácter vinculante –e incluso parte de sus disposiciones tenerlo y otras no- en función de su propia literalidad, aspecto que deberá ser observado con detenimiento por los profesionales del derecho.

Como punto más particular del procedimiento, explicaré brevemente el procedimiento de revisión técnica o Due Diligence, que consiste en el estudio e investigación de determinados datos de la empresa objeto del contrato con la finalidad esencial de realizar un informe detallado sobre los posibles riesgos o contingencias. Este informe será vital para el procedimiento, teniendo un gran peso en la redacción del contrato – incidirá significativamente en el apartado de “*manifestaciones y garantías*”- y en la determinación del precio.

Además, en los dos apartados finales incido en dos legislaciones específicas muy importantes a lo largo del procedimiento de revisión legal por el régimen de responsabilidad que imponen al empresario comprador o adquiriente. Así, la Ley de Responsabilidad Medioambiental reconoce como responsable subsidiario al comprador por las deudas y obligaciones contraídas por el empresario al que sucede, en especial por las sanciones pecuniarias derivadas de un daño ambiental.

La segunda normativa a estudiar se centra en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que de forma muy similar, hace responsable solidario al comprador por

las obligaciones en materia laboral y de Seguridad Social contraídas por el empresario vendedor durante los tres años anteriores a la transmisión.

En definitiva, el presente trabajo mezcla el aspecto teórico del contrato de compraventa de empresa con su aplicación práctica; intenta explicar tanto la base jurídica y doctrinal del proceso como aspectos que, si bien jurídicamente no tienen mayor importancia, pueden suponer puntos insalvables en cualquier negociación. Además, se incluyen menciones a prácticas y cláusulas no solo habituales, sino prácticamente obligatorias en este tipo de contratos.

2. PROCEDIMIENTO DE COMPRAVENTA

La compraventa de empresa es un negocio jurídico muy complejo, tanto por la cuantía del precio como por la pluralidad de precauciones que deben tenerse en cuenta a la hora de su redacción; pero además, se compone de varias fases, entre las que se pueden señalar principalmente¹:

La primera, un primer contacto entre las partes, que puede iniciarse tanto por el vendedor como por el comprador. En este acercamiento, la parte que inicie el proceso pone en conocimiento de la otra su intención de comprar o vender, para posteriormente desarrollar el proceso de compraventa.

Una segunda fase integra las primeras negociaciones, donde se puede observar una mayor seriedad en la intención de compra y venta, poniendo de manifiesto las líneas maestras y los primeros compromisos. Para ello, se recogen en un escrito denominado Carta de Intenciones (*Letter of Intent* o *Term Sheet*) que tendrá o no efectos vinculantes según la fórmula escogida y de acuerdo a la intención de las partes.

En tercer lugar encontramos una serie de procedimientos de auditoría, revisión o *Due diligence*. A través de los mismos, el vendedor pone a disposición del comprador información legal y financiera de la empresa objeto de compra, a fin de determinar el estado de la misma y fijar un precio adecuado y razonable. Es un procedimiento sensible por la información que se maneja y las eventuales contingencias que puedan surgir del mismo; por ello, es habitual y recomendable dejarlo en manos de profesionales de diversas áreas, a fin de recabar informes detallados sobre el estado y los riesgos, que deberán ser tenidos muy en cuenta a la hora de cuantificar la operación.

Una cuarta fase es la firma de un contrato privado de compraventa. Esta fase no es obligatoria pero es muy común; se redacta y firma un contrato de compraventa, de forma privada, pero se pospone la transmisión de la empresa hasta el cumplimiento de una serie de condiciones específicas de cada caso, aunque habitualmente se incluye la elevación a escritura pública.

¹ J. M^a. ÁLVAREZ, *¿Cómo se realizan las compraventas de empresas en España?*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 75.

En quinto y último lugar, encontramos el cierre de la operación, mediante uno o varios documentos públicos, acompañadas de la entrega y puesta a disposición de la empresa y el precio, dando ejecución al contrato de compraventa.

3. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA

1. Concepto y Caracteres.

En términos generales, si acudimos a la definición de compraventa dada por el artículo 1445 del Código Civil (en adelante, CC), -“*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*” - podemos extraer los aspectos más importantes del mismo, como son las partes, el objeto y el precio.

Sin embargo la compraventa de empresa no es un contrato de compraventa civil general, y aunque nos puede servir la definición del CC, va a revestir de unas características que hagan de él un contrato complejo y específico, con aspectos que deben ser muy cuidados a la hora de redactarlo en función de las especificidades del objeto concreto.

La dificultad de este tipo de contrato no radica solo en la complejidad del objeto o en la cuantía del precio que nos podamos encontrar, sino también en la pluralidad de disciplinas jurídicas que se han de tener en cuenta; derecho civil, derecho mercantil, derecho de la defensa de la competencia, derecho laboral, derecho administrativo y exigencias de la normativa de inversiones extranjeras y control de cambios, entre otras

En primer lugar y empezando de manera lógica, paso a hacer una breve aproximación al concepto y características del contrato de compraventa de empresa, que serán analizadas posteriormente en profundidad.

En cuanto al concepto, tal y como su propio nombre indica, el contrato de compraventa de empresa es aquel contrato mercantil en virtud del cual una parte, denominada vendedor, -y que además será empresario-, vende a otra, comprador -que tras la compra adquirirá la condición de empresario de forma derivativa- una empresa, en las

condiciones acordadas entre ambos. De este modo, con la simple definición, vemos claro el objeto y causa del contrato.

Como **objeto del contrato** hacemos referencia a una empresa, que si bien existe una cierta discusión doctrinal sobre el concepto de la misma a efectos de este contrato, la práctica mercantil permite considerarla como aquella unidad orgánica escindible del empresario sobre la cual éste posee un cierto poder de disposición, y que incluye bienes tanto corporales como incorporeales, además de derechos, cosas muebles, inmuebles, presentes, futuras y tanto específicas como genéricas.

Como **causa del mismo**, la doctrina mercantil ha considerado que este contrato supone la sucesión de empresario en la unidad orgánica que es la empresa. Es decir, se da un cambio del empresario, pasando el comprador a ocupar la posición del vendedor, con la intención de mantener la productividad y la continuidad de la empresa y su explotación, al menos como norma general.²

Además, entrando ya en sus características, es un contrato **atípico** y en consecuencia, no tiene una regulación legal específica en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, y dado que en nuestro derecho prima la libre voluntad de las partes tal y como se recoge en el artículo 1255 CC³, atenderemos a lo establecido en el contrato de forma consensuada, debiendo acudir de forma supletoria a las disposiciones del Código de Comercio (en adelante, CCo) y Código Civil respectivamente.

Aun teniendo en cuenta esta atipicidad, se ha venido realizando una labor de normalización tanto por la práctica como por la doctrina mercantil, de modo que en estos contratos vamos a observar aspectos comunes, denominados como “contenido típico”, un clausulado similar que ha sido heredado principalmente de la práctica anglosajona⁴.

Otro aspecto de sus características es la **bilateralidad**, la esencial existencia de dos partes, comprador y vendedor, que manifestarán su consentimiento a la compra y venta respectivamente, sobre la empresa objeto del contrato y en los términos y condiciones en él previstos.

² L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 82-83.

³ Art. 1255 CC: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*”

⁴ J. M^a. ÁLVAREZ, *¿Cómo se realizan...*, ob. cit. pp. 63.

Dado que en este punto nos encontramos con un objeto un tanto singular como es la empresa, será necesario determinar su alcance, contenido y características, por las cuales se precisan una serie de cláusulas y prudencias especiales a la hora de redactar un contrato de compraventa de empresa.

2. La empresa como objeto del contrato de compraventa.

Sobre el concepto de empresa existe una amplia discusión doctrinal, de modo que considero fundamental hacer una aproximación al mismo.

La doctrina tradicional diferencia tres perspectivas distintas del concepto, brevemente resumidas⁵.

- Teoría atomista: La empresa no es sino un conjunto desordenado de elementos.
- Teoría unitaria: Configura la empresa como una estructura, en la que los elementos integrantes tienen asignaciones funcionales racionales.
- Teoría ecléctica: Tiene por objeto la visión de esa totalidad con vida propia, en funcionamiento y en interacción con y hacia el mercado.

La doctrina mayoritaria se inclina hacia esta última teoría, que parece más acertada y práctica, visualizando la empresa como un ente vivo, dinámico, en constante y continua actividad, siendo esencial en la empresa que ésta desarrolle o pueda desarrollar una actividad dirigida al mercado, puesto que esta actividad es la que va a determinar y mantener su valor, y teniendo en cuenta que está compuesta por una pluralidad de elementos interrelacionados y necesarios para el correcto funcionamiento de la misma.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1992 considera que, a falta de pacto de las partes en el que se estipule la exclusión de determinados elementos, mediante la compraventa de empresa se entiende transmitido todo lo necesario para el correcto funcionamiento de la misma; es decir, todo lo que sea preciso

⁵ M. GIMENO RIBES, “La PYME como objeto de la compraventa y la fijación de su precio”, en L. HERNANDO CEBRIÁ (coord.) *La compraventa y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas*, Bosch, Barcelona, 2014. Pág. 109-110.

para la continuidad, todos aquellos elementos pertenecientes a la estructura empresarial fundamentales para desarrollar su actividad hacia el mercado⁶.

Una de las principales razones por las que la empresa como objeto de un negocio de compraventa es especial, es su dinamismo. Nos encontramos ante un ente con vida propia, en constante actividad, y ello es precisamente lo que hace de la empresa un objeto atractivo para potenciales compradores. En el más común de los supuestos, el comprador desea adquirir un conjunto, la empresa como estructura y actividad, es decir, todo lo que la empresa representa y todo lo que sea necesario para la continuidad en los mismos términos de producción, independientemente del cambio de empresario. Por ello, la práctica precisaba de un concepto que permitiera este tipo de operaciones de adquisición y transmisión, ya que así lo exige la realidad del mercado.

Sin embargo, esta continuidad encuentra un gran inconveniente, y es que es difícil concebir para el derecho la posibilidad de la cesión de una actividad empresarial determinada, puesto que la propia persona del empresario juega un importante papel en la misma. En opinión de L.H. Cebriá, se entiende que pueda llegar a darse, hasta cierto punto, una objetivación de la actividad, de modo que el peso recae sobre la propia empresa y no sobre el empresario, a pesar de que existen situaciones en las que indiscutiblemente es responsable el propio empresario, como es el caso de las relaciones laborales o determinados contratos.

La actividad en si misma considerada no puede ser objeto de transmisión. En la organización, la autoridad y gestión de un determinado empresario es fundamental, y la dota de unas especiales características de acuerdo a su forma de actuar. Una vez transmitida la empresa y cambiado el empresario, esa actividad organizativa se suspende. Hasta tal punto llega esa suspensión que varios autores consideran que no hay sucesión en la actividad empresarial, sino cese de la actividad de un empresario, el vendedor, e inicio de la actividad por parte de otro sujeto.

El empresario, como titular del poder de dirección y organización de la empresa llega a ser un elemento tan indispensable que es habitual encontrarnos contratos de

⁶ STS 13-02-1992, (RJ 1992\842), “en el clausulado se especifica que se vende el negocio o empresa mercantil «Confitería M.», entendiéndose incluidos los derechos sobre el nombre comercial y rótulo, los créditos, las autorizaciones oficiales, la clientela y expectativas del negocio y, de modo genérico cuantos elementos constituyen el fondo comercial, y «así mismo, el pasivo de la empresa»”

compraventa que incorporan una suerte de cláusula de permanencia. Es decir, se admite que la actividad de un empresario influye directamente en los resultados de la actividad, y por ello se desea mantener a ese empresario en plantilla; de este modo, para blindar ese pacto de permanencia, se acude a fórmulas de reserva parcial de precio, como la siguiente:

“Será condición indispensable para la exigibilidad de la cantidad correspondiente al presente pago, que a fecha ____ de ____ del año _____, los trabajadores _____ y _____ hayan permanecido ambos de alta como trabajadores de la Sociedad y en situación de pleno cumplimiento de sus obligaciones laborales. No obstante, si la baja como trabajadores de la Sociedad de alguno o de los dos trabajadores reseñados se produjera entre las fechas _____ y _____ podrá exigirse dicho presente pago, pero con las siguientes minoraciones. (A continuación se desglosarían las posibilidades de baja entre fechas, y la minoración correspondiente, mayor cuanto mayor sea la falta de cumplimiento).

La condición regulada en el presente apartado no será de aplicación si la baja como trabajadores se produce por una causa ajena a los mismos, esto es, fallecimiento, enfermedad incapacitante, fuerza mayor o despido no procedente.”

Esta técnica de reserva de parte del precio para prevenir eventualidades es muy utilizada; como se verá más adelante, es habitual en responsabilidades medioambientales, fiscales y laborales, ya que ante su aparición quedarán sufragadas con esa parte del precio reservada. A tal fin, podría emplearse la cláusula citada adaptándola a la responsabilidad correspondiente.

2. I. Pluralidad de objetos y propiedad de la empresa.

Otro aspecto clave de la empresa como objeto de compraventa es la propiedad de la misma y todo bien que la compone, independientemente de su naturaleza.

La empresa es una unidad orgánica, y por lo tanto, compuesta de distintos bienes, del más variado tipo y naturaleza, contando muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, fungibles... Pensemos en todo aquello que pueda ser necesario para desarrollar una actividad media: locales, maquinaria, vehículos, nombre comercial, imagen, rótulos, material de oficina, mercaderías etc. Sin embargo, esta realidad no comporta la propiedad de todos los elementos que la integran, es decir, no es necesario poseer a

título de dueño, ser propietario de todos y cada uno de los elementos de la empresa, sino que basta con disponer legítimamente de su goce y disfrute, su uso, independientemente del título.

Esto va a tener importantes repercusiones a la hora de redactar el contrato, puesto que el objeto debe ser definido lo más detalladamente posible, aunque como se ha mencionado anteriormente, el Tribunal Supremo considera que en la compraventa de empresa se transmite todo elemento necesario para el correcto desarrollo de la actividad, sin perjuicio de lo que se pacte como excluido. Por ello es común encontrarse con sendos anexos al contrato en los que se realiza un inventario de los elementos que integran la empresa y son transmitidos, así como el título que se ostenta sobre los mismos; de lo contrario, el comprador podría llegar a considerar que todo elemento transmitido se hace a título de dominio, generando graves problemas a futuro.

Tras esta explicación podemos ya ponernos en situación ante el problema de la pluralidad de elementos. En la práctica, no nos encontraríamos con un solo contrato, sino con un contrato por cada uno de los elementos que componen la empresa como unidad orgánica, haciendo el proceso de compraventa de empresa largo, tedioso y económicamente poco favorable por los gastos que pueda entrañar la redacción de cada uno de ellos. Para paliar este problema, tanto la práctica como la doctrina mercantil ha aceptado generalmente que la teoría del título y del modo derivada de los artículos 609 y 1095 CC⁷, fundamental en nuestro derecho en negocios traslativos de dominio, es aplicable a la empresa, y por tanto podemos considerarla como un objeto unitario de negocios jurídicos, en virtud de la libertad negocial prevista en el artículo 1255 del mismo Código. Sin embargo, aunque se transmita todo en conjunto, debemos tener en cuenta que los elementos que componen la unidad son de distinta naturaleza, y habrá que estar a lo dispuesto por la norma para el tráfico jurídico de cada uno de ellos, cumpliendo con las reglas legalmente establecidas. Es decir, se han de encontrar mecanismos que permitan, en cada caso y de acuerdo a los elementos y características

⁷ Art. 609 II CC: “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten [...] y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.”

Art. 1095 CC: “El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.”

De estos artículos extraemos que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, se exige la yuxtaposición de dos elementos, el título (en este caso, el contrato de compraventa de empresa) y el modo (la tradición, entrega de los bienes de acuerdo a su tráfico jurídico).

de cada empresa y contrato, compatibilizar la transmisión global de la empresa con las notas relativas a la cesión de derechos, contratos y deudas a ella vinculados.

A estos efectos, conviene aclarar la facultad del empresario vendedor para transmitir la empresa, su derecho sobre la misma. La propiedad del empresario como derecho absoluto, se superpone a las titularidades sobre los bienes singulares que la componen; es decir, nos encontramos con un derecho autónomo sobre la unidad de la empresa, y no la suma de los derechos del empresario sobre cada bien.

En una operación de compraventa de empresa, el concepto de propiedad de ésta ha de entenderse limitado a la sucesión del comprador en la misma posición jurídica que ostentaba el vendedor respecto de cada uno de los bienes, derechos y elementos que forman parte de la unidad orgánica que se transmite, presentándose la propiedad como un derecho diferenciado de los derechos dominicales que concurren sobre cada uno de los bienes. Así, se distingue el concepto de propiedad tradicional de este tipo de propiedad dinámica, característica del empresario.⁸

Asimismo, de forma caótica y muy insuficiente, podemos encontrarnos con intentos de justificar esta idea en nuestro Ordenamiento, disgregadas en diferentes normas, como por ejemplo, el artículo 32.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que de forma explícita permite al empresario vendedor ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador y por lo tanto facilitando la transmisión unitaria de la empresa, con ese derecho autónomo superior que reconocemos al empresario. Algo similar ocurre con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que se explicará ampliamente en apartados posteriores.

3. Elementos del contrato.

3. I. Elementos Personales.

Como ya se ha dicho en la introducción a los caracteres del contrato de compraventa de empresa, es un contrato bilateral. Por ello, exige la existencia de dos partes, comprador y vendedor, si bien esto no impide que cada una de las partes esté compuesta por una

⁸ En esta línea, L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, ob. cit. pp. 124

pluralidad de sujetos, que vendan o compren en común, ocupando su respectiva posición en el negocio.

Se exige para ser parte en este tipo de contratos que las partes contratantes sean sujetos de Derecho, dotados de plena capacidad de obrar y no sometidos a alguna de las prohibiciones contenidas en el Código Civil, ni encontrar su capacidad judicialmente modificada.

Además de ello, aplicable a la mayor parte de contratos y actos jurídicos en nuestro Derecho, encontramos un elemento esencial en el negocio de compraventa de empresa; a través de este negocio, el comprador adquiere una condición, un determinado estatuto, de forma derivativa: la condición de empresario.

3. I. a. El vendedor y poder de disposición.

El vendedor, propietario de la empresa en los términos ya explicados, es una de las dos partes esenciales del contrato de compraventa, sin perjuicio de que la parte vendedora pueda estar compuesta por más de un sujeto de derecho. Este empresario vendedor tiene reconocido un derecho al ejercicio de su actividad empresarial y sobre el conjunto resultante de la actividad, que le faculta a transmitir la empresa por el título que más le convenga, incluido el de compraventa.

Al ser el propietario de la empresa y desarrollar una actividad empresarial, el vendedor es empresario; sin embargo, si transmite la empresa en la compraventa y no realiza ninguna otra actividad empresarial, perderá tal condición con todas las consecuencias que ello conlleva, al momento de finalizar la operación.

La parte vendedora, tal y como establece el Código Civil, ha de estar dotada de plena capacidad de obrar y no estar incurso en prohibiciones específicas establecidas por la Ley. Encontramos dos excepciones evidentes, en el caso de los menores y de aquellos sujetos con su capacidad judicialmente modificada.

En el caso de los menores de edad no emancipados pueden ejercitar la actividad de la empresa –que por ejemplo, hayan adquirido mediante sucesión *mortis causa*-, asumiendo la responsabilidad y el riesgo de la misma; en todo caso, será necesario para su correcto y legítimo ejercicio la institución de la representación legal tal y como

establecen los artículos 4 y 5 del Código de Comercio, muy importante en los supuestos de compraventa. En el caso de aquellas personas con su capacidad judicialmente modificada, habrá de atenerse a lo dispuesto en la Sentencia, precisando, en su caso, de representación legal en los mismos términos que los menores de edad no emancipados.

Otro aspecto importante de la parte vendedora y que puede presentar problemas en la práctica si no está debidamente prevista, es el caso de empresas fundadas durante el matrimonio, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Las empresas así constituidas, en virtud del artículo 1347.5 CC⁹, serán consideradas como bienes gananciales. Es muy importante determinar la ganancialidad de la empresa llegado el caso, puesto que los artículos 1375 y 1377 CC¹⁰ exigen para la realización de actos de disposición a título oneroso para este tipo de bienes que ambos cónyuges manifiesten su consentimiento, siendo anulable el negocio en el plazo de 4 años desde la disolución de la sociedad o el matrimonio.

En el caso de que el vendedor goce de plena capacidad de obrar, tendrá plena libertad para disponer y enajenar la empresa como unidad orgánica.

3. I. b. El comprador.

En el caso del comprador, éste queda sujeto a las mismas normas de capacidad que el vendedor; debe gozar de plena capacidad de obrar sin estar incurso en ninguna de las limitaciones legalmente establecidas, ni judicialmente modificada su capacidad a efectos de realizar la compraventa.

Aun así, nos encontraremos con un refuerzo en la regulación del consentimiento del comprador; según lo dispuesto en el artículo 1263 CC¹¹ y reforzado por el artículo 5

⁹ Art. 1347.5 CC: “Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. [...]”

¹⁰ Art. 1375 CC: “En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.”

Art. 1377 CC: Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

¹¹ Art. 1263 CC: “No pueden prestar consentimiento:

CCo¹², el comprador deberá necesariamente ser mayor de edad, y en caso de tener su capacidad modificada judicialmente, se atenderá a lo dispuesto en la resolución judicial. Dato importante es que, a diferencia de lo que ocurre con el vendedor, no será posible suplir su falta de capacidad por medio de asistencia complementaria de representaciones legales. La sanción para estos supuestos será la de nulidad del contrato.

Además de las limitaciones previstas en el artículo 1459 CC por la relación especial con el vendedor o el objeto, nos vamos a encontrar con limitaciones o prohibiciones específicas de corte mercantil. Así, el artículo 14 del Código de Comercio impone la prohibición de ejercicio de una profesión mercantil a determinadas personas, por razón de su cargo, de modo que no podrán adquirir una empresa ni en forma derivativa; de forma lógica, y de acuerdo con el artículo 13 de la misma norma, las personas inhabilitadas por sentencia firme de acuerdo a la Ley Concursal tampoco podrán ejercer actividad de comercio.

3. II. Elementos reales.

3. II. a. La empresa.

Como se ha explicado en los primeros párrafos, el objeto del contrato de compraventa de empresa es, precisamente, la empresa. Es un objeto de contrato especial, reviste unas características específicas que tienen su repercusión directa en la complejidad del contrato, no solo por el tamaño o la cuantía, sino por la pluralidad de elementos que integra, como conjunto o unidad orgánica y funcional. Por otro lado, es especial también por su carácter dinámico, en continua evolución y con la necesidad de un constante obrar humano.

1. ° Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2. ° Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”

¹² Art. 5 CCo: “Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.”

Debemos tener en cuenta que esta empresa precisa de una organización y gestión interna, que tendrá una incidencia directa en la producción. Esta organización está dispuesta por el empresario, depende en gran medida de él, y por ello queda vinculado tanto a la empresa como al resultado de la misma. La labor decisiva del empresario le confiere una serie de poderes, derechos, deberes y responsabilidades derivadas del ejercicio profesional de la actividad económica.

Esto no quiere decir que el empresario pueda tomar cualquier decisión que considere oportuna. Aun estando en una estrecha y necesaria conexión, el empresario ha de sujetarse a las exigencias de la actividad desarrollada y de los elementos que la componen. Con esto, quiero decir simplemente que hay una influencia bidireccional, hasta el punto en el que no pueden entenderse los conceptos de empresa y empresario de forma separada. *“La empresa es una proyección de la idea organizadora del empresario; y el empresario adquiere tal condición por el ejercicio de la actividad de la empresa.”*¹³.

Apoyándonos en las ideas de diversos autores, podemos ver cómo la empresa en un primer momento, para su conformación y el inicio de su actividad, precisa de una fuerte actividad del empresario, dirigida a su puesta en funcionamiento. De la actividad de la empresa nace una cosa intangible, una realidad que se separa del empresario, adquiere vida e intereses propios independientes del interés del empresario.¹⁴

Además del empresario, dentro de la organización de la empresa vamos a encontrar otros factores humanos indispensables, como trabajadores y colaboradores, que se mantendrán constantes aun con el cambio de empresario.

Como ya adelantaba en epígrafes anteriores, la idea principal y habitual del contrato de compraventa de empresa es la continuidad de la actividad bajo similares parámetros de economicidad y productividad en manos del nuevo empresario, y para ello separamos la empresa como unidad de elementos, incluidos los trabajadores, del empresario, nuevo y antiguo. A pesar del cambio, la producción y actividad deben mantenerse invariables.

¹³ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa* ob. cit. pp. 186.

¹⁴ J. GARRIGUES, “La empresa desde el punto de vista jurídico” en *La empresa*, AA.VV. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 117.

El artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)¹⁵ prevé perfectamente el supuesto de cambio de titularidad de la empresa, de modo que se da la cesión *ope legis* de los contratos de trabajo, subrogándose el comprador en la posición del vendedor. De esta forma se favorece la interpretación objetiva de las relaciones contractuales dentro de la organización de la empresa, y la transmisión de la empresa como realidad objetivada.

3. II. b. Requisitos de la empresa como objeto del contrato de compraventa.

La empresa puede ser considerada como un bien perteneciente al patrimonio del empresario vendedor o propietario de la misma, y por lo tanto, se permite su transmisión a través de un negocio de compraventa, a cambio de precio cierto. La idoneidad de la empresa para ser objeto de compraventa se vincula al cumplimiento de tres condiciones.

En primer lugar, la empresa ha de existir, o al menos, poder existir, de modo que, de acuerdo con el artículo 1271 CC¹⁶, se admite tanto la compra de empresa presente como futura.

El segundo de los requisitos es la licitud, es decir, tanto la empresa como su actividad desarrollada deben ser lícitas. En este punto juegan una vital importancia las autorizaciones y licencias administrativas necesarias para desarrollar ciertas actividades, puesto que son parte esencial del conjunto empresarial.

La importancia de las licencias y autorizaciones se hace efectiva en dos vertientes. Por un lado, el empresario tiene la obligación de obtener todos los permisos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, y por otro, existe una apariencia de regularidad jurídica de cara al comprador de buena fe hacia una empresa que opera activamente en el mercado.

¹⁵ Art. 44.1 ET: “1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.”

¹⁶ Art. 1271 CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.”

El Tribunal Supremo ha considerado en reiteradas ocasiones que las licencias, permisos y autorizaciones administrativas forman parte del contenido de la compraventa de empresa, de la unidad de ésta. Además, es reiterada jurisprudencia que la falta de tales permisos justifican la resolución del contrato de compraventa, al existir un incumplimiento por parte del vendedor de su obligación de cesión de todos los elementos para que la empresa continúe su actividad con un buen funcionamiento; ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio del año 2000¹⁷.

La tercera de las condiciones es la determinación de la empresa, ya que el artículo 1445 CC exige que la cosa quede determinada. En el caso de la empresa, como se ha señalado en repetidas ocasiones, la determinación adquiere una especial relevancia por la complejidad de la estructura, compuesta por varios elementos de distinta naturaleza. La determinación de la empresa y todo lo que el conjunto abarca es fundamental para que las partes puedan prestar un consentimiento válido y con una voluntad correctamente formada.

3. II. c. El precio.

La determinación del precio es otro de los puntos más tensos en el procedimiento de la compra de empresa, y donde hemos de tener una especial diligencia. Existen múltiples sistemas para la determinación del precio (basados en el balance, en múltiplos de la cuenta de resultados, mixtos basados en el fondo de comercio, métodos de descuento de flujos de fondo...¹⁸), y escogeremos el más beneficioso para nuestro cliente teniendo en cuenta las circunstancias y características de las partes y la empresa objeto de compra.

La determinación del precio no es solo importante a efectos prácticos, sino también a efectos jurídicos. Debemos recordar que la causa de un contrato de compraventa es

¹⁷ STS 30-06-2000 (RJ 2000\6747): En este caso, el Estado, vendedor, conoce la inexistencia de la licencia municipal de apertura y lo oculta al comprador, señalando en el contrato que concurren todas las licencias, permisos y autorizaciones necesarias: *“El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con transcendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica. Se trata de vicio que existía en el momento de la contratación, y ello posibilita la sanción de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil”*

¹⁸ Estos métodos son algunos de los avalados por la Administración. De hecho, se desarrollan en la Guía para la Transmisión de Empresas realizada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en el año 2013: A. IRIARTE IBARGUREN, A. SAN SEBASTIÁN CARRERA, A. SAINZ MARQUINEZ, *Guía para la transmisión de empresas*, [en línea] Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, 2013, Madrid, disponible en: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Guia%20Transmisiones_VG_web.pdf>

básicamente la entrega de un bien a cambio de un precio, y por lo tanto, si se exige que la cosa sea determinada, el precio deberá ser también determinado, cierto, real, serio, verdadero y efectivo. Sin este precio, no existiría una contraprestación, y en ese caso decaería la obligación de entrega del vendedor.

Para la determinación del precio en la compraventa de empresa es habitual el uso de técnicas financieras basadas en distintos aspectos de la actividad. Normalmente, se emplearán varios indicadores, y se completarán con los datos obtenidos del procedimiento de auditoría o revisión legal y financiera, que se explicará más adelante.

El EBITDA (siglas de *Earnings Before Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations*) representa el resultado empresarial antes de aplicar los costes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones productivas. Es un indicador muy utilizado, que tiene como objeto calcular el beneficio bruto de una determinada explotación, antes de la deducibilidad de los gastos financieros que correspondan, es decir, la capacidad de una determinada empresa para generar beneficios. Para su cálculo, se procede a sumar al resultado operativo de la empresa objeto de contrato las amortizaciones, intereses, impuestos y depreciaciones.

Por lo tanto, estamos ante un indicador de gran utilidad para que el empresario vendedor conozca el valor de la empresa objeto del contrato, sobretodo del rendimiento operativo y su rentabilidad en relación con otras empresas del mismo ámbito.

Sin embargo, a pesar de ser muy utilizado en la práctica tanto por profesionales del Derecho como economistas y personal de prensa especializada en la materia, es un método que recibe grandes críticas, ya que por ejemplo, elimina de su previsión datos tan importantes como el flujo de caja, la calidad o la liquidez. Por ello, lo habitual es utilizar varias técnicas a fin de calcular a través de varios conceptos y fórmulas los puntos fuertes y débiles de la actividad empresarial desde el punto de vista estrictamente económico.

En definitiva, tras analizar el EBITDA y realizar las auditorías fiscales, contables, medioambientales y laborales, podremos obtener una imagen aproximada de la empresa. Si el resultado es positivo, el proyecto es esencialmente rentable, y sus perspectivas de futuro dependerán de las gestiones del nuevo empresario y sus políticas en materia de amortización, tributación, financiamiento y depreciación. Una vez

ponderados los eventuales riesgos y el resultado de esta fórmula, el comprador será capaz de determinar un precio adecuado.

3. III. Elementos formales.

3. III. a. Perfección.

El contrato de compraventa de empresa es un contrato consensual, y por lo tanto, se perfecciona desde el momento en que las voluntades de las partes de comprar y vender la cosa determinada a un precio cierto concurren, aunque ni uno ni otro se hubiesen entregado, de acuerdo con los artículos 1450, 1254 y 1258 del Código Civil.¹⁹

El momento de perfección del contrato es un hito en el procedimiento de compraventa de empresa, ya que a partir de entonces se reconoce el derecho a compelerse recíprocamente el cumplimiento de las respectivas obligaciones contractuales, quedando las partes vinculadas por el contenido del mismo y sus efectos jurídicos propios.

3. III. b. Vicios.

Los vicios en el consentimiento recogidos en el artículo 1265 del Código Civil²⁰ son igualmente aplicables al contrato de compraventa de empresa adecuándose a sus características concretas.

Respecto al error sobre la cosa, el artículo 1266 CC exige que el error recaiga sobre la sustancia o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a la celebración del contrato. Un claro ejemplo de error sobre la cosa es la falta de licencias y permisos administrativos necesarios para el desarrollo de la actividad.

Otro tipo de error es aquél que recae sobre la persona; solo será causa de nulidad en aquellos casos en que la propia persona sea relevante o principal en el contrato. En el caso del comprador puede ser relevante a estos efectos la apariencia de solvencia, mientras que en el vendedor será fundamental la legitimación para la explotación o enajenación de la actividad.

¹⁹Art. 1450 CC: “La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.”

²⁰Art. 1265 CC: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

El último párrafo del artículo 1266 CC²¹ hace referencia al error de cuenta; en tal caso, solo dará lugar a su corrección. Sin embargo, si el vendedor, con conocimiento de su inexactitud, manifiesta garantía sobre una determinada cifra de negocio y posteriormente resulta incierta, y en tanto en cuanto el comprador no haya comprobado esos datos, podríamos encontrarnos en el ámbito del dolo, resultando la nulidad del contrato.

3. III. c. Forma del contrato de compraventa.

Como norma general, nuestro Ordenamiento Jurídico admite la libertad de forma, reconociendo obligatoriedad a los contratos siempre que concurren las condiciones generales para su validez, independientemente de la forma en que se hayan celebrado.

Cuestión distinta es que en la práctica, en contratos de una envergadura como la compraventa de empresa, la prueba del contrato aconseje recogerlos, como mínimo, por escrito en documento privado. Además, habitualmente se adoptan una serie de precauciones, como someter la perfección del contrato a la condición de su elevación a escritura pública.

4. Naturaleza y mercantilidad del contrato de compraventa de empresa.

En la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de empresa y su posible carácter mercantil, la doctrina se encuentra dividida, encontrando autores a favor y en contra de dotar a este contrato de una naturaleza mercantil.

El legislador se ha inclinado hacia un carácter objetivo del derecho mercantil, basando su sistemática en los actos de comercio, aun cuando quien los ejecuta no sea un empresario *stricto sensu*. Por ello, si entendemos la compraventa de empresa como un acto de comercio, quedará sometida al derecho mercantil, y podríamos llegar a entenderla a través de la analogía que permite el artículo 2 del Código de Comercio²².

²¹ Art. 1266 III CC: “*El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.*”

²² Art. 2 CCom: “*Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.*”

La compraventa de empresa no es un negocio habitual o usual del comercio, y además no está expresamente recogida en el CCo, circunstancias que podrían hacernos pensar que no es un acto de comercio propiamente dicho, y queda fuera de la órbita del derecho mercantil. Sin embargo, debemos tener en cuenta que es un acto realizado por un empresario o comerciante, el vendedor, y que a su vez, el comprador, adquiere la misma condición a través del negocio.

Si realizamos una interpretación amplia de los actos de comercio, podemos incluir entre los mismos aquellos actos con relevancia jurídica que, sin influir necesariamente en la estructura, actividad y organización de la empresa, inciden en la titularidad o propiedad de la misma. Realmente, se puede considerar que la compraventa de una empresa es un acto de comercio para cada parte, siendo el último del vendedor, y el primero del comprador como empresario.²³

Otro aspecto a tener en cuenta para mantener la sujeción al derecho mercantil de este negocio es la concurrencia de la empresa como elemento objetivo del contrato, que, por la actividad económica y de explotación que le es propia, adquiere carácter mercantil.

En la vertiente subjetiva nos encontramos con el vendedor, empresario, que ejecuta un acto de disposición que precisamente se le reconoce por ostentar esa misma condición; el comprador pasa a ostentar el estatuto jurídico de empresario a través de la adquisición de la empresa, y la causa del contrato mismo es la sucesión en la posición de empresario y la continuación de la actividad sujeta a derecho mercantil, por lo que todo ello nos permite concluir la mercantilidad del contrato de compraventa de empresa, aplicando las disposiciones del Código de Comercio, quedando la normativa civil en un plano secundario y supletorio.

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga."

²³L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa* ob. cit. pp. 240-241.

5. Obligaciones de las partes.

5. I. Obligaciones del vendedor.

5. I. a. Obligación de entrega.

Es la primera y esencial obligación del vendedor, aquella que dota de contenido al contrato junto con el precio. Si bien podemos encontrar elementos de la empresa que sin duda deben ser entregados (locales, maquinarias, etc.) por ser lo visible en la actividad, la obligación de entrega incluye elementos igualmente importantes que podrían pasar desapercibidos y son un importante foco de problemas; entre otros, podríamos citar listas de clientes, proveedores, correspondencia de la empresa, manuales operativos o expresivos del *know how*, licencias, permisos y autorizaciones administrativas...

El empresario vendedor queda obligado a poner a disposición del comprador los distintos elementos que componen la empresa objeto de contrato, que, como ya se ha repetido en varias ocasiones, pueden ser varios y además de distinta naturaleza. Tal y como se ha visto en Sentencias anteriormente comentadas, la obligación de entrega incluye todos aquellos elementos que permitan al comprador continuar con la actividad bajo “*similares parámetros de eficiencia económica y productividad que los que venía alcanzando la unidad orgánica con anterioridad a su transmisión*”²⁴ de modo que, una vez recibidos por el comprador y a pesar del cambio de empresario, la empresa continúa su marcha, actividad y grado de producción.

La pluralidad de bienes que componen la unidad orgánica de producción es un elemento clave de este negocio jurídico y debe ser estudiado con cautela por ambas partes, en previsión de futuros conflictos derivados de la determinación del objeto e inclusión u omisión de elementos, puesto que a falta de pacto en contrario, la obligación de entrega se extiende a todos los componentes organizados en la empresa. Para evitar esos potenciales conflictos, es habitual y recomendado por los profesionales del derecho mercantil el elaborar un inventario o relación de bienes que integran el conjunto empresarial y deben ser entregados para cumplir con esta obligación del vendedor²⁵.

²⁴ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa* ob. cit. pp. 361.

²⁵ Entre otros, F. SÁNCHEZ CALERO, “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, McGraw-Hill, Madrid, 1990, pág. 180.

La realización de un inventario no supone una libertad de las partes para pactar qué bienes se compran y transmiten, puesto que el objeto del contrato no son los bienes por separado sino el conjunto articulado que da lugar a una determinada actividad, denominado por la jurisprudencia “conjunto coordinado de bienes y servicios”²⁶. Por ello, se considera necesario respetar el contenido mínimo de los elementos esenciales para la continuación de la actividad²⁷.

Además de los elementos esenciales la doctrina ha considerado que la obligación de entrega incluye, en aplicación del artículo 1097 del Código Civil²⁸, aquellos elementos accesorios ligados a la empresa²⁹.

En caso de incumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, el comprador diligente, amparado por el artículo 1124 del Código Civil³⁰, podrá exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el contrato o la resolución del mismo, además de una posible indemnización por daños y perjuicios derivados de la actuación del vendedor.

5. I. b. Obligaciones de información.

El empresario transmitente, como vendedor, tendrá obligación de informar al comprador de todas aquellas circunstancias de la gestión y organización internas de la empresa, así como todo dato e instrucción referente a la actividad económica desarrollada y su proyección al mercado, con conocimiento real, global y leal de su

²⁶ STS 13-02-1992 (RJ 1992\842): “Frente a la concepción puramente organicista de la empresa, se suele distinguir en los momentos actuales la actividad del organizador, como aspecto meramente subjetivo, de imposible transmisión, pues que siempre que se reemplaza un empresario por otro en el ejercicio de su actividad económica, profesional y organizada, desaparece una empresa naciendo otra nueva, aunque ésta se valga de los mismos medios instrumentales que la anterior, que constituyen, como conjunto coordinado de bienes y servicios (aspecto objetivo), lo que se suele denominar establecimiento comercial, industria, negocio, explotación o en la concepción jurídica francesa «fonds de commerce» y en la italiana «azienda», que es, por el contrario, lo que realmente se puede transmitir; mas el establecimiento, el fondo de comercio, así entendido, está formado por innumerables elementos, cuales el trabajo del personal asalariado, bienes inmuebles, bienes muebles, corporales o incorporales, fungibles o no fungibles, propiedad comercial, propiedad industrial, derechos reales o de crédito, clientela, marcas, rótulos, patentes, etc. etc., de forma que sobre cada uno de ellos puede recaer una relación jurídica distinta, [...], pudiendo transmitirse el total conjunto o solo parcialmente, sin que, en la realidad, cuando se excluya algún elemento pueda hablarse de que no se transmitió el establecimiento o fondo comercial”

²⁷ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, ob. cit. pp. 326.

²⁸ Art. 1097 CC: “La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados.”

²⁹ Así, J. GARRIGUES, “Estudios...” ob. cit. 285-286.

³⁰ Art. 1124 II CC: “El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.”

situación patrimonial y rentabilidad. Con esta información, el comprador debe poder hacer una imagen fiel de la situación de la empresa; a partir de esa imagen, decidirá si la operación le interesa, evaluando riesgos y beneficios.

Si bien la revisión de esas informaciones por parte del comprador puede conllevar la asunción de riesgos, la jurisprudencia ha optado por considerar como base para este tipo de negocios, para seguridad del tráfico mercantil y comercial, el principio de buena fe contractual y la confianza negocial mutua³¹. De este modo, si los datos suministrados por el vendedor en sede de esta obligación de información, aun en las negociaciones u ofertas precontractuales, resultan divergentes de la realidad en elementos esenciales de la empresa, permite al comprador instar la nulidad del contrato, por error o dolo, en su caso³².

Informaciones de excepcional relevancia, por citar varios ejemplos, podrían ser libros y documentos contables, información de auditores, análisis financieros, obligaciones fiscales no prescritas, acuerdos con los trabajadores –más aún si exceden de lo establecido en los convenios colectivos-, bienes y derechos de la empresa y el título legitimario sobre los mismos, así como contratos empresariales y de seguro.

5. I. c. Obligación de custodia.

Durante el período que puede transcurrir entre la perfección del contrato y la entrega del objeto del mismo, el vendedor tiene la obligación de custodiar la cosa vendida, tal y como establece el artículo 1094 del Código Civil³³, matizando que en este caso, deberá conservar y custodiar la cosa con la diligencia propia de un ordenado empresario,

³¹ STS 06-06-2013 (RJ 2013\4972): “no puede exigirse al comprador una diligencia tendente a comprobar todos los datos técnicos, económicos y financieros facilitados por el vendedor que suponga partir de un escenario de desconfianza. El tráfico mercantil descansa en la confianza negocial y en la buena fe. Cuando la información precontractual tiene por objeto, aún inconscientemente, conseguir que la contraparte se forme una opinión del objeto negocial distinto del manifestado contractualmente nos hallamos ante una divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real, lo que supone un vicio en el consentimiento, como elemento esencial del contrato y su consecuencia es la posibilidad de impugnarlo, pretendiendo su anulabilidad, al tratarse de un error de los motivos, como señalaba la antigua STS de 23 de mayo de 1935, que conlleva a una apreciación errónea de los mismos que fueron determinantes para contratar.”

³² Así ocurre en la STS (RJ 2015\4910) que declara la nulidad de un Contrato de compraventa de empresa, por ocultar el vendedor de forma consciente la impugnación de un proyecto de urbanización, presentándolo como definitivo, y siendo esencial para la actividad e intereses del comprador.

³³ Art. 1094 CC: “El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.”

fórmula utilizada por la normativa mercantil adaptando la versión civil de “*un buen padre de familia*”.

En el ámbito de la compraventa de empresa, esta obligación reviste una especial actividad del vendedor, puesto que deberá realizar todos aquellos actos que se consideren necesarios para, no solo mantener la empresa en buen estado y sin daños, sino para continuar la actividad económica, funcionamiento y capacidad productiva, en aquellos similares parámetros de eficiencia económica y productividad.

5. I. d. Obligación de confidencialidad.

La obligación de confidencialidad va a ser una obligación recíproca, solo que, dependiendo del momento negocial en el que nos encontremos, vamos a encontrar una proyección más reforzada hacia una u otra parte. La doctrina ha incluido esta confidencialidad como parte de la buena fe contractual que preside la aplicación y cumplimiento de los contratos.

Así, en el momento precontractual, el mayor interés en la confidencialidad recae sobre el vendedor, puesto que el comprador va a tener acceso a datos sensibles. Sin embargo, en el momento postcontractual, el interesado será el comprador.

Una vez cerrado el contrato, el vendedor queda obligado a guardar secreto de todos los datos sensibles que conoce de su antigua empresa, la actividad, gestión, organización y producción, para que el comprador quede protegido ante la posible divulgación de los conocimientos del anterior empresario.

Los secretos empresariales tienen un gran valor en el comercio, ya que la competencia, en determinados sectores, puede pujar muy fuerte por los conocimientos que el vendedor posee sobre los intereses y estrategias comerciales del comprador, nuevo empresario. Por ello, estas informaciones o secretos quedan protegidos desde diversas ramas del Derecho, desde el Derecho Penal al Derecho Societario y de la Competencia.

En el momento en el que el vendedor deja de ser titular de la empresa se transmite todo el conjunto organizado que la compone, incluyendo, salvo pacto en contrario, los secretos empresariales, y por ello resulta de aplicación el artículo 13 de la Ley 3/1991

de Competencia Desleal³⁴. La jurisprudencia ha sido palmaria a la hora de declarar la lista de clientes como parte del patrimonio de la empresa, y por tanto considerarla como información sensible y protegida por la confidencialidad, ya que su conocimiento y uso por parte de entidades rivales puede reportar un gran perjuicio económico al comprador y una gran ventaja a la competencia³⁵.

5. I. e. *Obligación de no competencia.*

Si bien es considerada por la doctrina como una obligación fundamental del vendedor, efecto natural de la propia transmisión que incluye la actividad desarrollada en similares condiciones de clientela y beneficios, se discute sobre su fundamento jurídico. Así, diversos autores apoyan esta obligación en la buena fe contractual de acuerdo con los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, mientras que para otros tiene su origen en un uso mercantil conforme al artículo 2 CCom. Además, hay también quien acude a la regulación de la competencia desleal para justificar esta prohibición, apoyándose en el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La cuestión relativa a la existencia de una obligación propia del contrato, y por tanto independiente de la existencia de un pacto expreso, nos parece hoy día consecuencia lógica de la normativa y la costumbre; sin embargo, hace no tanto tiempo el Tribunal Supremo consideró que *“si en el contenido del contrato falta la obligación de no competir, es obvio que ha de faltar también en el cumplimiento del mismo”*³⁶ estableciendo la necesidad de un pacto expreso, sin ser suficiente la alegación a la buena fe contractual.

Una vez reflejada en el contrato, la obligación de no competencia no puede ser total e ilimitada, sino que se deberán señalar ciertos extremos, a fin de establecer una

³⁴ Art. 13 LCD: *“1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.*

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un “

³⁵ En este sentido, STS17-07-1999 (RJ 1999\5957): *“no cabe duda que el listado de clientes, forma parte del patrimonio de la Empresa, y que su utilización por un rival le otorga una ventaja concurrencial reportadora de una gran ventaja económica”*

³⁶ STS 17-06-1990.

obligación para el vendedor que sea consecuente y proporcionada al negocio realizado. Deberemos establecer límites temporales, geográficos y materiales que no excedan de lo indispensable para que el comprador vea satisfechos sus intereses y expectativas.

5. II. Obligaciones del comprador.

5. II. a. Obligación de confidencialidad.

Derivada de la obligación de información del vendedor, encontramos la obligación de confidencialidad del comprador, que ya ha sido brevemente esbozada.

El comprador dispone de las informaciones necesarias para conformar su voluntad y una visión global del objeto del contrato; estas informaciones tienen un carácter sensible por la cantidad de datos económicos y técnicos que contienen, por lo que es lógico que exista un deber de guardar secreto sobre las mismas, equivalente al deber de silencio del vendedor tras el cumplimiento del contrato.

La obligación del comprador se materializa en dos vertientes. En primer lugar, como vertiente positiva, la información recibida debe ser empleada a los meros fines de evaluación y determinación de las características de la empresa objeto de contrato. En segundo lugar, como vertiente negativa, esa información no puede ser empleada con fines de beneficio personal ni divulgarla a terceros.

Además de esta obligación, se suelen incorporar cláusulas afines en el contrato, como obligación de exclusividad del comprador con el vendedor en las negociaciones de compraventa de una empresa, prohibición de negociaciones paralelas con otros miembros de la organización empresarial o, de forma equivalente a la prohibición de no competencia del vendedor, la prohibición de adquirir otra empresa propiedad de terceros con una actividad similar en caso de no perfeccionar el negocio entre estas partes, limitando esta cláusula en espacio y tiempo.

5. II. b. Pago del precio.

Es la principal y esencial obligación del comprador, que dota de sentido y causa a cualquier contrato de compraventa. El pago deberá realizarse en tiempo y lugar previsto

en el contrato, y en defecto de pacto, en el tiempo y lugar en que se haga la entrega del objeto de la compraventa, de acuerdo con el artículo 1500 del Código Civil³⁷.

En la práctica, encontramos los problemas en la determinación del precio, siendo importantes aspectos la concreción de la moneda y cláusulas de estabilización del precio, así como la posibilidad de suscribir seguros de cambio.

5. II. c. Obligación de recepción.

Para que el contrato tenga una plena ejecución y cumplimiento, que en definitiva es el objetivo de cualquier contrato, el comprador ha de recibir el objeto del mismo. Es decir, ante el cumplimiento del vendedor de su obligación de entrega, el comprador tiene obligación de recibir, con la debida diligencia y sin poder oponerse salvo causa justificada, la cosa objeto del contrato.

En el caso de la compraventa de empresa, la recepción debe realizarse sobre todos los elementos que la integran, de modo que el comprador sustituya al vendedor en su posición de empresario, quedando al frente de la organización con total legitimidad.

6. Garantías legales.

6. I. Derecho de retención de la empresa.

La obligación de entregar la cosa objeto de la compraventa, en este caso, la empresa, queda supeditada al pago del precio por parte del comprador, de acuerdo con el artículo 1466 CC³⁸, salvo que medie pacto en contrario, manteniendo el principio de simultaneidad en las obligaciones sinalagmáticas.

Sin embargo, va a ser común encontrarnos situaciones de precio aplazado, de modo que el comprador fracciona en varios momentos señalados el cumplimiento de su

³⁷ Art. 1500 CC: “El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato.

Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida”.

³⁸ Art. 1466 CC: “El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.”

obligación. Para prever situaciones de riesgo para el vendedor, el artículo 1467 CC³⁹ prevé la insolvencia del comprador una vez pactado el precio aplazado; en tales supuestos, el vendedor no tendrá obligación de entregar la cosa cuando descubra la insolvencia del comprador tras realizar el negocio de compraventa, salvo que se haya prestado fianza.

En la práctica es muy complejo hacer efectivo este derecho de retención del vendedor del objeto de la compra, puesto que, si bien es efectivamente un único objeto compuesto de una pluralidad de elementos, éstos son entregados a la formalización del documento de cierre, sin posibilidad de retención del empresario vendedor⁴⁰.

6. II. Resolución de la venta.

El artículo 1503 CC⁴¹ faculta al vendedor a resolver la venta cuando haya entregado el bien y exista un fundado motivo de riesgo en la pérdida de la cosa inmueble o el precio, siempre y cuando haya actuado de buena fe y cumplido con sus obligaciones. Este motivo de riesgo o miedo en la pérdida debe estar fundado en una conducta suficientemente grave del comprador, acreditando el vendedor el eventual riesgo de pérdida con hechos y según criterios de rectitud y experiencia de un buen padre de familia. En el propio tenor del artículo se hace referencia a los bienes inmuebles; sin embargo, puede ser aplicado al caso de la compraventa de empresa.

La empresa, como ya se ha repetido en varias ocasiones, se encuentra formada por una multitud de elementos, entre los que se pueden incluir bienes tanto muebles como inmuebles, haciendo difícil determinar el carácter de la empresa. La doctrina⁴² ha sido bastante pacífica a la hora de dotar de naturaleza mueble o inmueble a la empresa en función de la relevancia que el bien inmueble tenga en el conjunto empresarial.

³⁹ Art. 1467 CC: *“Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.”*

⁴⁰ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, ob. cit. pp. 552.

⁴¹ Art. 1503CC: *“Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1.124.”*

⁴² L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, ob. cit. pp. 553.

En el caso de que este bien inmueble sea considerado como un elemento esencial de la empresa atendiendo a criterios de funcionalidad en su seno y necesidad para el desarrollo de la actividad, el incumplimiento del pago a efectos del artículo 1503 ya citado justifica la resolución de todo el contrato de compraventa. Por el contrario, si no es considerado esencial, la resolución tendría efectos solo al bien inmueble concreto.

6. III. Suspensión del pago.

Al igual que al vendedor se le reconoce un derecho de retención de la cosa objeto del contrato en supuestos de potencial incumplimiento por el comprador, a éste le ampara también un derecho equivalente, de modo que podrá suspender su obligación de pago ante determinadas circunstancias.

En este sentido, el artículo 1502 CC⁴³ permite suspender la obligación de pago del precio cuando el comprador se vea perturbado en posesión o dominio de la cosa adquirida, o existiera, al igual que ocurría con el comprador, un fundado temor a ser perturbado. Esta suspensión podrá mantenerse hasta el momento en que el vendedor haga cesar la perturbación, salvo que exista fianza de devolución.

6. IV. Evicción.

Debemos tener en cuenta que el vendedor no está obligado solo a la entrega de la cosa, sino también a su saneamiento por evicción, que, según el artículo 1474 del Código Civil, significa que el vendedor debe responder frente al comprador por la posesión pacífica de la cosa vendida⁴⁴.

Para que pueda operar este saneamiento por evicción, el comprador debe verse desposeído en todo o parte de la empresa en virtud de sentencia firme, fundado en un

⁴³ Art. 1502 CC: “Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere 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, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.”

⁴⁴ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manuel de Derecho Civil, Contratos*, Bercal, Madrid, 2011 pp. 86.

derecho ejercitado por un tercero, siendo éste derecho anterior a la compra, tal y como establece el artículo 1475.I CC⁴⁵.

En estos casos, el comprador, ante la reclamación judicial interpuesta por un tercero, deberá notificar la misma al vendedor, a fin de que ocupe la posición procesal adecuada y responda ante la sentencia firme condenatoria que establezca la pérdida por el comprador de la empresa adquirida o parte de la misma.

6. V. Vicios ocultos.

Según dispone el artículo 1484 CC, *“el vendedor responde frente al comprador de los defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se la destina, o disminuyan este uso de tal modo que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos por ella”*⁴⁶

Trasladado a la perspectiva de la compraventa de empresa, se requiere que la anomalía incida directamente sobre el desarrollo de la actividad empresarial hasta tal punto que el comprador no hubiera adquirido la empresa o habría pagado menos por ella. Debemos tener en cuenta que este tipo de anomalías en el conjunto empresarial pueden afectar gravemente a la organización, gestión, beneficios, rentabilidad y situación en el mercado de la misma, cambiando drásticamente su posición⁴⁷.

Para que opere el saneamiento por vicios ocultos, éstos deben ser, en primer lugar, anteriores al contrato de compraventa; y en segundo, deben ser efectivamente ocultos, por lo que se excluyen aquellos vicios manifiestos o que estuvieran a la vista.

Además, también deben excluirse aquellos que el comprador, atendiendo a su profesión, debiera conocer fácilmente por la actividad desarrollada o sus conocimientos profesionales⁴⁸. Este punto debe matizarse, pues aun teniendo conocimientos en la

⁴⁵ Art. 1475 I CC: *“Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada”*

⁴⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manuel de Derecho Civil...* ob. cit. pp. 89.

⁴⁷ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa* ob. cit. pp. 566.

⁴⁸ STS 24-02-2006 (RJ 2006\1563): *La Sentencia de 6 de Julio de 1984 declara que habría que apreciar en el presente caso la inviabilidad de dicha acción de saneamiento, toda vez que, de una parte, la invocación de los aducidos defectos en la expresada mercancia vendida, de ser ciertos y por sus singulares características están poniendo de manifiesto que se trataría de defectos manifiestos y que estaban a la vista y que aún no reuniendo esas características los demandados compradores, ahora recurrentes, por razón de su oficio y profesión tienen el carácter de perito que les permitiría fácilmente*

actividad puede aplicarse el saneamiento por vicios ocultos sobre aquellos que no fueran fácilmente reconocibles.

Ante esta situación, el comprador tiene dos posibles vías reconocidas por el artículo 1486 del Código Civil⁴⁹. En primer lugar, dispone de una acción redhibitoria, permitiéndole desistir del contrato, con abono de los gastos que haya pagado; en segundo lugar, puede optar por una reducción del precio proporcional al vicio existente, a juicio de peritos, mediante la acción *quanti minoris* o estimatoria.

Además, en los casos en que el vendedor hubiera actuado de mala fe, con conocimiento de los vicios ocultos y con omisión de su deber de información sobre los mismos, el comprador podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados a lo largo del procedimiento de compraventa.

6. VI. Garantía de rentabilidad.

Si bien el saneamiento tanto por evicción como por vicios ocultos protege al comprador en los elementos que ha adquirido y que conforman el patrimonio empresarial y en definitiva el objeto del contrato, aun queda desamparado en la dimensión dinámica de la empresa, puesto que no simplemente es el conjunto de elementos, sino la organización y la actividad que desarrolla.

Cuando se adquiere una empresa, el objetivo del comprador es continuar con la actividad en unos similares parámetros de rentabilidad, con una serie de beneficios y volumen de negocios, pero la empresa como organismo vivo lleva inherente una serie de riesgos, que pueden alterar esas expectativas del sujeto adquirente, por mucho que el vendedor cumpla con su obligación de custodia con la total diligencia que le es propia. Una menor rentabilidad así definida, como la falta de las expectativas del comprador, no es jurídicamente reclamable.

conocer tales pretendidos defectos,[...] lo que indudablemente es de apreciar en quién, como los relacionados compradores-demandados, explotan una empresa para la realización de productos con determinados materiales, pues que la normal lógica impone que quien fabrica deba conocer las adecuadas calidades del material a emplear en la fabricación.

⁴⁹ Art. 1486 CC: “En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de perito”

Puede darse el caso en que el vendedor confirme un pacto que garantice una determinada rentabilidad, beneficio o buen funcionamiento de la empresa durante un periodo de tiempo. En estos casos, con la mera inclusión en el contrato de fórmulas o expresiones de las que resulte una interpretación favorable a la garantía, el comprador se verá protegido por los efectos legales del saneamiento por vicios ocultos, en atención al objeto del contrato y el deber de información del vendedor.

7. Contenido típico y estructura.

Como se ha señalado al principio del presente trabajo, a pesar de ser un contrato atípico, sin regulación específica en la normativa de nuestro Ordenamiento Jurídico, podemos ver en los distintos contratos de compraventa de empresa una serie de elementos comunes, a los que la doctrina ha hecho referencia como contenido típico. A grandes rasgos y sin entrar en gran detalle, puesto que cada empresa y cada operación de adquisición son distintas, las cláusulas más comunes son⁵⁰⁵¹:

1. *Índice*: es habitual, en contratos extensos, comenzar por un índice, de forma que se organiza sistemáticamente el contrato, señalando tanto los epígrafes como los documentos anexos al mismo.

2. *Reunidos*: Descripción de las partes intervinientes y sus representantes, con aparición de todo dato relevante. Debemos tener en cuenta que las partes suelen ser sociedades, por lo que será necesario identificarlas correctamente (domicilio social, inscripción en el Registro Mercantil, poderes y la exhibición de los mismos...) así como a sus representantes.

3. *Exponendos*: Recogen las intenciones de las partes, suelen ser muy breves y en ocasiones hasta inexistentes.

4. *Definiciones*: en contratos de especial complejidad o extensión suele ser habitual incluir un apartado con las definiciones de términos recurrentes e importantes. Así se determina que las partes no solo están de acuerdo sobre el contrato en cuestión,

⁵⁰ J. M^a. ÁLVAREZ, *¿Cómo se realizan...*, ob. cit. pp. 87-92.

⁵¹ M. MANENT GONZÁLEZ, *Formularios de contratación Civil y Mercantil, Tomo II*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 1083-1097.

sino sobre la redacción concreta que se le ha dado, con delimitación de los términos. Con este apartado se facilita la interpretación y la resolución de divergencias.

5. *Objeto del contrato*: es una cláusula de vital importancia, ya que en ella debe detallarse con la mayor exactitud y exhaustividad la empresa objeto del contrato de compraventa incluyendo todos los elementos posibles, como la actividad, bienes, trabajadores, elementos esenciales y accesorios, etc. Suele ser un punto de discusión en la ejecución del mismo, y por ello se recomienda redactar un Anexo al contrato en el que se recojan minuciosamente y con el mayor detalle los elementos que integran el objeto, así como su estado y el título que se ostenta sobre ellos.

6. *Precio*: Al igual que la cláusula del objeto, es un apartado vital y fruto de discusiones posteriores, y por ello se debe detallar en igual forma. El precio ha de ser cierto, es decir, determinado o determinable, además de en dinero o signo que lo represente; sin embargo, se nos deja un gran margen de decisión, puesto que debe establecerse la moneda, la cuantía, los ajustes o variaciones que se pueden aplicar ante determinadas contingencias, el procedimiento para su determinación etc. Es habitual incluir seguros de cambio o cláusulas valor para evitar pérdidas a ninguna de las partes ante las fluctuaciones monetarias.

7. *Enajenación de la empresa*: Se aconseja por parte de varios autores⁵² la inclusión de esta cláusula, en virtud de la cual se prohíbe al vendedor enajenar la empresa, comprometiéndose a no venderla en tanto en cuanto no se formalice la escritura pública de compraventa.

8. *Obligaciones de las partes*: Se hará referencia a las obligaciones de cada una de las partes, ya señaladas en epígrafes anteriores siendo las básicas y fundamentales la entrega del objeto, su custodia y saneamiento por parte del vendedor, y el pago del precio y la recepción de la empresa por parte del comprador.

9. *Cargas y gravámenes*: Se procede a indicar si existe algún tipo de carga o gravamen sobre la empresa o sobre cualquiera de los bienes y elementos que la integran como conjunto.

10. *Manifestaciones y garantías*: En esta cláusula se recogen las bases de la compra, es decir, aquellos elementos y circunstancias que describen el estado del objeto

⁵² M. MANENT GONZÁLEZ, *Formularios de contratación...* ob. cit. pp. 1086.

del contrato tanto en sus aspectos positivos como negativos, que el comprador ha tenido en cuenta a la hora de afirmar su voluntad de adquisición. El vendedor manifiesta y garantiza determinados aspectos de la empresa objeto de compra; habitualmente, se incluyen también fórmulas por las que se matizan o exceptúan diversas contingencias existentes en la sociedad. De este modo, el vendedor asegura el conocimiento por el comprador de determinadas contingencias, evitando futuras responsabilidades.

11. *Cláusula reguladora de la responsabilidad y sus límites:* Se prevé y desarrollan las situaciones en las que el vendedor debe responder, así como los límites cualitativos y cuantitativos de tal responsabilidad. En los límites temporales, se deberá tener especial prudencia con los plazos de prescripción de las eventuales contingencias de diversas materias como puede ser laboral, administrativo, medioambiental, fiscal, reclamaciones de terceros etc.

12. *Lugar y momento de consumación del contrato:* En los casos en que firma del contrato y cierre no sean simultáneos, deberá determinarse el momento, lugar y plazo para la transmisión de la empresa, así como los actos jurídicos que deban ejecutarse al momento de cierre. Además podrán incluirse también condiciones de obligado y previo cumplimiento que determinen el cierre, como la obtención de permisos, licencias o autorizaciones administrativas.

13. *Garantías:* En ocasiones puede establecerse en el contrato la obligación de prestar garantías, adelantándose las partes a posibles riesgos de la operación. Las más habituales son fianza o aval de tercero, retenciones o depósitos del precio (*escrow accounts*)⁵³.

14. *Compromiso de confidencialidad y no competencia.*

15. *Cláusula de resolución de conflictos:* Es frecuente encontrar cláusulas a través de las cuales las partes pacten la forma, procedimiento y sistema de resolución de conflictos o controversias que pudieran surgir en el cumplimiento, desarrollo interpretación del contrato. Es habitual que se haga referencia a la resolución por vía arbitral, con preferencia por órganos especializados en este tipo de operaciones frente a

⁵³ Los *escrow accounts* o cuentas en depósito son formas de garantizar el precio en la compraventa de empresa, puesto que parte de éste queda depositado en garantía.

la vía jurisdiccional. Además, en los casos en que concurra elemento extranjero, se determina la ley aplicable y en su caso, el Tribunal competente.

Además, como elementos de especial interés podemos encontrar Anexos y Cartas aparte.

Los Anexos son documentos que se unen al contrato, con la función de recoger una relación de conceptos más o menos extensa, para evitar colapsar el propio escrito del contrato, además de facilitar una negociación parcelada sobre cada aspecto. Estos anexos pueden atender a diverso contenido, pero siempre tienen el mismo valor jurídico y vinculante que el contrato. Entre otros aspectos, se suelen incluir mediante anexo:

- Relación de bienes, derechos y elementos que constituyen el objeto del contrato, con el mayor detalle posible indicando su estado y título jurídico.
- Manifestaciones y garantías: además de la cláusula propia en el texto, se detallan con mayor exhaustividad en el Anexo. También se incluyen las excepciones o matizaciones a las mismas (*disclosures*).
- Contratos complementarios a la adquisición.
- En caso de adquirir una sociedad, los estatutos de la misma.
- Documentación.

En el caso de las Cartas aparte o *side letters* se tratan de documentos que no forman parte del contrato propiamente dicho, pero hacen referencia al mismo y tienen una estrecha relación. En ellas se establecen determinados pactos o acuerdos que, por diversas razones, las partes desean mantener con mayor discreción o confidencialidad, limitando su acceso a personal determinado.

16. *Fecha, lugar y firma.*

4. LA CARTA DE INTENCIONES.

1. Concepto y caracteres.

A lo largo del proceso de compraventa de empresa, como ya hemos visto, se van a desarrollar una serie de fases. Una vez han comenzado las negociaciones con carácter más o menos serio y estable entre las partes, es habitual que ambos realicen intercambios de informaciones relativas a la operación, intereses, estado y solvencia. Ante este intercambio, es lógico que comprador y vendedor deseen proteger el contenido de las negociaciones; este es uno de los principales fines a los que responde la carta de intenciones⁵⁴.

La carta de intenciones es un documento suscrito en el ámbito de una negociación, cuyo principal y esencial objetivo es plasmar el resultado de los primeros contactos entre comprador y vendedor, además de acordar los términos generales de la negociación en torno a una eventual compraventa posterior, ya que la firma de este documento se realiza con carácter previo⁵⁵.

Como principal característica encontramos su atipicidad o falta de regulación en nuestro Derecho, circunstancia que no ha mermado su uso o importancia ya que en el tráfico y práctica mercantil es no solo común, sino prácticamente de uso obligatorio.

Puede ser un documento tanto bilateral como unilateral, en el que las partes pueden recoger acuerdos sobre diversas materias⁵⁶:

- Declaración de compromiso, intención, deseo u oferta de comenzar o continuar una negociación que acabe en un acuerdo definitivo de compraventa.
- Delimitación de las líneas maestras de la negociación y bases del posterior acuerdo.
- Pueden adelantar parte del precio a abonar, así como pactar o depositar garantías.
- Establecer reglas obligatorias, habitualmente sobre confidencialidad y exclusividad recíprocas y vinculantes.

⁵⁴ M. MANENT GONZÁLEZ, *Formularios de contratación...* ob. cit. pp. 1098

⁵⁵ KPMG ABOGADOS, en R. SEBASTIÁN (coord.) *2009 anuario mercantil para abogados, los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009. pp. 504.

⁵⁶ J. M^a. ÁLVAREZ, *¿Cómo se realizan...*, ob. cit. pp. 76-77.

- Determinar la responsabilidad del pago de los gastos ocasionados por las negociaciones cuando ésta se frustra; la regla general es que cada uno asume sus riesgos y costes, salvo mala fe o temeridad por una de las partes.

Además, la firma de este documento demuestra que efectivamente existen unas negociaciones de compraventa y las bases de las mismas, por lo que tendrá un fuerte poder probatorio. Por ejemplo, en los supuestos de *culpa in contrahendo*, sirve para probar la existencia de las negociaciones y la buena fe debida durante el proceso, pudiendo derivar indemnizaciones por los daños patrimoniales sufridos como consecuencia de actuaciones contrarias a la buena fe negocial, entre las que podemos incluir los gastos que la propia negociación origina, revelación de información confidencial o pérdida de otras ofertas u oportunidades, tal y como ha admitido el Tribunal Supremo⁵⁷.

También será importante a la hora de obtener financiación, ya que puede suponerse como una oferta en firme del comprador o vendedor.

2. Particularidades prácticas.

El aspecto más discutido y con mayor litigiosidad en el marco de las Cartas de Intenciones es su carácter vinculante. Es un documento en el que se plasman aspectos de gran importancia en la negociación, ya que se fijan “*las reglas del juego*”, las bases y principios de la misma, y por ello, ambas partes desearán un cierto nivel de vinculación jurídica.

⁵⁷ STS 16-12-1999 (RJ 1999\8978): Haciendo referencia a tratos preliminares, determina que “*de dichos tratos sociales o «contratos sociales» puede y debe derivarse una cierta responsabilidad - responsabilidad precontractual o culpa «in contrahendo»-, [...] la culpa «in contrahendo», al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio «neminem ledere».*

[...]no hay lugar a dudas de que se dan los dos requisitos necesarios para que surja la responsabilidad extracontractual, como son: a) una acción negligente y que referida a dichos «tratos preliminares», que está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las entidades ahora recurrentes del proyecto inicial de los demandados en la instancia, y b) unos perjuicios, que también dada la fenomenología de dichos «tratos preliminares», deben mensurarse desde un punto de vista del interés negativo, como así se hace y así se cuantifica en la sentencia recurrida.

Pero sobre ello, hay que afirmar sin duda alguna, que la ruptura de negociaciones al defraudar la buena fe provoca sin duda la vanidad de unos gastos, esfuerzos y trabajos, dándose entonces esa ligazón que se recoge paladinamente en la sentencia recurrida y que se acepta en este momento.

En resumen que se dan todos los datos necesarios para que surja con toda plenitud la presente responsabilidad extracontractual con todas sus consecuencias, por la actuación de la parte ahora recurrente y antes demandada.

A pesar de ello, en otros aspectos como la fijación de un precio aproximado o su condición al resultado de determinados informes puede no ser tan interesante para las partes, que intentarán mitigar la vinculación, al menos en ese momento, para evitar quedar atados sin conocer bien el transcurso de la operación.

De lo dicho, podemos deducir que la carta tiene, a la vez, efectos vinculantes y no vinculantes, dependiendo de los intereses de las partes sobre cada uno de los puntos a tratar, de modo que, como regla general, se incluye una cláusula de *no vinculatoriedad* de extensión a todo el documento salvo a aquello que expresamente se reconozca como vinculante. Es muy importante manifestar la no vinculatoriedad del documento, puesto que de lo contrario corremos el riesgo de poder fundamentar la no obligatoriedad solo con la interpretación del texto, lo que puede ocasionarnos graves perjuicios.

Si bien de forma habitual presentan un carácter meramente declarativo y no vinculante, la práctica ha demostrado la precaución que se debe mantener en su redacción, puesto que es sentada jurisprudencia que *“nada obsta que las partes hayan calificado el contrato controvertido de «carta de intención», pues sabido es por conocida jurisprudencia que los contratos no son lo que las partes contratantes hayan denominado, sino lo que efectivamente resulte de su contenido”*⁵⁸, y, por lo tanto, si no se refleja expresamente este carácter pueden instarse reclamaciones ante el incumplimiento de lo pactado en este documento.

Si no es un documento vinculante, al menos en la mayor parte de su contenido, cabe preguntarse por qué es tan importante como para ser utilizado en casi la totalidad de estas operaciones. La práctica mercantil considera que contiene cuatro elementos que la hacen esencial en una correcta y completa negociación de compraventa de empresa⁵⁹:

En primer lugar, si bien es obligatorio la negociación con base en el principio de buena fe de acuerdo al artículo 7 del Código Civil, la firma de una Carta de intenciones refuerza y asegura este extremo.

En segundo lugar, el documento tiene un importante efecto probatorio tanto de la existencia de negociaciones como de sus líneas generales y finalidad.

⁵⁸ STS 4-07-1991 (RJ 1991\5325)

⁵⁹ KPMG ABOGADOS en “2009 *anuario mercantil para abogados...*” ob. cit. pp. 505.

Además, en tercer lugar, las partes adquieren compromisos firmes y que sí se manifiestan expresamente vinculantes, como la exclusividad o la confidencialidad.

Como cuarto y último elemento, se acuerdan en la Carta los procedimientos para el pago de los costes que ha generado la negociación en caso de que ésta se vea frustrada.

Es muy habitual que los intereses de comprador y vendedor en torno a la cuestión del carácter vinculante de la Carta sean encontradas; por tanto se debe proceder a un acercamiento entre las partes, condicionando dicho carácter, por ejemplo, al resultado positivo de una Due Diligence o revisión técnica de determinados aspectos de la empresa objeto del contrato. Así, además de recoger las líneas generales y la intención de las partes de suscribir un futuro contrato, se delimita el objeto del mismo y, si de la revisión resultan informes que acreditan la situación de la empresa en los términos expresados por el vendedor y aceptados por el comprador, tendrá un mayor efecto vinculante, aunando los intereses contrapuestos de ambos.

3. Especial referencia a los contratos celebrados por vía electrónica.

Hoy en día los medios electrónicos y las relaciones internacionales hacen más habitual la contratación por esta vía. En nuestro ordenamiento los artículos 23 y 24 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico recoge específicamente en la norma la posibilidad de celebrar contratos por vía electrónica, reconociendo plena validez y eficacia de los mismos.

Así, tanto el contrato de compraventa de empresa como la propia carta de intenciones, si constaran y fueran firmadas en correo electrónico, documento Word, PDF, a través de una web o por cualquier medio electrónico, tendrá plenos efectos jurídicos, teniendo la firma electrónica realizada mediante certificado electrónico y dispositivos seguros la misma consideración que la firma manuscrita⁶⁰.

⁶⁰ Art. 3.4 de la Ley 59/2003, de firma electrónica: *“La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.”*

5. LA REVISIÓN TÉCNICA O DUE DILIGENCE

1. Concepto y caracteres.

Ya se ha hecho referencia en apartados anteriores al procedimiento de revisión técnica o Due Diligence, que será el objeto de estudio de este epígrafe.

Si bien es un procedimiento que aparece en Estados Unidos en los años treinta como un método de limitación o exención de responsabilidad de intermediarios y asesores frente a los inversores, una vez hubieran realizado la investigación sobre las operaciones a realizar con la diligencia debida (Due Diligence en sentido literal), ha evolucionado hasta nuestros días, siendo una pieza importante no solo en procesos de compraventa de empresa, sino en multitud de operaciones mercantiles.

Como concepto, nos encontramos ante una insuficiencia en nuestro idioma puesto que no existe un término correcto a la hora de realizar una traducción literal, por lo que ha sido admitida por la doctrina la fórmula “revisión técnica”⁶¹.

En definitiva, la Due Diligence o revisión técnica es un procedimiento o fase del contrato de compraventa de empresa, entre otros, en la que una serie de técnicos –en diversas áreas, no solo Derecho- realizan un examen o estudio de determinada información de la empresa objeto de compra para “*evaluar los riesgos de la compañía que se adquiere y su situación jurídica y económico-financiera*”.⁶²

Por lo tanto, nos encontramos ante un proceso de búsqueda y valoración de datos sobre diversas áreas, que resultarán en un informe que evalúe el estado de la empresa y los posibles riesgos o contingencias por los que podría ser responsable el comprador a futuro. Estos datos serán obtenidos tanto a través de Registros u organismos públicos como proporcionados por el propio vendedor, en cumplimiento de su deber de información.

Dada esta eventual responsabilidad, y siempre atendiendo al caso concreto, se investigarán diversas materias, siendo habituales, aunque no las únicas⁶³:

⁶¹ L. HERNANDO CEBRIÁ. *La revisión legal (Legal Due Diligence) en el Derecho Mercantil*, Comares, 2008, PP. 7-9

⁶² J. M^a. ÁLVAREZ, *¿Cómo se realizan...*, ob. cit. pp. 78

⁶³ A. IRIARTE IBARGUREN, A. SAN SEBASTIÁN CARRERA, A. SAINZ MARQUINEZ, *Guía para la transmisión...* ob. cit. pp. 58-70.

- Activos de la sociedad.
- Ámbito financiero y contable.
- Aspectos administrativos.
- Aspectos comerciales y posición en el mercado.
- Aspectos societarios.
- Aspectos tecnológicos.
- Asuntos medioambientales.
- Calidad y efectividad de la dirección y organización.
- Contratos.
- Derecho de la Competencia y de Consumidores y Usuarios.
- Litigios.
- Obligaciones fiscales.
- Obligaciones laborales.
- Recursos humanos.
- Sistemas de información.

En cuanto al momento para realizar la revisión técnica, ésta debería hacerse a la mayor brevedad posible, e incluso podrá hacerla el vendedor *motu proprio* antes de tener siquiera un comprador, para facilitar la recepción de la oferta y aumentar el interés de potenciales adquirentes. Lo habitual es que la revisión se realice por el comprador (*Buyer's Due Diligence*), y en ese caso se llevará a cabo una vez establecido el marco de negociación, los términos generales y las bases de la operación.

Así, nos encontramos ante un procedimiento que tiene como finalidad elaborar un informe sobre diversas materias en función de la actividad desarrollada y objeto de compra, que por sus diversas funciones, se ha abierto paso en la práctica mercantil hasta ser prácticamente imprescindible. Pero, además, es muy importante que también se analice en profundidad la propia operación de adquisición, ya que se deben cumplir con determinados requisitos legalmente previstos y de los que pueden derivar responsabilidades, sanciones e importantes gastos.

2. Funciones.

Como ya se ha señalado al explicar el concepto, con la revisión técnica se consigue estudiar los datos e informaciones de la empresa en diversas áreas, siendo una investigación detallada, que, de acuerdo con la doctrina, tiene dos importantes funciones⁶⁴.

En primer lugar, la revisión técnica es un procedimiento que sirve como un mecanismo privilegiado de información para el comprador, puesto que a través de peritos expertos en las materias objeto de examen, y en base a las informaciones suministradas por el vendedor, consigue hacerse una imagen del estado real de la empresa, tanto sus puntos fuertes como débiles, y los posibles riesgos o contingencias a los que podría enfrentarse.

Además, en segundo lugar, permite al empresario vendedor trasladar la carga de la investigación y evaluación al comprador, asegurándose en parte una exención de posibles responsabilidades derivadas de vicios en el consentimiento, puesto que el comprador tendrá una imagen fiel del objeto de compra. Si bien este punto será matizado en apartados posteriores, es una manera de explicar el interés general del vendedor.

Además de estas dos funciones, personalmente añadiría otras dos bien diferenciadas de las primeras por su particular relevancia.

La primera de ellas, es la importancia del resultado de la revisión en la determinación del precio. Si bien las partes han podido pactar una estimación del mismo en la Carta de Intenciones o a lo largo de las negociaciones previas, una vez realizado y evaluado el informe de la Due Diligence, ambos empresarios tienen una imagen fiel del objeto contractual y conocen tanto sus riesgos como sus puntos fuertes. Así, ante los resultados favorables o desfavorables, desearán modificar el precio, sin perjuicio de las posibles cláusulas de modificación o variación del mismo que hayan podido acordar con anterioridad.

La segunda es la importancia de la buena aplicación de los resultados obtenidos. Una revisión técnica y legal de la empresa pondrá de manifiesto desperfectos o riesgos que es conveniente mejorar, y por tanto da una oportunidad al vendedor para arreglar esos

⁶⁴ L. HERNANDO CEBRIÁ. *La revisión legal...* ob. cit. pp. 9-15.

aspectos y así poder vender a un mejor precio; por ello, en ocasiones será el vendedor el que realice un proceso de Due Diligence previo a la oferta (*Vendor's Due Diligence*).

En cualquier caso, este informe detallado también servirá al comprador para que requiera al vendedor el arreglo de tales aspectos desfavorables o bien preste garantías sobre ellos, y, ya con posterioridad a la compra, el nuevo empresario conocerá los puntos débiles de la empresa y las posibles materias generadoras de riesgo, pudiendo sanearlas desde un primer momento.

Además de estas funciones, el procedimiento de revisión técnica va a servir como una garantía para ambas partes tanto por el informe a realizar, sus resultados y la especial transparencia que denota la colaboración y el tráfico de información. También es importante a estos efectos determinar que es un proceso costoso, y si llega a realizarse es lógico que exista una seriedad en las intenciones de compra y venta.

3. Relación de la revisión técnica con las manifestaciones y garantías.

Como ya se ha explicado, es habitual que en el contrato se recojan unas cláusulas limitadoras de la responsabilidad del empresario vendedor, dando una cierta seguridad sobre los mismos. Por tanto, podemos encontrarnos con la cuestión de si es necesaria realmente una Due Diligence que puede aumentar el tiempo de negociación, y por supuesto los costes, si con las cláusulas de manifestaciones y garantías el vendedor puede garantizar el cumplimiento de las áreas que se estudiarán en la revisión.

Ante esta pregunta, bastante recurrente en este tipo de procesos, la práctica mercantil es clara, y recomienda realizar siempre la revisión, sin que esto excluya las manifestaciones y garantías, puesto que en muchas ocasiones el propio vendedor puede no conocer riesgos o contingencias ocultas⁶⁵, siendo recomendable una verificación *a priori*.

⁶⁵ J. M^a. ÁLVAREZ, *¿Cómo se realizan...*, ob. cit. pp. 79-80

4. Clases de revisiones por razón de la materia.

Si bien el procedimiento de revisión técnica puede abarcar una multitud de materias a estudiar, que serán más o menos amplias en relación a la envergadura y complejidad de la empresa objeto de compra y su actividad, quisiera hacer referencia a tres áreas muy concretas; la revisión de la fiscalidad de la empresa por su importancia práctica siendo común a todo tipo de actividad, y la revisión laboral y medioambiental, por ser estas responsabilidades objeto separado de estudio en los dos apartados posteriores.

4. I. La revisión fiscal.

Si algo es común a todas las empresas objeto de compraventa, es que deben cumplir con diversas obligaciones fiscales, y que del incumplimiento de estas pueden derivar importantes sanciones; por ello, son un riesgo a tener muy en cuenta en cualquier operación y revisión legal y fiscal.

El objeto de estudio en esta materia serán las diversas obligaciones fiscales de la empresa y su efectivo cumplimiento, así como los posibles recargos y sanciones que pudieran derivar. Para atender al límite temporal de estas obligaciones, se tendrá en cuenta las que aún no hayan prescrito, por el especial régimen de responsabilidad previsto en la Ley 58/2003 General Tributaria (en adelante, LGT).

El artículo 42.1.c de esta norma hace referencia a la responsabilidad de las personas o entidades que sucedan por cualquier concepto al empresario, puesto que responderán solidariamente por las obligaciones tributarias contraídas por el vendedor cuando derivan de su ejercicio.

Aun así, la norma prevé un procedimiento para limitar la responsabilidad del comprador diligente, ya que según establece el artículo 175.2 del mismo cuerpo legal tendrá derecho *“previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas,*

sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo.”

De este modo, en el procedimiento de revisión se solicitarán todos los certificados pertinentes, de modo que el comprador tenga conocimiento de las deudas, sanciones y responsabilidades a las que podría llegar a hacer frente en caso de celebrar finalmente el contrato, y además, quedará limitada su responsabilidad en los términos del citado artículo 175.2 LGT.

6. LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

En muchas empresas, por la actividad que desarrollan, nos podemos encontrar ante contingencias denominadas medioambientales que, en caso de materializarse, suponen un gran perjuicio para el comprador, y por ello se habrán previsto e investigado en el procedimiento de Due Diligence.

En el marco medioambiental, si bien existían normas para su protección, éstas no eran del todo eficaces ya que se centraban en el ámbito de la responsabilidad civil ante los daños causados sin buscar expresamente prevención de los daños y siendo su reparación lenta y dificultosa.

En nuestro Derecho actual es de aplicación la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (en adelante, LRM). Esta norma tiene un carácter de prevención y reparación, que materializa el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado reconocido en el artículo 45 de la Constitución. Como prevé la propia LRM, todo aquel que cause daños a la naturaleza queda obligado a su reparación, siendo compatible esta responsabilidad con las sanciones administrativas o penales que correspondan.

Aun siendo innovadora en determinados aspectos, tiene como precedente la Ley alemana de responsabilidad ambiental de 1990, que ya integra un régimen de

responsabilidad objetiva, además de la presunción de causación del daño para aquellas actividades apropiadas o adecuadas para causarlo⁶⁶.

Esta Ley 26/2007, continuando la redacción de su preámbulo, se encarga de trasponer normativa comunitaria, concretamente la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incorporando así a nuestro Derecho una responsabilidad medioambiental de carácter objetivo e ilimitado, basado en la prevención y en el principio de “*quien contamina, paga*”.

Ya de entrada nos encontramos con una discusión doctrinal sobre la necesidad y eficacia de esta norma, dado que mientras parte de la doctrina la considera como una norma innovadora y progresista⁶⁷, otro sector doctrinal considera que existe un exceso de normas ambientales en España, que más que facilitar, dificulta una aplicación coherente de los principios de prevención y contaminador-pagador⁶⁸.

Sin entrar en la discusión de la necesidad de esta norma o su correcta aplicación y efectividad, paso a comentar brevemente la regulación y la importancia de la misma en el contrato de compraventa de empresa.

1. Características y cuestiones principales de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental.

Como ya se ha dicho, la norma tiene como principal enfoque la prevención de los riesgos ambientales, puesto que a pesar de la existencia de normativa previa en esta materia, no se ha podido prevenir la producción reiterada de accidentes de diversa naturaleza⁶⁹. Además, se basa en el clásico principio de “quien contamina, paga” como

⁶⁶ P. DOPAZO FRAGUÍO, “La evolución del régimen jurídico de responsabilidad medioambiental en España (Principales aspectos del Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo)”, en *Revista Española de Seguros: publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*. Nº 162, 2015, pp. 177-208.

⁶⁷ P. DOPAZO FRAGUÍO, “El nuevo marco de la responsabilidad por riesgos ambientales: retos y oportunidades”, en *RC – Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Nº. 8/2010, año 46, pp. 6-24.

⁶⁸ C. DE MIGUEL PERALES, “La nueva ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver” en *Diario La Ley*, Nº 6859, 2007.

⁶⁹ C. DE MIGUEL PERALES, “La nueva ley de responsabilidad medioambiental...” ob. cit. pp. 1.

método de imputación de esta responsabilidad administrativa, procurando la rapidez en la reparación de los daños causados.

La característica principal de esta norma es la integración de un sistema jurídico mixto, seguido posteriormente por otros Ordenamientos Europeos e Internacionales⁷⁰. La LRM incorpora un sistema de responsabilidad objetivo, -es decir, sin que concurra dolo, culpa o negligencia-, exigible a aquellas empresas que desarrollen alguna de las actividades económicas y profesionales incluidas en el Anexo III de la norma⁷¹. Estos operadores incluidos en el Anexo III deben, conforme al artículo 24 LRM, constituir una garantía financiera obligatoria, que tiene como objetivo asegurar su capacidad para hacer frente a los gastos originados por un posible daño derivado de su actividad potencialmente peligrosa.

En el caso del resto de operadores y actividades que no se encuentren incluidos en el Anexo III, la responsabilidad será de carácter subjetivo, es decir, tan solo exigible cuando concurra dolo, culpa o negligencia y en los casos en que no hubieran adoptado las correctas medidas de evitación o prevención de los daños causados.

2. La responsabilidad ambiental en el contrato de compraventa de empresa y la revisión medioambiental.

Como ya se ha explicado, durante el procedimiento de Due Diligence se observarán diversos ámbitos en los cuales puedan surgir determinados riesgos o contingencias de importante valoración tanto para determinar la viabilidad de la operación como la fijación del precio. Por ello, el comprador tendrá en cuenta la normativa de responsabilidad medioambiental y el riesgo que asume.

⁷⁰ P. DOPAZO FRAGUÍO, “Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: Implicaciones jurídicas y estratégicas”, en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP, Francia, Sao Paulo*, Brasil. A. 40. Nº 20/2010. Pág. 113-136.

⁷¹ A modo de ejemplo, el Anexo III incluye :

“3. Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa de conformidad con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico y la legislación autonómica aplicable.

4. Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y la legislación autonómica aplicable.

12. Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición de la Ley 9/2003, de 25 de abril”

A la hora de proceder a la realización de la revisión técnica, el objetivo es asegurar varios aspectos. No basta con investigar la posible contaminación actual generada por la actividad de la empresa, o si existe contaminación en el suelo en que se sitúa o en terrenos o aguas cercanas, sino también posibles tanques de almacenamiento cercanos y sustancias que se han recogido en los mismos, tanto por la actual actividad empresarial como por actividades anteriores desarrolladas en ese mismo suelo. La contaminación medioambiental derivada de la actividad de una empresa puede prolongarse durante décadas, por lo que nos encontramos ante una importante fuente de contingencias futuras, siendo importante estudiar el “pasado” de ese suelo⁷².

Es importante determinar que, según la Disposición transitoria única, la LRM no se aplica con carácter retroactivo; es decir, que aquellos daños causados antes del 30 de abril de 2007 quedan excluidos de su aplicación, dato importante a la hora de determinar las contingencias medioambientales pasadas. A los mismos efectos es importante señalar el artículo 4 de la misma norma, puesto que limita su aplicación a los daños derivados de actos transcurridos en el plazo de 30 años⁷³.

Pero sin duda el aspecto más importante e influyente de la Ley de Responsabilidad Medioambiental en el contrato que nos ocupa es la responsabilidad subsidiaria que recae sobre aquél sujeto que sucede por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño, tal y como dispone su artículo 13.1.c)⁷⁴, que a su vez nos dirige al artículo 42.1.c LGT, en los mismos términos ya explicados para la responsabilidad en materia fiscal.

Al momento de realizar la Due Diligence y centrarnos en materia de medio ambiente, deberemos estudiar todas y cada una de las autorizaciones, licencias, certificaciones y permisos necesarios para el desarrollo de la actividad, que pueden derivar de normativa estatal, comunitaria y autonómica. Estas autorizaciones serán un elemento esencial del

⁷² R. HALLET CHARRO, “Due Diligence”, en J. M^a. ÁLVAREZ ARJONA y A. F. CARRASCO PERERA, *Adquisiciones de empresas*, Aranzadi, Pamplona, 2010. Pág 248-249.

⁷³ Art. 4 LRM: “Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.”

⁷⁴ Art. 13.1.c) LRM: “Los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño, con los límites y las excepciones previstos en el artículo 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre.”

contrato, y por lo tanto las irregularidades en este punto pueden suponer la ruptura de las negociaciones.

Durante el periodo de traslado de información, se entregará copia de todas las licencias, a fin de que los técnicos designados por el interesado contrasten las mismas con las exigencias de la normativa en vigor. Además, también se deberán estudiar las autorizaciones necesarias para que la propia operación de compraventa de empresa se ajuste a la legalidad.

Sin embargo, los riesgos medioambientales no derivan únicamente de la falta de estas autorizaciones, sino de la forma en que se desarrolla la actividad y si se dispone de todos los elementos necesarios para evitar los daños ambientales recogidos en la norma. Así, es muy conveniente que en actividades de potencial riesgo, se inspeccione el desarrollo habitual de la actividad, ya sea de obtención de materia prima o de elaboración, tratamiento, gestión o depósito de materiales.

A modo de garantía, el vendedor puede obtener certificados de calidad o de eficiencia medioambiental expedidos por organismos oficiales técnicos en la materia, así como todo informe de inspecciones realizadas por las autoridades competentes, y en su caso, las posibles sanciones y el pago de las mismas.

Una vez realizado el informe de la revisión en esta materia, es habitual que, en los contratos de compraventa de empresa, parte del precio quede reservada, de modo que, si en el transcurso de ese plazo surge alguna contingencia de tipo ambiental, se responderá con la cantidad aplazada, resultando en perjuicio del vendedor que ve disminuida su contraprestación ante la materialización de diversos riesgos –tal y como vimos en la cláusula de permanencia del anterior empresario en la página 9-. Ese plazo se calculará teniendo en cuenta los 30 años de prescripción de la responsabilidad medioambiental y la irretroactividad de la norma.

7. LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y EL DERECHO LABORAL: EL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Una vez celebrado el contrato de compraventa, se produce una transmisión de la misma, y con él, un cambio en su titularidad que podría llegar a afectar a las relaciones con los trabajadores. Por ello, nuestro Derecho ha querido proteger al trabajador con una serie de garantías ante esos supuestos de sucesión o transmisión de empresa.

Esta protección se recoge principalmente en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo punto primero establece *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.”*

Por lo tanto queda totalmente claro que las relaciones laborales de los trabajadores con la empresa, lejos de extinguirse, se mantienen al subrogarse el empresario comprador en todos los derechos y obligaciones del anterior. Así, el trabajador ve asegurado su puesto y todo beneficio y derecho que tuviera ya reconocido ante el empresario vendedor. Esta es precisamente la primera garantía de la sucesión, el mantenimiento de las relaciones laborales vigentes⁷⁵ frente a la extinción⁷⁵ del contrato de trabajo. Se debe recalcar el aspecto de la vigencia del contrato, puesto que la jurisprudencia ha sido palmaria al considerar que en caso de existir una válida extinción del contrato previa a la sucesión o transmisión, no opera este mecanismo de garantía.

1. La responsabilidad solidaria de vendedor y comprador; la importancia de una correcta revisión legal.

El artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores establece la responsabilidad solidaria de, en este caso, comprador y vendedor, al señalar que *“sin perjuicio de lo establecido*

⁷⁵ A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa; una lectura del nuevo artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Nº 38, 2002, pp. 241-266.

en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas". Esta es una forma de nuestro Ordenamiento para garantizar y salvaguardar los créditos del trabajador, puesto que responderán ambos empresarios. Además, se debe señalar que en este caso se responderá también por las obligaciones aunque la relación laboral ya no se encuentre vigente.

Por tanto, nos encontramos ante un eventual riesgo o contingencia, que de materializarse, puede suponer un importante perjuicio para el empresario adquiriente. Así, en el procedimiento de Due Diligence deberá estudiarse detenidamente la materia de relaciones laborales y Seguridad Social, solicitando el certificado pertinente de cumplimiento de todas las obligaciones de la empresa objeto de contrato, al igual que en el caso de las responsabilidades fiscal y medioambiental.

A la hora de realizar la revisión legal en esta materia debemos tener en cuenta tanto las relaciones laborales como la organización del personal y las obligaciones en materia de Seguridad Social. Además, el marco normativo es amplio, debiendo estudiar tanto la normativa estatal como los convenios colectivos que resulten de aplicación, pero también el contrato propio de cada trabajador.

Por ello, a la hora de realizar la investigación y estudio, y también a la hora de redactar el informe, es habitual seguir un esquema resumen de la organización del personal de la empresa, separando por cargos y funciones. Dentro de cada bloque, se distinguirá a cada trabajador reseñando sus aspectos relevantes: funciones, salario, antigüedad, categoría etc.

En cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos, será de vital importancia estudiar la capacitación de cada profesional, así como la relación de los cursos de formación y prevención de riesgos que hubieran realizado, al igual que el cumplimiento de las medidas de seguridad, informes de accidentes laborales, bajar y revisiones médicas.

Con el resultado del informe, el comprador deberá evaluar los riesgos y el plazo de 3 años de responsabilidad, siendo habitual un aplazamiento en el pago durante este periodo, a fin de garantizar estas contingencias en el caso en que se materialicen.

8. CONCLUSIONES.

Al comenzar con la realización de este trabajo, lo que pretendía era comprender como se desarrolla una operación de la magnitud de la compraventa de empresa, ya que aun contando con los conocimientos adquiridos durante estos años de estudio, me costaba visualizar su funcionamiento, por la complejidad que puede alcanzar.

Una de las cuestiones que más me llama la atención del contrato de compraventa de empresa es la falta de regulación en nuestro ordenamiento, es decir, que sea un contrato atípico. Desde mi punto de vista, este contrato representa un aspecto clave en una economía como la europea, no solo por las cantidades monetarias, sino por el continuo movimiento y el dinamismo que caracteriza a nuestro mercado.

Aun así, el mercado y sus operadores han sabido cubrir con creces esta falta de regulación, y es lo que más sorpresa me produce. A pesar de encontrarnos con contratos dotados de un elemento internacional, la práctica del mercado ha sabido establecer unas cláusulas comunes, un contenido típico de modo que se internacionaliza un modelo, que además se va actualizando y renovando continuamente, respondiendo a las exigencias del mercado a cada momento.

Otro aspecto principal del trabajo es la Carta de Intenciones, un documento prácticamente obligatorio en operaciones de este interés, que puede llegar a ser un “arma de doble filo”. A pesar de recoger en su contenido las bases de un contrato, la redacción de la misma puede suponer que sus cláusulas sean o no vinculantes, e incluso solo parte de ellas, o hacer depender el carácter vinculante al cumplimiento de determinados pactos. Por ello, se debe prestar mucha atención al momento de su redacción, contando con la aprobación de ambas partes.

La razón principal por la cual opté por este tema fue la revisión técnica, un elemento tan esencial en la práctica como desconocido por los estudiantes de Derecho. En todo contrato, los profesionales deben anticiparse a cualquier imprevisto que pueda surgir durante la negociación, pero también antes y después de la misma; es decir, no deben observar solo el presente, sino tener muy en cuenta también el pasado y el futuro.

Ese ejercicio constante de estudiar cada punto, de investigar cada dato pasado y las perspectivas de futuro, unidos a la importancia de la redacción del contrato y la

observancia de múltiples materias y normas fue lo que me fascinó de este negocio jurídico de compraventa de empresa, y del Derecho en general.

En lo referente a la revisión legal, hago especial mención, aunque de forma sucinta, a tres normativas clave como son fiscal, laboral y medioambiental. En resumen, me parece una respuesta muy acertada del Ordenamiento la inclusión de una responsabilidad –ya sea solidaria o subsidiaria- del empresario comprador frente a las deudas, sanciones y obligaciones del anterior empresario. Es una forma efectiva de evitar fraudes, protegiendo y garantizando los derechos de los trabajadores por un lado, pero también el interés común de la ciudadanía, al responder por los daños causados al medio ambiente y las deudas y sanciones en materia fiscal.

Creo también que es un trabajo con especial interés, ya que el tema exige la investigación de diferentes áreas del derecho y no solo una rama concreta del ordenamiento. Para la investigación y redacción he leído y manejado jurisprudencia, artículos y manuales de Derecho Laboral, Mercantil, Civil, Penal y Administrativo, actividad que es esencial en la práctica profesional en general, donde se deben tener en cuenta múltiples puntos de diferentes materias a la hora de cerrar cualquier tipo de acuerdo. Precisamente cualquier Ordenamiento Jurídico aspira a tener cierta unidad, coherencia y plenitud, por lo que como estudiantes de Derecho, debemos de dejar de observar las ramas como compartimentos estancos, uniendo y relacionando los conceptos adquiridos.

Como conclusión final resta decir que tras la redacción del trabajo he visto cumplido mi objetivo de conocer mejor la práctica en la compraventa de empresa –aun desde el punto de vista teórico-, y que si bien me quedan muchos aspectos por dominar, tengo una idea más que aproximada de cómo realizar paso a paso este negocio, y los aspectos generales a tener en cuenta.

9. ABREVIATURAS

CC – Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

CCo – Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

ET – Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LCD - Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

LGT – Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

LRM – Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

10. BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV. *¿Cómo se realizan las compraventas de empresas en España?*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

AA.VV., *Anuario mercantil para abogados, los casos más relevantes del 2008 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ ARJONA, José María y CARRASCO PERERA, Ángel Francisco “*Adquisiciones de empresas*”, Aranzadi, Pamplona, 2010.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil, Contratos*, Bercal, Madrid, 2011.

DE MIGUEL PERALES, Carlos, “La nueva ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver” en *Diario La Ley*, Nº 6859, 2007.

DESDENTADO BONETE, Aurelio “La sucesión de empresa; una lectura del nuevo artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Nº 38, 2002, pp. 241-266.

DOPAZO FRAGUÍO, Pilar “La evolución del régimen jurídico de responsabilidad medioambiental en España (Principales aspectos del Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo)”, en *Revista Española de Seguros: publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*. Nº 162, 2015, pp. 177-208.

DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, “*El nuevo marco de la responsabilidad por riesgos ambientales: retos y oportunidades*”, en *RC – Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Nº. 8/2010, año 46, pp. 6-24.

DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, “Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: Implicaciones jurídicas y estratégicas”, en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP, Francia, Sao Paulo, Brasil*. A. 40. Nº 20/2010. Pág. 113-136.

GARRIGUES, Joaquín “La empresa desde el punto de vista jurídico” en *La empresa*, AA.VV. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 116 y ss.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, *El contrato de compraventa de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, *La compraventa y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas*, Bosch, Barcelona, Granada, 2014.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, *La revisión legal (“legal due diligence”) en el derecho mercantil*, Comares, 2008.

IRIARTE IBARGUREN, Ainhoa, SAN SEBASTIÁN CARRERA, Aurora, y SAINZ MARQUINEZ, Alfonso, *Guía para la transmisión de empresas*, [en línea] Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, 2013, Madrid, disponible en: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Guia%20Transmisiones_VG_web.pdf>

MANENT GONZÁLEZ, Martí, *Formularios de contratación civil y mercantil, 3 tomos*, Bosch, Barcelona, 2005.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, Civitas, Pamplona, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando *“Instituciones de Derecho Mercantil*, McGraw-Hill, Madrid, 1990.