



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Gallego Sánchez, Esperanza. La compraventa de empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 436-454. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21015>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA COMPRAVENTA DE EMPRESA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ*

Resumen

A pesar de la trascendencia que revisten los contratos de compraventa de empresas, es la primera vez que se afronta la tarea de dotarles de tipicidad legal. El Anteproyecto de Código Mercantil lo hace ubicándolos, además, en el Libro Primero, dedicado al empresario y a la empresa, al considerar la esencialidad del objeto del contrato, la empresa, en el contexto mercantil, por encima del hecho de que se trate de un contrato. Este trabajo comenta la disciplina considerando los avances que ha supuesto en comparación con la situación actual deteniéndose en las cuestiones dogmáticas y prácticas que el Anteproyecto ha pretendido resolver.

Contenido

1. Preliminar. – 2. La empresa. – 2.1. Caracterización. – 2.1.1. Noción. – 2.1.2. Concepto mercantil de empresa. En particular la dimensión objetiva de la empresa. – 2.2 Naturaleza jurídica. – 2.3. Elementos. – 2.3.1. Descripción. – 2.3.2. En particular el establecimiento mercantil. – 2.3.2.1. Caracterización. – 2.3.2.2. Clases. – 3. La compraventa de empresa. – 3.1. Caracterización. – 3.2. Elementos. – 3.2.1. Elementos personales. – 3.2.2. Elementos reales. El objeto del contrato. – 3.2.3. Elementos formales. – 3.3. Contenido del contrato. – 3.3.1. Obligaciones del vendedor. – 3.3.1.1. La obligación de entrega. La extensión de la obligación. El modo. – 3.3.2.2. La entrega conforme y libre de derechos y pretensiones de terceros. La obligación de transmitir la propiedad. – 3.3.3. Obligaciones del comprador.

1. PRELIMINAR

A pesar de la trascendencia que revisten los contratos de compraventa de empresas, es la primera vez que se afronta la tarea de dotarles de tipicidad legal. El Anteproyecto de Código Mercantil lo hace ubicándolos, además, en el Libro Primero, dedicado al empresario y a la empresa, al considerar la esencialidad del objeto del contrato, la empresa, en el contexto mercantil, por encima del hecho de que se trate de un contrato que, como tal, hubiera debido incardinarse en el Libro Quinto, relativo a los contratos mercantiles en particular. En la decisión se tuvo también en cuenta el hecho de que la

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.

regulación no se limita a disciplinar este contrato, ni los contratos de transmisión de la empresa en general, sino que tiene un contenido más amplio por cuanto pretende acoger todos los títulos transmisivos, sean o no de índole contractual.

2. LA EMPRESA

2.1. Caracterización

2.1.1. Noción

La empresa constituye un fenómeno económico y social sobre el que se proyecta la ordenación jurídica. En atención a ello resulta indiscutido que la noción jurídica de empresa ha de tomar como base el concepto económico de la misma. Desde el punto de vista económico la empresa se define como una actividad económica organizada de producción y distribución de bienes y servicios valorables económicamente destinada a satisfacer necesidades humanas en el mercado. El carácter económico de la actividad se decide en atención a los criterios de gestión adoptados en su desarrollo. En concreto se funda en la racionalidad económica de su ejercicio, lo que se mide en términos de aprovechamiento óptimo de los factores de producción, de coste-beneficio. Este, denominado principio de economicidad, es el dato decisivo para calificar la actividad como económica y, por ende, como constitutiva de empresa, no el fin subjetivo que, al realizarla, se persiga. En particular es indiferente que se trate de un fin de lucro, de un afán de obtener riqueza. Además, la mera creación de riqueza no es suficiente. Se exige que esta tenga lugar a costa de otra riqueza precedente que queda expuesta al riesgo de pérdida. En consecuencia al concepto de empresa es inherente la idea de riesgo. El riesgo de que los costes de la actividad sean superiores a los ingresos que se obtengan de ella.

La actividad constitutiva de empresa es, en segundo lugar, una actividad organizada, lo que significa que el empresario no se limita a yuxtaponer los medios de producción, sino que los enlaza y coordina racionalmente de forma estable con arreglo a un plan en atención a la función económica a la que están destinados, esto es, la producción y distribución de bienes y servicios para el mercado. Debido a ello los medios de producción quedan coligados y funcionalmente afectos al ejercicio de la actividad, dando lugar a una unidad económico-funcional dotada de conexión estructural, lo que autoriza a configurarla como un bien económico-productivo unitario.

La organización se proyecta sobre medios materiales y humanos. Esta apreciación pone de manifiesto que se trata de un comportamiento de actuación colectiva, conformado por la coordinación de las actividades desarrolladas por diferentes personas bajo la unidad de dirección del titular de la empresa. Por último, la finalidad de la misma es satisfacer necesidades de terceros en el mercado, entendido este como lugar de encuentro de la oferta y la demanda respecto de una determinada mercancía o servicio. Esta exigencia traduce el elemento teleológico o factor

coordinador de los diferentes actos que conforman la actividad y hace visible la función de intermediación realizada por el empresario como sujeto que se interpone entre los factores productivos y el consumo.

Ahora bien, el hecho de que la noción jurídica de empresa deba sustentarse en el concepto económico, no significa que ambos se identifiquen. Economía y Derecho son ciencias gobernadas por principios diversos, que responden a finalidades también diversas. El <<ser>>, frente al <<deber ser>>. Ciencia descriptiva que formula reglas empíricas, frente a ciencia normativa que responde a criterios de equidad. A consecuencia de ello la noción jurídica de empresa está anudada exclusivamente a aquellos aspectos del fenómeno económico con relevancia para el Derecho. Esto explica, de otro lado, que no exista un único concepto jurídico de empresa, sino una pluralidad de nociones diseñadas precisamente en atención a los aspectos económicos relevantes para cada sector del ordenamiento. Hay así un concepto de empresa específico del Derecho fiscal o del administrativo o laboral, entre otros.

2.1.2. Concepto mercantil de empresa. En particular la dimensión objetiva de la empresa

En el concepto de empresa relevante para el Derecho Mercantil se distinguen dos aspectos o perfiles claramente diferenciados. Por un lado, la llamada dimensión *subjetiva y funcional*. Con ella se hace referencia al ejercicio profesional de la actividad constitutiva económicamente de empresa. Esta actividad se traduce en la realización por parte del titular de la misma, el empresario, de una serie indefinida de actos jurídicos de naturaleza diversa, pero coordinados y unificados en el plano funcional por la unidad de fin. Por otro lado, el aspecto *objetivo*, en el cual se materializa y objetiva la actividad del empresario. A través de él toma cuerpo y se hace real la idea de organización de bienes, derechos y personas destinados a la prosecución de una finalidad económica.

Entre ambos aspectos, es en torno a la noción de actividad donde adquiere mayor relevancia jurídica el fenómeno de la empresa. Este es el rasgo decisivo que opera como factor aglutinador del resto de aspectos o perfiles, en que se desdobra el concepto jurídico-mercantil de empresa. La noción unitaria de empresa descansa en suma en la idea de actividad del empresario, con la consiguiente calificación de empresario y la aplicación del régimen o *status* que el Derecho vincula a dicha condición en razón de su ejercicio. Por ese motivo, a diferencia de lo que sucede en el concepto económico, en el jurídico, la actividad ha de ser realizada en nombre propio. Con todo, la dimensión objetiva de la empresa no deja de ocupar una posición relevante. En la medida en que dicha dimensión expresa la existencia de un conjunto de elementos materiales, inmateriales y personales organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad empresarial que, al estar coordinados entre sí, adquieren una consistencia unitaria, es esta dimensión la que permite concebir la empresa como objeto de tráfico jurídico independiente, dotado, además, de un valor superior al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes componentes que la integran. A este aspecto alude el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, APCM) exactamente en los

mismos términos ahora expuestos al definir la empresa como el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado (art. 131-1 APCM), regulando, adicionalmente, la transmisión de la misma como objeto de tráfico jurídico unitario (art. 132 APCM).

2.2. Naturaleza jurídica

Sobre la naturaleza jurídica de la empresa en sentido objetivo no ha existido una opinión pacífica en la doctrina. En una síntesis apretada cabría distinguir dos corrientes doctrinales, que separan a los partidarios de las denominadas teorías *unitarias* de los defensores de las *teorías atomistas*. Para los primeros la empresa en este aspecto objetivo nace cuando el empresario «realiza», aplica y traslada la organización a los objetos del mundo exterior objetivándose en ellos. Por este motivo es considerada como un bien inmaterial unitario integrado por una serie de valores o elementos intangibles que surgen progresivamente por virtud de la actividad empresarial. Tales elementos se refieren tanto a la organización interna de la empresa, incluyendo las experiencias y secretos del negocio, como a las relaciones externas con proveedores y clientes; si bien su número dependerá del tipo de empresa y de las características concretas de la actividad empresarial realizada. En este sentido, la empresa en sentido objetivo, como realización intangible objetivada, está estrechamente enlazada con las cosas concretas en que se manifiesta, pero no se identifica con esos objetos del mundo exterior, que son sólo soporte de la realización intangible del empresario y elementos contingentes del mismo. Y sobre ella, como bien unitario que es, se ostenta un derecho de propiedad, que se suma a los derechos —reales y obligacionales— que existan sobre los elementos soporte de la realización intangible.

Las teorías atomistas, en cambio, defienden que la empresa ha de concebirse como un conjunto heterogéneo de bienes materiales e inmateriales, sobre los cuales se puede ostentar igual una pluralidad de derechos diversos —propiedad, derechos reales limitados, derechos personales de uso—, y de relaciones jurídicas, creadas al servicio de la actividad empresarial o a consecuencia de ella. Este conjunto de bienes y relaciones personales no está meramente yuxtapuesto, sino unido y coordinado entre sí porque está funcionalmente organizado por el empresario. De modo que la organización adquiere un significado fundamental como factor aglutinante de los elementos que integran la empresa en atención a la función económica a la que están destinados todos: la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado. Desde esta perspectiva puede afirmarse que forman un todo orgánico, lo que autoriza a hablar de una unidad económico-funcional y de una unidad de conexión estructural, objetiva, y, en tal sentido, de un bien económico unitario, con una utilidad (económica) propia, esto es, de un bien económico-productivo. Pero no de un bien jurídico (objeto de derecho) unitario *strictu sensu* y nuevo, distinto del conjunto de elementos que la integran, sobre el que se ostente un derecho de la misma índole, pues el catálogo de estos viene delimitado normativamente no sólo por criterios económicos, sino también por razones ligadas a la

fijeza y seguridad que el Derecho exige para legitimar su apropiación individual.

El hecho de que se trate de un bien económico con una utilidad de tal carácter, propia y distinta de la mera agregación de las utilidades que pueden proporcionar los diferentes elementos que lo componen, considerados individualmente, explica que la empresa adquiera un valor superior al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes elementos que la integran. Pero la relación jurídica del titular con ella no se construye al respecto de un objeto unitario de derecho sobre el que se ostente un único derecho subjetivo. Por el contrario, se fragmenta en múltiples relaciones jurídicas sobre cada uno de los elementos que la integran, cuya naturaleza jurídica se diversificará en función de la de estos y de las exigencias de la actividad. En consecuencia los elementos patrimoniales así agrupados no pierden por ello su autonomía y propia sustantividad. Tampoco modifican su régimen jurídico individual, salvo, tal vez las mercaderías, cuando han sido adquiridas en tiendas o almacenes abiertos al público (cfr. art. 85 Ccom, frente a los arts. 348 y 349 Cciv). Además, pueden ser separados de la empresa y sustituidos por otros sin que se rompa la unidad (cfr. art. 22 LHM), en tanto no se produzca una dispersión esencial que destruya la organización.

Debido a ello y, asimismo, en razón de la caracterización de la empresa como unidad funcional y de conexión estructural, objetiva, atribuida por el sujeto-titular, constituye una unidad no estática, sino dinámica, esto es, en constante mutación, sostenida por la actividad del empresario. Esto, sin embargo, no impide que el Derecho tome en consideración esa unidad de conexión estructural que es la empresa como bien económico en otros planos normativos de ordenación distintos del jurídico-real. Por ejemplo, en la disciplina de la competencia desleal o, en particular, en el Derecho de obligaciones. En este último contexto es tratado como objeto unitario de tráfico jurídico, pues en él, el Derecho es mucho menos rígido que en la ordenación de las relaciones jurídico-reales. En efecto, fuera de los límites genéricos de la autonomía privada, el principio de libertad de contratación que rige en el seno de este permite la existencia de relaciones obligacionales de cualquier contenido ajustadas a la consecución de los más variados intereses, sólo con que sean dignos de protección. Por ese motivo los «bienes» pueden ser configurados con gran libertad por las partes en cuanto objeto de la prestación debida, incluyéndose los bienes económicos, como la empresa, que, sin embargo, no son bienes jurídicos, ni objeto de derechos especiales de dominación.

A mi juicio, el Anteproyecto de Código Mercantil ha optado por una versión más próxima a las tesis unitarias¹ puesto que no se limita a disciplinar la empresa considerando exclusivamente los aspectos obligacionales, sino que ha pretendido configurarla como un bien unitario, objeto de derechos reales específicos, en cierta manera desconectados del dominio de sus componentes específicos. Verdad es que este nuevo bien se nutre del conjunto de estos componentes, pero eso no obsta a la consideración unitaria del mismo como objeto de tráfico jurídico. Una prueba evidente

¹ En sentido similar, ALONSO SOTO, R., “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, en VV. AA, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), Cizur Menor, 2014, pp. 89 y ss., 93.

de ello es la admisión del usufructo de empresa (art. 132 APCM).

2.3. Elementos

2.3.1. Descripción

Aunque el catálogo de los elementos integrantes de la empresa depende en cada caso concreto tanto de la naturaleza, como de la entidad de la actividad empresarial a la que esté funcionalmente ligada aquella, el APCM, con buen criterio, ha pretendido agotar el número y cualidad de los mismos. Dispone, en efecto, que integran la empresa los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de dicha actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores (art. 131-2.1 APCM).

En lo relativo a los bienes y derechos ha de tratarse de elementos afectos a la actividad empresarial, esto es, de bienes y derechos funcionalmente destinados al ejercicio de la misma y, por ende, estructuralmente integrados en la organización. Cumplido este requisito, el APCM no limita el elenco de elementos. Puede tratarse de bienes materiales muebles (materias primas, mercaderías, medios de transporte), o inmuebles (como el local en que se encuentra instalada), o de bienes inmateriales (patentes, marcas...), así como de derechos reales o de crédito. Con el fin, no obstante, de que dichos elementos queden determinados en el caso concreto, el APCM dispone que los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial deberán figurar en el inventario inicial y en los sucesivos (art. 131-2.2 APCM).

Sin embargo, junto a este conglomerado de elementos objetivo-patrimoniales, en el que, adicionalmente, pueden integrarse las relaciones jurídicas (vgr. de servicios con el personal que presta su trabajo en ella) y otras posiciones jurídicas complejas, los componentes más característicos de la empresa son los valores inmateriales asociados a la misma. Si bien el número de los mismos varía en el caso concreto, puede ser reducido a tres. A ellos alude también el APCM, aunque con cierta imprecisión, cuando dispone que, junto a los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial y a las relaciones jurídicas, integran la empresa, las relaciones de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de la actividad empresarial y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores (art. 131-2.1 APCM).

En puridad, no obstante, dichos valores inmateriales son, en primer término, la organización como tal, esto es, de la selección, combinación y disposición de los elementos objetivo-patrimoniales integrantes de la empresa (vgr. procedimientos de fabricación o comercialización no patentables, fuentes de aprovisionamiento, red de comercialización...) y, en su caso, también de los elementos personales (disposición de puestos de trabajo, determinación de responsabilidades en el seno de la empresa...). En segundo lugar, las relaciones de hecho que la actividad desarrollada a través de la empresa genera con los proveedores y, sobre todo, con la clientela como círculo indeterminado de personas que le otorgan con habitualidad su preferencia y que tienden a anudarse a la organización y acompañarla en su eventual transmisión. Finalmente, las

meras expectativas de ganancia asociadas a factores exógenos de la empresa relativos al entorno en que esta se desenvuelve (tendencias de crecimiento económico del sector...). Se habla en este sentido de fondo de comercio —el «aviamiento» de la doctrina italiana— para hacer referencia a ese conjunto de heterogéneos valores inmateriales, que, en definitiva, constituyen lo más característico de la empresa y que dotan a la misma de un valor adicional al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes elementos que la integran. Este mayor valor se materializa especialmente, con ocasión de la transmisión de la misma, en el «sobreprecio» que el adquirente paga por encima del atribuido a los elementos objetivo-patrimoniales que integran la organización, considerados en su individualidad.

Ahora bien, estos componentes no constituyen elementos autónomos añadidos a los patrimoniales, susceptibles de transmisión aislada. Se trata de propiedades o cualidades de la empresa objetivamente considerada como unidad, puesto que radican en su misma configuración estructural, en su disposición. La prueba más determinante de la falta de autonomía de estos elementos es su nulo valor económico en cuanto se desgajen del conjunto. La contabilización del fondo de comercio como partida independiente del balance no puede justificar otra opinión, pues obedece a simples razones de lógica económico-contable, en las que cuentan no la caracterización del elemento como bien en sentido jurídico, sino económico, esto es, en atención a su capacidad para contribuir a la actividad económico-productiva de la empresa. Es indicativo al respecto el distinto tratamiento a que se ven sometidos los derechos inmateriales de la propiedad industrial y el fondo de comercio. En concreto, el «fondo de comercio» sólo puede figurar en el activo si se ha adquirido de un tercero a título oneroso, siendo también distinto el tratamiento contable de la amortización. Al tiempo, el hecho de que tales valores deban transmitirse al adquirente de la empresa, sólo ahonda en la consideración de que se trata de meras propiedades de la misma para cuyo aprovechamiento el adquirente de esta requiere la asistencia y colaboración del trasmittente.

2.3.2. En particular el establecimiento mercantil

2.3.2.1. Caracterización

En la actualidad la Ley no define el establecimiento de modo unívoco. De los distintos preceptos que se refieren a él es posible inferir la existencia de un concepto estricto y otro amplio. Estrictamente, la noción coincide con los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad, esto es, un mero elemento de la empresa. Desde el punto de vista amplio, establecimiento es sinónimo de empresa en sentido objetivo. El APCM ha querido acabar con estas ambigüedades descartando la acepción amplia de establecimiento. Dispone, en efecto, que son establecimientos mercantiles los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad (art. 131-3 APCM). Por consiguiente, la noción no coincide en todo caso con el local, concebido este como instalación inmueble de carácter fijo y permanente,

sino que abarca también *toda instalación móvil en la que el empresario ejerce su actividad [art. 59 bis 1 d) TRLCU]*, como sucede, por ejemplo, en el caso de la venta ambulante o no sedentaria, realizada en puestos desmontables o transportables o en camiones-tienda (art. 53 LOCM). De otro lado, no se precisa que se encuentre abierto al público, lo que sucede en la mayoría de los establecimientos industriales, que distribuyen su producción a través de otros empresarios, como agentes o concesionarios. Con todo, el hecho de que el establecimiento se encuentre abierto al público tiene importantes efectos en el ámbito mercantil. Específicamente por las especialidades del régimen jurídico de las compraventas realizadas en ellos.

El APCM no precisa cuándo ha de entenderse que dicha característica concurre en el establecimiento. A diferencia del Código de Comercio vigente, que, como es sabido, dispone que se consideran establecimientos abiertos al público los almacenes o las tiendas que permanezcan abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos, o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local del mismo, o por avisos repartidos al público o insertos en los diarios de la localidad (art. 85.2.2º Ccom). Sin embargo, continúa asociando a este tipo de establecimientos las mismas peculiaridades que el Código vigente. Las compraventas realizadas en ellos se presumen hechas al contado (arts. 87 Ccom y 131-6 APCM). Y los objetos vendidos en ellos son irrevendibles, es decir, el propietario carece de acción para reclamar la devolución de los bienes al comprador de buena fe, quedando únicamente a salvo su derecho para ejercitar las acciones civiles o penales que puedan corresponderle contra quien los hubiere vendido indebidamente (arts. 85 Ccom y 131-5.1 APCM). No obstante, el APCM introduce una excepción a esta regla que afecta a los bienes que formen parte del patrimonio histórico español (art. 131-5.2 APCM).

2.3.2.2. Clases

El APCM distingue entre establecimiento principal, secundario y accesorio (art. 131-4.1 APCM). El primero es aquel donde está situado el centro principal de las operaciones empresariales, esto es, el lugar donde el empresario ejerce la dirección efectiva de su actividad económica y centraliza la gestión administrativa. El secundario o sucursal es el establecimiento dotado por el empresario de representación permanente y de autonomía de gestión a través del cual se desarrollan total o parcialmente las actividades de la empresa (y vid. 295 RRM). De la sucursal hay que diferenciar la filial por cuanto esta última es una sociedad dotada de personalidad jurídica cuyas acciones o participaciones son titularidad de otra sociedad de la que es independiente jurídica, pero no económicamente. Los demás establecimientos tendrán la consideración de accesorios. Sin embargo, el APCM precisa que el empresario responde de las operaciones realizadas en cualquiera de los establecimientos (art. 131-4.2 APCM). Finalmente dispone que la ubicación del establecimiento principal y de las sucursales se indicará en la hoja abierta para la inscripción del empresario en el Registro Mercantil (art. 131-4.3 APCM).

3. LA COMPRAVENTA DE EMPRESA

3.1. Caracterización

Como no podía ser de otra forma, el APCM define la compraventa de empresa como el contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a transmitirla a cambio de un precio (art. 132-7 APCM). La consideración de la empresa como un bien con propia sustantividad permite concebirla como objeto de tráfico jurídico, apto, por consiguiente, para constituir el objeto unitario de la prestación debida en todo tipo de operaciones jurídicas. El APCM no hace sino constatar esta orientación al regular el objeto de los negocios de transmisión de la empresa, sea cual sea el título por el que se produzca (art. 132-1.1 APCM), y, por ende, también, en la compraventa. No se está, pues, ante una pluralidad de contratos según los bienes, derechos y relaciones que compongan aquella. El título es único, como corrobora sin duda el art. 132-2 APCM.

Es, desde luego, un contrato mercantil. Lo era ya, según nuestra doctrina tradicional, a pesar de que se vio obligada a salvar los obstáculos que, en orden a la delimitación del carácter mercantil de la compraventa, impone el vigente art. 325 Ccom. Se afirmó², con razón, que en modo alguno es admisible que la mercantilidad de la compraventa de empresa se restrinja al supuesto en que el comprador la adquiere para revenderla con lucro. Por el contrario ha de extenderse a la hipótesis, entre otras, de compra para explotar la empresa. El APCM amplía esta calificación considerando mercantil el contrato en todo caso con fundamento en su mismo objeto [arts. 132-8.1 y 001-3.1 b) APCM].

3.2. Elementos

3.2.1. Elementos personales

En materia de elementos personales las especialidades más significativas se refieren a la capacidad de las partes en caso de enajenación por menores o incapaces y en supuestos de establecimientos gananciales. Respecto de las sociedades de capital se suscitan asimismo cuestiones en torno a la competencia entre órganos y al régimen jurídico aplicable.

En cuanto a los menores, si se trata de no emancipados o incapacitados, la cesión por sus padres o tutores exigirá la concurrencia de causas justificadas de utilidad o necesidad y autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 166.1, 271.2º Cciv). En caso de emancipados, estos deberán contar con el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, con el del curador (art. 323.1 Cciv). Si la empresa tiene la consideración de bien ganancial, la enajenación precisa del consentimiento de ambos cónyuges (art. 1375 Cciv), sin que proceda aplicar excepción alguna, tras la desaparición del APCM de las actuales previsiones en torno a los bienes que procedan de las resultas del

² LANGLE Y RUBIO, E, *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, pág. 150

ejercicio de la actividad empresarial por uno de ellos (art. 6 Ccom). Si la administración de la empresa ha sido conferida por Ley o por decisión judicial a uno de los cónyuges, la enajenación exigirá autorización judicial (art. 1389 Cciv).

Al respecto de las cuestiones de competencia entre órganos al tratar de transmisiones de empresas por sociedades de capital se duda si, en defecto de previsión estatutaria expresa, recae ésta en la junta de socios o en el órgano de administración, y, en general, cual es el régimen jurídico aplicable. A pesar de las dudas que se han venido suscitando tras la aprobación de la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante LME) en torno a la disciplina aplicable a este tipo de negocios y aunque el carácter del instrumento normativo utilizado autorizaba a aclarar la cuestión, ni el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital realizó precisión al respecto, ni tampoco lo ha hecho la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, a pesar de que modifica en un aspecto próximo la competencia de la junta general [art. 160 f) LSC]. Queda, pues, pendiente esta tarea en la que el criterio no debe ser otro que estimar aplicable el régimen de la segregación previsto en el artículo 71 de la LME³.

Conforme a este precepto, se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. La empresa constituye sin duda una unidad económica y los preceptos de la LME han de considerarse imperativos cuando determinan los procedimientos a través de los cuales han de ejecutarse las operaciones que prevé. Por este motivo las partes no pueden optar por aplicar sin más la disciplina sobre aportaciones no dinerarias cuando concurran los presupuestos que definen la segregación. El carácter imperativo se fundamenta, además, en el mayor grado de protección que reciben todos los afectados en el marco de la segregación. Se exige la intervención de las juntas generales de las sociedades afectadas a las que se somete el proyecto de segregación con el informe correspondiente de los administradores y el informe de los expertos independientes y, de otro lado, los acreedores de las dos sociedades ostentan derecho de oposición (arts. 73 y ss y 30 LME). Sin ánimo de exhaustividad, tratándose de los socios de la sociedad segregada, cabe destacar en particular la necesidad de que sea la junta general de aquella sociedad la que decida la operación, en lugar de sus administradores. La potencial peligrosidad de estas operaciones para los socios de esta sociedad está fuera de toda duda, en especial para los minoritarios, ya que se ven privados de una parte esencial de los activos para ser sustituida en el patrimonio de la sociedad segregante por las acciones o participaciones contraprestación de

³ A favor, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. “Escisión parcial, segregación y aportación de rama de actividad”, *AAMN*, 2010, págs. 445 y ss. y GALLEGO SÁNCHEZ, E “Las aportaciones sociales”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital I*, ROJO-BELTRÁN (dir.), Madrid, 2011, págs. 627 y ss. En contra ALONSO UREBA, A, RONCERO SÁNCHEZ, A. “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales”, *RdS*, 2010 págs. 271 y ss.

la aportación. Con ello pierden el control directo sobre la unidad económica que ha sido transferida a la beneficiaria, que pasa a los administradores, puesto que son ellos los que ejercerán en la sociedad beneficiaria los derechos inherentes a las acciones o participaciones recibidas como contraprestación de la aportación efectuada. Los acreedores de la sociedad segregante tampoco deben permanecer sin protección puesto que su posición puede verse deteriorada al tener que soportar no solo el riesgo de la sociedad deudora, sino también las consecuencias negativas anudadas a una eventual mala gestión de las filiales. Finalmente, los acreedores de la sociedad beneficiaria no están en mejor situación puesto que la empresa cedida puede presentar un grado de solvencia insuficiente que ponga en peligro la de la sociedad receptora.

No es un argumento convincente para negar esta conclusión el que el artículo 83.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades considere como aportación no dineraria a la de ramas de actividad. La rama de actividad es una noción sustancialmente idéntica a la de unidad económica a la que alude la LME, que incluye las aportaciones de empresas. Sin embargo, parece obvio que aquella declaración del texto refundido de la Ley del impuesto de sociedades no puede tener incidencia alguna sobre la determinación del régimen jurídico-privado de estos negocios. No resulta en exceso justificado alegar que ambas operaciones difieren por el título, sucesión universal en la segregación, y título particular, en la aportación no dineraria de empresa, lo que permitiría optar entre ellos, cuando los optantes serían los administradores que, con su decisión, privarían a socios y terceros de las garantías que la Ley ha dispuesto en su beneficio. Sobre todo si luego ha de recurrirse a una interpretación forzada para conseguir un grado de protección similar ideando exigencias que la Ley expresamente no prevé.

La sujeción a las normas de la segregación de la aportación de empresa o rama de actividad efectuada por una sociedad restringe la aplicación exclusiva del régimen de la aportación no dineraria de empresa a la que efectúen personas físicas. Si bien, no se excluye en modo alguno que, tratándose de sociedades, dicho régimen haya de ser atendido, cumulativamente con las normas sobre segregación, en lo relativo a las reglas que disciplinan la materia propiamente contractual de este tipo de aportaciones, básicamente el régimen relativo a la entrega, saneamiento y riesgos, tal y como queda dibujado por los arts. 64 y 66 LSC y en los preceptos concordantes del APCM.

Con todo, resulta obvio que esta orientación deja sin tutela específica a los afectados cuando la operación no pueda catalogarse como segregación. Sustancialmente cuando la contraprestación no consista en acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, esto es, en los casos de estricta compraventa de empresas. En estos supuestos, por motivos similares a los enunciados antes, procedería la aplicación cumulativa del régimen de la cesión global de activo y pasivo; que, no obstante, quedaría igualmente desactivada ante transmisiones de empresas que no abarcaran todo el patrimonio social (cfr. art. 81 LME). En estas hipótesis, considerando a la sociedad enajenante, solo cabría acudir, en su caso, al art. 160 f) LSC, que atribuye competencia a la junta general para decidir en torno a la enajenación de activos esenciales, presumiendo dicho carácter cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Con buen

criterio, por tanto, el APCM dispone que si la aportación consistiera en una empresa o establecimiento, será de aplicación lo dispuesto en el Código para la transmisión de la empresa (arts. 132-8.2 y 213-6.4 APCM); añadiendo que si la aportante fuera sociedad mercantil se estará, cumulativamente, a lo establecido en el mismo Código para la segregación de sociedades (art. 213-6.4 APCM), aunque la naturaleza de la operación no constituya segregación en sentido estricto (art. 264-4 APCM).

3.2.2. Elementos reales. El objeto del contrato

El objeto del contrato es la empresa considerada como bien unitario construido, según se explicó antes, por la conexión estructural entre los distintos elementos que la componen en razón, a su vez, de la unidad funcional a la que sirven. Lo que se transmite, en definitiva, es la unidad formada por el conjunto de los elementos funcionalmente organizados, la «unidad organizada en funcionamiento», no la propia actividad creadora que, en cuanto tal, sigue siendo personal e intransferible.

Estas consideraciones consienten afirmar, en primer término, que la transmisión de los elementos estrictamente patrimoniales sólo adquiere relevancia para el adquirente en la medida en que sean necesarios para la continuación de esa actividad de explotación. Y permiten, en segundo lugar, resolver las dudas que puedan suscitarse ante la transmisión de un conjunto de elementos de una misma empresa. Sólo si estos son suficientes para que el adquirente desarrolle por su intermedio la actividad empresarial, se presumirá que ha existido transmisión de la empresa en sí y no de un conjunto de elementos de la misma aisladamente considerados. A ello alude el APCM al disponer que en los negocios de transmisión de la empresa se considera transmitido el conjunto de sus elementos, con excepción de los derechos y obligaciones del empresario que tengan carácter personalísimo (art. 132-1.1 APCM) y que las partes podrán excluir de la transmisión algunos elementos integrantes de la empresa, siempre que con ello no se comprometa la existencia de la misma (art. 132-1.2 APCM); así como excluir algún bien esencial solo si se permite al adquirente su uso durante el tiempo necesario para la consolidación de la empresa transmitida (art. 132-1.3 APCM). Explican también, en tercer lugar, que, aunque no sea posible que el transmitente se comprometa a disponer de la actividad en sí misma, ni, propiamente, sea posible transmitir los valores inmateriales (clientela, expectativas...) generados por aquella, se integren en el objeto del contrato que, por tanto, incluye el traspaso «fáctico» de ese campo de actividad «objetivado» de la empresa y de los valores económicos inmateriales a él asociados y, en tal sentido, se obligue al vendedor a colaborar —positiva y negativamente— con el propósito de que tales valores inmateriales objetivados ligados a la organización sean utilizados por el adquirente para que esté en condiciones de realizar el mismo tipo de actividad que aquel venía desarrollando por intermedio de la empresa cedida.

3.2.3. Elementos formales

La compraventa de empresa es un contrato consensual, que se perfecciona, por tanto

ante el concurso de la oferta y la aceptación, generando desde ese mismo momento las obligaciones que le son propias. El APCM corrobora esta caracterización cuando dispone que el contrato deberá constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil a los solos efectos de que la transmisión de la empresa sea oponible a terceros (art. 132-2.1 APCM). Con ese único objeto impone la inscripción en dicho Registro empresario individual transmitente y el adquirente, si fuera también un empresario individual (art. 132-2.1 APCM).

3.3. Contenido del contrato

3.3.1. Obligaciones del vendedor

3.3.1.1. La obligación de entrega. La extensión de la obligación. El modo

De conformidad con la caracterización del objeto del contrato, la entrega comprende el conjunto de los elementos que la integran, con excepción de los derechos y obligaciones del empresario que tengan carácter personalísimo (art. 132-1.1 APCM). Para facilitar la determinación concreta de dichos elementos el APCM obliga a la formación de un inventario (art. 131-2.2 APCM). En consecuencia han de transmitirse todos los elementos mencionados en él y los accesorios, aun cuando no hubieran sido incluidos en el mismo (art. 1097 Cciv). Si bien, la falta de entrega de un elemento de esta índole no permite al comprador resolver el contrato (art. 132-10.3 APCM). Con todo, estén o no incluidos en el inventario, lo determinante es que la entrega comprenda la totalidad de los elementos esenciales, esto es, aquellos cuya falta comprometería la existencia de la empresa (art. 132-1.2 APCM), aunque no es necesario que todos ellos se transmitan a título de dominio. Es posible, por el contrario, que alguno sea cedido a título de mero uso, siempre que se garantice este durante el tiempo necesario para la consolidación de la empresa (art. 132-1.2 APCM).

El carácter esencial de los elementos se decide en razón de la aptitud de los mismos para procurar que el adquirente esté en condiciones de explotar la organización, permitiéndole el ingreso en el campo de actividad de la empresa cedida. A tal fin, junto a la entrega de los elementos patrimoniales, son decisivas las obligaciones de colaboración del transmitente. Tradicionalmente dichas obligaciones han venido considerándose como elementos naturales del contrato, esto es, existentes aunque no vengan explicitadas en él, en tanto derivadas del principio de buena fe o, directamente, del contenido de la obligación de entrega. Sin embargo, no puede excluirse que alcancen la categoría de elementos esenciales en la medida en que su falta puede privar al contrato de la consideración de contrato de transmisión de empresa. El Anteproyecto parece inclinarse por esta última orientación al respecto de las obligaciones de colaboración de signo positivo en la medida en que obliga al transmitente a entregar al cesionario la documentación empresarial y las listas de clientes, proveedores y colaboradores y a comunicarle los secretos comerciales e industriales (art. 132-3.2 APCM). Zanja, por otra parte, la duda que plantean en la actualidad los libros de contabilidad, que son propiedad del transmitente y deben ser

conservados por este durante 6 años desde el último asiento (arts. 30.1 Ccom y 151-6.1 APCM), pero que interesan al adquirente para poder continuar las relaciones comerciales y tener una idea de la marcha del negocio. A falta de norma expresa, existe la duda de si se transmiten como elemento esencial de la empresa o no, pues ciertas propuestas, como las de realizar copias y legalizarlas plantean serios problemas. El Anteproyecto resuelve también esta cuestión ordenando la entrega de los libros contables al adquirente (art. 132-3.2 APCM), de modo que, indirectamente, libera al vendedor del deber de conservación (art. 151-6.2 APCM). No obstante, siempre asistirá al vendedor un derecho de exhibición fundado en la buena fe (art. 1258 CCiv).

La orientación que ha escogido el Anteproyecto acerca de las obligaciones de signo negativo es distinta. En efecto, aunque la colaboración positiva puede servir de bien poco si se permite al vendedor seguir ejerciendo la misma clase de actividad en un lugar próximo a la ubicación de la empresa cedida, pues, en tal hipótesis, la clientela, con mucha probabilidad, permanecerá ligada al empresario vendedor, el Anteproyecto no atribuye a la obligación de no competencia ni siquiera el carácter de elemento natural del contrato ya que solo rige si se pacta de forma expresa (art. 132-11 APCM). Constituye, no obstante, una novedad, que ha de valorarse muy positivamente, el hecho de que regule el contenido de dicha obligación, determinando las condiciones de la licitud de la misma, lo que evitará la actual inseguridad en torno a una eventual infracción del Derecho protector de la libre competencia. Dispone en concreto que las partes podrán pactar que el vendedor de una empresa quede obligado a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida (art. 132-11.1 APCM). De modo que sujeta la licitud de la misma a límites objetivos —idéntico o semejante género de actividad—, geográficos —en razón de la proximidad física entre la empresa cedida y la nueva que pretenda explotar el trasmittente—, y, sobre todo, funcionales —los límites solo son aceptables en la medida en que persigan conservar la integridad del valor de la empresa transmitida—. Junto a ello impone un límite temporal de dos años, que se considera es el plazo razonablemente necesario para que el adquirente consolide su posición en el mercado, de modo que la competencia del trasmittente sea similar a la de cualquier tercero, sin que sea necesario que lo haya conseguido. No obstante, permite que las partes acuerden un período de tiempo mayor siempre que sea conforme con las normas de defensa de la competencia (art. 132-11.2 APCM).

Finalmente disciplina las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación, otorgando al comprador el derecho a exigir la cesación inmediata de la actividad lesiva, el abono por el infractor de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios (art. 132-11.3 APCM).

El Anteproyecto zanja también las dudas que existen en la actualidad en torno al tratamiento de otros elementos de carácter incorporal que pueden formar parte de la empresa, sustancialmente los créditos, los contratos y el destino de las deudas ligadas a la actividad empresarial ejercitada a través de aquella.

Como había que deducir hasta ahora de las previsiones de los arts. 1526 y ss

Cciv y 347 Ccom, el Anteproyecto dispone que la transmisión de los créditos se produce por el mero consentimiento de ambas partes, esto es, comprador y vendedor, sin que se requiera el del deudor. A él basta que se le notifique la transmisión. Ahora bien, de conformidad con la tesis unitaria en torno a la caracterización de la empresa por la que se inclina el Anteproyecto, precisa que dicho consentimiento no ha de ser específico en relación con los créditos, sino que está comprendido en el relativo a la transmisión de la empresa. Dispone, en efecto, que la transmisión de la empresa implica la cesión automática de los créditos generados en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 132-5.1 APCM). Y asimismo, que la notificación de la transmisión al deudor ha de ser de la empresa, no de los créditos considerados individualmente. A falta de notificación, el pago realizado de buena fe por el deudor al transmitente será liberatorio (art. 132-5.2 APCM).

En materia de responsabilidad del vendedor, mantiene la regla actual en lo relativo a la legitimidad del crédito; pero la invierte en lo atinente a la solvencia del deudor ya que hace responsable al vendedor de la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario (arts. 348 Ccom y 132-5.1 APCM). Varía, además, la regulación prevista en el mismo Anteproyecto en materia de cesión de créditos mercantiles en donde mantiene una disciplina similar a la actual ya que excluye la responsabilidad del cedente por la solvencia del deudor, salvo que la insolvencia sea notoria y anterior a la transmisión o se haya pactado otra cosa (art. 450-5.2 APCM). Como hasta ahora, sin embargo, la licitud del pacto de exclusión de la garantía de solvencia se elimina, si el cesionario es una sociedad de capital (art. 213-6.3 APCM).

Los contratos celebrados por el empresario cedente son, en ocasiones, indispensables para la explotación de la empresa e incluso para su propia subsistencia. Por ejemplo, el arrendamiento de locales de negocio, suministros de materias primas o mercaderías, contratos de licencias de patentes o marcas... Sin embargo, en tanto suponen, en términos generales, la subrogación de un tercero (adquirente de la empresa) en la posición contractual del cedente (vendedor), en la actualidad están sujetos al consentimiento de la otra parte contratante, por aplicación de las reglas generales sobre subrogación, salvo que otra cosa disponga el contrato o la Ley. La Ley prevé la cesión automática al comprador del establecimiento de ciertos contratos, sustancialmente los de trabajo (art. 44 ET) y seguro contra daños del establecimiento (art. 34 LCS). Fuera de estos casos, por tanto, la necesidad de contar con la aquiescencia de la otra parte contractual dificulta en gran medida la cesión de empresas. El Anteproyecto pone fin a este inconveniente disponiendo que, salvo pacto o disposición en contrario, el adquirente de la empresa se subrogará automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial. Si bien, la otra parte contratante podrá dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente en el plazo de un mes a contar del día en que hubiera recibido noticia de la transmisión, salvo que se trate de transmisiones realizadas en el concurso de acreedores, en las que se excluye esta facultad (art. 132-4 APCM).

Con la excepción de ciertas deudas tributarias (art. 42.1 LGT), con la Seguridad Social (art. 127.2 LGSS), con los trabajadores (art. 44 ET) y frente a las entidades

aseguradoras de la empresa (art. 34.3 LCS), las deudas del vendedor relativas al negocio sólo se transmiten al comprador si existe acuerdo expreso entre las partes y consentimiento, también expreso, de cada uno de los acreedores (art. 1205 CCiv). En defecto de este, el pacto de asunción de deudas sólo tiene eficacia entre cedente y cesionario, lo que, otra vez, dificulta en gran medida la cesión de la empresa como un todo. El Anteproyecto resuelve también esta cuestión de la mejor manera disponiendo que el adquirente de la empresa asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente, de tal manera que responde de todas las que figuren en dicha documentación contable y empresarial, de aquellas de cuya existencia hubiere sido informado y de las que tuviera conocimiento previo. Junto a ello impone una responsabilidad solidaria al transmitente por la totalidad de las deudas contraídas para la organización de la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial con anterioridad a la transmisión. La responsabilidad del transmitente, no obstante, se extinguirá a los tres años a contar desde la fecha en que la transmisión de la empresa fue oponible a terceros o desde aquella en la que se produzca el vencimiento de las deudas, si fuera posterior (art. 132-6 APCM).

De las previsiones anteriores, así como del art. 132-2.2 APCM, cuando dispone que la escritura deberá contener una relación de todos los elementos transmitidos y, en especial, la descripción de los bienes sujetos a inscripción registral, parece deducirse que la entrega se entiende efectuada al respecto de la totalidad de los elementos anteriores en bloque y por sucesión universal en el acto de la firma de la escritura, cuando no antes, por el mero acuerdo de las partes, según el elemento de que se trate. No obstante, las previsiones del art. 132-3.1 APCM inducen a cierta confusión al prever que el transmitente de la empresa está obligado a realizar todos los actos que sean necesarios para la entrega de todos y cada uno de los elementos objeto de la transmisión. De ello parece deducirse que, como ahora, la transmisión de la titularidad de cada uno de los componentes de la empresa continúa estando sometida a la normativa que los disciplina en particular, lo que se traduce en una diversificación del régimen de la transmisión, según la ley de circulación de cada elemento. Esta conclusión no afectaría a la unidad del contrato, pues la diferenciación de régimen repercutiría sólo en la ejecución de la obligación de entrega y sólo el modo o tradición, imprescindible para adquirir la propiedad (art. 609.2 Cciv), sería plural; pero obliga a cuestionar si, verdaderamente, el APCM ha dispuesto una entrega en bloque por sucesión universal y, con ello, si ha optado por las tesis unitarias concediendo definitivamente a la empresa la consideración de bien jurídico *strictu sensu*, que pueda ser objeto de un único derecho subjetivo. O si, por el contrario, continúa reconociendo la existencia múltiples derechos sobre cada uno de los elementos que la integran, de modo que, aunque estén así agrupados no pierden por ello su autonomía y propia sustantividad, ni, en general, modifican su régimen jurídico individual.

3.3.2.2. La entrega conforme y libre de derechos y pretensiones de terceros. La obligación de transmitir la propiedad

El Anteproyecto modifica las obligaciones del vendedor de modo terminante, siguiendo

el modelo que prevé el propio Anteproyecto para la compraventa mercantil, que, a su vez, traslada al ordenamiento español las orientaciones procedentes de los textos internacionales y comunitarios, asumidas solo parcialmente para las compraventas de consumo en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. El vendedor ya no asume la obligación principal de entregar y las secundarias de garantizar al vendedor el saneamiento por evicción y por vicios o defectos del bien. Ahora contrae dos obligaciones principales. La de entregar bienes conformes con el contrato y la de transmitir la propiedad, lo que incluye la entrega libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero que no hayan sido previstos en el contrato.

En el sistema vigente el saneamiento por vicios o defectos se configura como un régimen atenuado de responsabilidad que protege en muy escasa medida al comprador, puesto que se separa del general por incumplimiento, concediendo dos limitados derechos, a saber, la resolución del contrato, -que queda sin efecto mediante la restitución recíproca de cosa y precio-, o la rebaja proporcional del precio, de manera que el comprador no puede reclamar el resarcimiento de los daños, salvo al vendedor doloso, que conoce el defecto; y a la inversa, estas acciones se pueden eliminar del contrato por pacto expreso, siempre que el vendedor ignore los defectos. Por otro lado, ambas acciones deben ejercitarse, además, dentro de breves plazos. Técnicamente este especial régimen de responsabilidad se justifica en el hecho de que se considera que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la cosa, pero lo ha hecho de un modo imperfecto. Por ello, en lugar de aplicarse los remedios propios del incumplimiento, rige esta responsabilidad atenuada que le favorece. Sin embargo, los defectos ocultos se confunden fácilmente con el error que ha podido padecer el comprador, con la consiguiente nulidad del contrato. Y es difícil también deslindar estos supuestos de prestaciones defectuosas de aquellos en que, por ser la prestación diversa - *aliud pro alio*-, existe incumplimiento del contrato por inejecución de la obligación de entrega, que autoriza la aplicación de la normativa civil sobre incumplimiento contractual (arts. 1101, 1103 y 1124 Cciv).

Frente a este sistema, el del *common law*, por el que se inclina el Anteproyecto resulta más claro, objetivo, preciso y coherente con las necesidades del tráfico mercantil, así como con el régimen general del incumplimiento. En él, la obligación de entrega se concibe no en abstracto, sino comprendiendo específicamente los bienes conformes con el contrato, de modo que el vendedor no asume la obligación adicional de responder en razón de los vicios y defectos de aquellos, sino la principal de entregar los bienes pactados en las condiciones convenidas. En consecuencia, la existencia de vicios o defectos en ellos constituye un incumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida, que se imputa al vendedor de forma objetiva al quebrar el principio de equilibrio de las prestaciones frustrando el fin del contrato, salvo que exista un impedimento imprevisible. De ahí que, en lugar de instaurarse una obligación accesoria amparada por las acciones edilicias, se instituye una sola obligación, la de entrega, definida en sus contornos por los criterios que determinan la conformidad del bien con el contrato. De este modo, la garantía pierde su actual consideración de elemento natural del contrato para integrarse en el elemento esencial que es la obligación de entrega.

En materia de compraventa de empresa el Anteproyecto regula esta nueva obligación en esos mismos términos, reproduciendo en síntesis las pautas de régimen jurídico que prevé al tratar de la compraventa mercantil. Dispone, en efecto, que el vendedor está obligado a entregar la empresa conforme a lo pactado en el contrato, instituyendo la responsabilidad del mismo ante toda falta de conformidad existente en el momento de la transmisión, aun cuando se manifieste posteriormente, salvo que el comprador la conociera o no hubiera podido ignorarla en aquel momento. No ha ultimado, sin embargo, la coordinación cuando disciplina las consecuencias de la falta de conformidad. En el régimen de la compraventa mercantil la falta de conformidad supone el incumplimiento del contrato por parte del vendedor y faculta al comprador para ejercitar los derechos y acciones enumerados con carácter taxativo en el Anteproyecto. El comprador puede exigir el cumplimiento, la reducción del precio y la resolución del contrato, en el bien entendido de que el cumplimiento comprende la reparación de los bienes o su sustitución por otros conformes con el contrato. Sin embargo, en la compraventa de empresa dispone que, ante una falta de conformidad, el comprador puede exigir el cumplimiento con una reducción del precio (art.132-10.3 APCM), lo que no resulta en exceso coherente puesto que si exige el cumplimiento, lo que supone que pide la reparación de los elementos no conformes o su sustitución por otros conformes con el contrato, carece de sentido que reclame también una reducción del precio. La proposición debe, pues, ser interpretada considerando las disposiciones de la compraventa mercantil. En aquel contexto, además el derecho de elección del comprador no es absoluto. Está restringido al objeto de promover la máxima reciprocidad de intereses y la conservación del contrato en sus términos iniciales. Por este motivo, el primer límite que impone consiste en conceder al vendedor la facultad de oponerse a la pretensión de cumplimiento cuando lo exigido resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado. En estas hipótesis, así como cuando, habiendo exigido el comprador el cumplimiento no hubiera sido ejecutado por el vendedor o tenga razones fundadas para creer que no se va a ejecutar, tendrá derecho a reducir el precio. Finalmente, el comprador solo está autorizado a resolver el contrato ante un incumplimiento esencial, circunstancia que concurre en la compraventa de empresa cuando la falta de conformidad afecte a elementos esenciales de la empresa. En estos supuestos podrá resolver el contrato con indemnización de daños y perjuicios (art. 132-10.3 APCM).

El Anteproyecto tampoco ha extremado la coordinación al tratar de la segunda obligación que compete al vendedor. Prescinde de enunciar de forma expresa la de transmitir la propiedad y ofrece una visión restrictiva de la obligación de entrega libre de derechos y pretensiones de terceros, limitándose a disponer que el vendedor está obligado a garantizar al comprador que no será privado en todo ni en parte de su posesión por un tercero en virtud de un derecho o pretensión anterior a la compraventa (art. 132-10.1 APCM).

3.3.3. Obligaciones del comprador

De las dos obligaciones que competen al comprador, la de pagar el precio y recibir la empresa, el Anteproyecto únicamente alude al precio para autorizar a las partes a que encomienden tanto la fijación del mismo, como la determinación de los elementos objeto de entrega a uno o más expertos, obligando al vendedor a proporcionar a dichos expertos toda la información que soliciten (art. 132-9 APCM). La previsión se completa en la parte general de obligaciones y contratos mercantiles en la que se prevén las consecuencias de que el experto no pueda o no quiera fijar el precio. Con buen criterio el Anteproyecto adopta en esta materia una regla opuesta a la que recoge el Código civil. Allí, si el tercero no señala el precio, el contrato queda ineficaz (art. 1447 Cciv). Aquí, la falta de determinación no afecta la vigencia del contrato. Únicamente se impone la integración de este elemento esencial, ordenando el texto que se entenderá por precio uno que sea razonable (art. 415-3.2 APCM).