

LA EMPRESA COMO OBJETO DE TRANSMISIÓN

Luis Manuel Piloñeta Alonso

1. La empresa y su enajenación

La empresa (en tanto que unidad patrimonial dedicada a la producción de bienes o a la prestación de servicios destinados a su comercialización en el mercado) también puede ser objeto de negocios jurídicos y, en particular, de transmisión voluntaria por actos «inter vivos».

Las operaciones de transmisión de empresas desempeñan un papel crucial en el mercado, al hacer posible el cambio de titularidad de las mismas y permitir la movilización de los medios o recursos que las integran, sin dar lugar a su desmantelamiento; o lo que es lo mismo: preservando la capacidad operativa y la utilidad mercantil de estos patrimonios, para que el cambio de empresario o de dirección no afecten negativamente a su funcionamiento. He aquí la importante función económica que estas transacciones están llamadas a desempeñar en el abrupto mundo de los negocios.

En el plano jurídico, la transmisión de una empresa constituye la enajenación de un patrimonio y de sus múltiples componentes, permitiendo a su adquirente continuar desarrollando, sin solución de continuidad, la actividad mercantil de su causante. La dificultad estriba precisamente en disponer la operación de modo que la transmisión alcance a la totalidad de los medios y recursos –variadísimos– que integran la empresa, salvando posibles factores de inflexión y sin que ello suponga tampoco una merma de derechos para las personas que mantienen vínculos jurídicos con los empresarios partícipes. Lo que contribuye también a explicar la extraordinaria complejidad de muchas de estas operaciones.

En torno a estas cuestiones, ha surgido una actividad de asesoramiento mercantil, de carácter multidisciplinar, conocida como M&A, iniciales de los términos ingleses «mergers and acquisitions» (fusiones y adquisiciones), que hace referencia a los dos escenarios principales en torno a los que se desarrollan normalmente este tipo de transacciones.

La materia carece en nuestro ordenamiento de tratamiento jurídico unitario o sistemático y tan solo son objeto de regulación específica ciertos aspectos, cuya disciplina se encuentra además dispersa en distintos textos normativos. La Propuesta de Código Mercantil de 2014 trató de poner fin a esta situación, incluyendo en su articulado un primer ensayo de regulación de la

empresa, a la que dedicaba el Título III de su Libro primero (arts. 131-1 a 131-6, 132-1 a 132-17 y 133-1) y cuyo Capítulo II se ocupaba, precisamente, de la «Transmisión de la empresa».

2. Formas de transmitir

Las transmisiones de empresas se pueden configurar jurídicamente, tratándose de sociedades mercantiles, como simples enajenaciones de sus cuotas de capital o bien adoptar la forma societaria de fusiones, escisiones o cesiones globales de activo y de pasivo; o bien articularse jurídicamente como contratos dirigidos a la enajenación combinada de los componentes (bienes, derechos o recursos) que integran la unidad empresarial.

La compraventa de acciones o de participaciones permite el cambio de titularidad de una sociedad de capital y, con ello, de una empresa, sin alterar la personalidad jurídica del empresario y manteniendo la vigencia de sus relaciones. Por su parte, las fusiones y escisiones de sociedades mercantiles, llevadas a cabo en el marco de la Ley 3/2009, no son otra cosa que transmisiones en bloque de patrimonios «por sucesión universal», en cuya virtud los socios transmitentes perciben como contraprestación acciones, participaciones o cuotas de la sociedad absorbente o beneficiaria. Cfr. arts. 22, 69 y 70 Ley 3/2009. Lo propio cabe afirmar de la segregación (como modalidad de escisión), con la salvedad de que, en ella, la contraprestación en acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria es percibida por la sociedad segregada y no por sus socios. Cfr. art. 71 Ley 3/2009. Esto es también lo que sucede en las operaciones de cesión global de activo y pasivo, aunque la transmisión en bloque del patrimonio empresarial se lleva a cabo, en este caso, directamente por la propia sociedad y la contraprestación a percibir por ella o por sus socios no consiste en acciones, participaciones ni cuotas de la sociedad cesionaria. Cfr. art. 81 Ley 3/2009.

Más allá del ámbito societario, las empresas se transmiten mediante la celebración de contratos específicamente dirigidos a la enajenación de los elementos que la integran, a cambio del pago de un precio o contraprestación. El Código de Comercio permanece totalmente ajeno a este tráfico. No así el Civil, que alude en varias ocasiones a la posibilidad de llevar a cabo la cesión integral de un patrimonio formado por bienes, derechos y obligaciones. En particular, cuando contempla (arts. 1531, 1533 y 1534) la venta de una herencia, con o sin mencionar las cosas que la componen; y cuando se refiere (art. 1532) a la venta «alzadamente o en globo» de «la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos», disponiendo que el vendedor «cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general» y no vendrá obligado al saneamiento de cada

uno de ellos, sino únicamente al «del todo o de la mayor parte». Así entendida, la transmisión de la empresa se nos presenta, jurídicamente, como una operación contractual dirigida a la enajenación de sus componentes.

La principal dificultad jurídica que plantean estas operaciones es reconducir su contenido a una sola transacción, haciendo valer su unidad de causa, a pesar de la heterogeneidad de su objeto y salvando los inconvenientes de la concurrencia de regímenes.

La extraordinaria complejidad de los contratos de transmisión de empresa hace que resulte casi imprescindible proceder a su formalización escrita, en aras a dejar constancia del contenido de los derechos y de las obligaciones que se derivan de ellos; y, en lo posible, del cumplimiento de las prestaciones a cargo de una y otra parte. Cuando la transmisión adopta la forma de una modificación societaria de carácter estructural, los requisitos de forma serán los exigidos para la validez y eficacia de estas operaciones por la legislación de sociedades mercantiles.

Fuera de este ámbito, habrá que estar a lo que, en cuanto a la forma, dispongan las normas aplicables a la transmisión contractual de cada elemento o conjunto de ellos, bastando por lo general el recurso a documentos privados. A falta de normativa o cuando esta sea meramente dispositiva, la decisión última corresponderá a los propios contratantes, que podrán decidir la formalización parcial o sesgada en diversos documentos y hasta que la operación se realice en diferentes fases.

3. La empresa como objeto de transmisión

Con independencia de cuál sea el sistema que se elija, la complejidad de las operaciones de transmisión de empresas hace que vengan precedidas a menudo de un fase –más o menos intensa– de negociaciones entre las partes.

El punto de partida es, sin duda, la correcta determinación de los elementos y componentes de la unidad empresarial, a fin de precisar el objeto de este tipo de transacciones. Se trata de un primer paso lógico, antes de proceder a la adecuada valoración de la empresa y de los riesgos que su explotación pueda comportar en el futuro.

En orden a fijar los activos y recursos de la empresa y de tomar en cuenta los pasivos que, en su caso, vayan a ser objeto de transmisión, es esencial el manejo de la contabilidad real del empresario y de la documentación que le sirve de soporte. Una y otra están llamadas a

proporcionar a las partes información muy relevante acerca de la empresa. De entrada, todos los activos y pasivos vinculados al ejercicio de la actividad empresarial han de figurar en su libro de inventarios (art. 28 CCom).

En principio, podrán ser objeto de transmisión todos los bienes y derechos que integran el activo de la empresa, salvo los que –por su carácter personalísimo– resulten intransferibles. Evidentemente, esta limitación no se dará cuando la transmisión se lleve a cabo mediante la compraventa de acciones o de participaciones y no comporte cambios en la personalidad del empresario. Las partes son libres para excluir de la operación determinados bienes o derechos, así como también para estipular que la transmisión de alguno de los activos no sea en propiedad sino en otro régimen diferente, disponiendo por ejemplo la cesión de los mismos en arriendo o en virtud de otro título que permita su afección a la empresa.

La transmisión de la propiedad sobre los diferentes activos empresariales objeto de transmisión (inmuebles, mercancías, maquinaria, equipamiento, propiedad industrial, etc.), se regirá por su respectiva normativa; sirviendo como título el contrato de enajenación o la aprobación de la operación societaria, que sirvan de marco a la transmisión de la empresa. Lo propio cabe decir de la transmisión de riesgos, dejando siempre a salvo la libertad de las partes de pactar un régimen específico para la misma.

La cesión de otros derechos que puedan integrar la empresa transmitente (art. 1112 CC) y, particularmente, de los créditos frente a terceros derivados del ejercicio de la actividad empresarial no deja de constituir una novación subjetiva de la titularidad de los mismos y supone su transferencia al subrogado con los derechos anexos a ellos (art. 1212 CC). Estas cesiones se llevarán a cabo, en principio, conforme al régimen aplicable a la cesión ordinaria de créditos y demás derechos incorporales, sin perjuicio de lo que tengan a bien estipular las partes en el marco de su autonomía de la voluntad.

Por lo que respecta a las obligaciones, la plena subrogación o sucesión del adquirente de la empresa en la posición deudora del transmitente exigirá, de base, la aquiescencia del acreedor (art. 1205 CC). Cualquier acuerdo interno de cesión de una deuda, adoptado entre el transmitente y el adquirente de una empresa, solo producirá efectos «inter partes» y no eximirá al primero de tener que responder de su cumplimiento frente al acreedor. Caso distinto es el de que alguno de los activos objeto de transmisión estuviera gravado con una prenda o una hipoteca, constituidas en garantía del pago de una deuda pendiente, y el adquirente de la empresa pasara a ocupar la posición de pignorante o hipotecante no deudor.

Otro componente, a menudo fundamental, de la unidad económica empresarial son los contratos celebrados por el empresario transmitente, que se encuentren vigentes en el momento de la transmisión, cuyo mantenimiento puede resultar no sólo conveniente sino imprescindible para la continuidad de la empresa.

El carácter personalísimo de algunos de estos contratos puede ser un impedimento o, cuando menos, dificultar la cesión a terceros de la posición del empresario transmitente. A veces, el «intuitu personae» es tan intenso que la continuidad del contrato se ve comprometida por el cambio de control producido en la estructura de capital de la sociedad contratante.

La posibilidad de cesión y consiguiente novación de parte constituye otras veces una contingencia expresamente contemplada en su regulación positiva. Es el caso, por ejemplo, de los seguros de daños (art. 34 Ley 50/1980); de los arrendamientos de inmuebles de uso empresarial (art. 32 Ley 29/1994); o de los celebrados con el sector público (art. 214 Ley 7/2019). También puede haberse previsto y regulado por las partes en el propio contrato.

La legislación laboral lleva a cabo una regulación bastante profusa de la cesión de los contratos de trabajo en los supuestos de «sucesión de empresa». El vigente Estatuto de los Trabajadores determina (art. 44) que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de cualquier unidad productiva autónoma no extinguirá por sí solo las relaciones laborales, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales de su causante (art. 44.1). La operación tampoco afectará a la vigencia de la contratación colectiva y, una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores y del empresario continuarán rigiéndose por el convenio colectivo vigente al producirse la transmisión empresarial, salvo que se hubiera pactado otra cosa mediante el pertinente acuerdo de empresa (art. 44.4). La normativa laboral impone, además, a los empresarios deberes importantes de información en torno a las circunstancias de la transmisión empresarial y a sus consecuencias para los trabajadores. Asimismo, en las transmisiones por actos «inter vivos», el cedente y el cesionario responderán solidariamente frente a los trabajadores del cumplimiento de las obligaciones laborales surgidas con anterioridad a la transmisión y pendientes de cumplimiento; y también de las posteriores cuando la transmisión sea declarada delito (art. 44.3).

El Real Decreto Legislativo 2/2015 mantiene, por lo demás, un concepto amplio de transmisión y considera (art. 44.2) que hay sucesión de empresa siempre que la transmisión afecte a «una entidad económica que mantenga su identidad», entendida como «un conjunto de medios organizados a fin de desarrollar una actividad económica, esencial o accesorio».

Más allá de estos supuestos «tipificados», lo normal es que la cesión en bloque de los derechos y obligaciones de un contrato sinalagmático no pueda decidirse unilateralmente por el empresario que transmite su empresa y requiera contar con la aquiescencia de la otra parte contratante.

La clientela de una empresa en funcionamiento es, a pesar de su carácter difuso, un intangible de extraordinaria importancia en este tipo de transacciones. La clientela está constituida tanto por los clientes actuales como por los clientes potenciales del empresario. Unos y otros, como contratantes o futuros contratantes de sus productos o servicios, contribuyen a reforzar la viabilidad económica del proyecto empresarial y están llamados a incidir decisivamente en la valoración de una empresa. En cuanto tal, la clientela de un empresario se halla estrechamente vinculada a aquellos activos o recursos de la empresa que hacen posible su identificación y la de las actividades que desarrolla en el mercado.

Los modelos societarios de transmisión de empresas facilitan en gran medida estos procesos, al permitir el mantenimiento de la personalidad jurídica del empresario o bien propiciar la adquisición en bloque y mediante sucesión universal –por Ley– de todo el patrimonio de la sociedad cedente, absorbida o fusionada; sin perjuicio del derecho de oposición reconocido, también legalmente, a los acreedores de las sociedades partícipes.

4. La valoración de la empresa como problema

El otro elemento cardinal en toda operación de transmisión de empresa es la fijación del precio o contraprestación a abonar por el adquirente. La valoración patrimonial de una empresa puede plantear graves dificultades y, a falta de acuerdo entre las partes, hará necesario muchas veces recurrir al arbitrio de terceros independientes, para su determinación con arreglo a criterios razonables.

La fijación del valor «real» de una empresa exigirá, de nuevo, un examen minucioso de su contabilidad, a fin de conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de aquella. Aunque ello no exime a los interesados de tener que comprobar y verificar la información contable antes de emitir un juicio de valoración definitivo. Para ello, el adquirente o el transmitente pueden recurrir a un procedimiento de «due diligence» o diligencia debida, para que una entidad asesora independiente estudie la operación y se pronuncie sobre determinados aspectos de la misma, incluido el relativo a la valoración de la empresa. Los términos «due diligence» hacen referencia, precisamente, a la prudencia que ha de observar un buen empresario en este tipo

de transacciones, a la hora de evaluar adecuadamente los riesgos que comportan y antes de tomar la decisión definitiva de adquirir o transmitir una empresa.

En los casos de compraventa de empresas, la contraprestación a abonar por el adquirente consistirá en una suma de dinero, pagadera en las condiciones estipuladas en el contrato. Sin embargo, nada obsta a que adopten la forma de permutas y el precio recaiga sobre otra clase de bienes. Puede pactarse, por ejemplo, el pago en acciones o en participaciones emitidas por la sociedad adquirente o por una tercera; así como también en otros valores o activos diferentes.

5. Contenido y ejecución

El transmitente de la empresa está obligado a ponerla a disposición del adquirente libre de derechos y pretensiones de terceros, en las condiciones y de conformidad con lo estipulado por las partes. El cumplimiento de esta obligación quedará consumado cuando le transfiera también la titularidad de sus diversos componentes, haciendo posible su aprovechamiento empresarial por el adquirente. Por su parte, el adquirente deberá hacerse cargo de la empresa, llevando a cabo los actos necesarios para su recepción, de conformidad asimismo con lo prevenido en el contrato.

El transmitente vendrá, además, obligado a transferir al adquirente de la empresa toda la documentación contable y empresarial relativa a la misma, así como la información relativa a sus clientes, proveedores y colaboradores que pueda resultar precisa para su buen funcionamiento. Las exigencias de la buena fe permiten extender esta obligación también a la puesta en manos del adquirente de los conocimientos y secretos empresariales necesarios para la llevanza del negocio.

En lo tocante a este tema, habría que determinar si la posición del adquirente de la empresa, respecto a los bienes muebles que la integran, deviene inatacable y el mismo está en condiciones de hacer valer frente a terceros su condición de adquirente de buena fe por haber causado su adquisición «prescripción de derecho» con arreglo al artículo 85 del Código de Comercio. La respuesta no puede ser negativa cuando los bienes adquiridos puedan reputarse «mercancías». En relación con el resto de los bienes, incluidos los inmuebles, habrá que estar a lo previsto en su regulación específica.

El adquirente de la empresa deberá abonar al que la transmite el precio o contraprestación fijado, en los plazos y condiciones acordados por las partes.

Es frecuente que el transmitente de la empresa venga también obligado a no competir con el adquirente, para evitar el desvío de clientela y consiguiente perjuicio económico de este último, que ha pagado un precio por adquirir la empresa en su integridad, incluyendo su clientela. Lo normal es que las partes aborden esta cuestión en el contrato o acuerdo de enajenación; y fijen en él los términos y condiciones de este deber de conducta negativo, impuesto al transmitente. En otro caso, tendrá los que pudieran derivarse de las exigencias de la buena fe.

La transmisión de la empresa llevada a cabo en el marco de una operación societaria vendrá acompañada generalmente de compromisos y medidas de carácter organizativo, coincidiendo con el cambio de control de la entidad, como el cese de los antiguos administradores y el nombramiento de otros nuevos, o la revocación y concesión de poderes de representación.

La aplicación supletoria del régimen de la compraventa, obligará al transmitente de la empresa a garantizar al adquirente la posesión legal y pacífica de la misma, así como la inexistencia en ella de vicios y defectos ocultos (art. 1474 CC). De acuerdo con la regulación civil de la venta «alzadamente o en globo» de derechos, rentas o productos, el vendedor cumplirá «con responder de la legitimidad del todo en general» y no vendrá obligado al saneamiento aislado de cada elemento, sino únicamente al «del todo o de la mayor parte» (art. 1532 CC). Aunque transmitente y adquirente siempre podrán hacer uso de su autonomía de la voluntad y estipular un régimen más riguroso de saneamiento, extendiendo dicha garantía a determinados componentes de la empresa; o bien remitirse a la aplicación de los deberes de saneamiento exigibles en los supuestos de aportación de una empresa o establecimiento mercantil al capital de una sociedad anónima o limitada (art. 66 RD Legislativo 1/2010).

La falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo de una parte dará derecho a la otra a optar entre exigir su cumplimiento forzoso, siempre que sea posible, y la resolución del contrato. La aplicación estricta del Código Civil (art. 1486), permitirá también al adquirente exigir una rebaja proporcional del precio.

En este marco, no resulta extraño el recurso por las partes a la estipulación de cláusulas penales, fijando de antemano el monto de las indemnizaciones en concepto de daños y perjuicios, a satisfacer por el deudor que incumpliera sus obligaciones de forma responsable.

(Oviedo, a 8 de septiembre de 2019)