



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

GRADO EN DERECHO

**TÍTULO: LA OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA DEL
VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA DE EMPRESAS
EN EL ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO
MERCANTIL.**

AUTOR: Pere Jover Navarro

TUTOR: José Carlos Espigares Huete

COTUTOR: María del Carmen Ortiz del Valle

Fecha Convocatoria: Julio 2017

ÍNDICE

1 Anteproyecto del nuevo Código Mercantil.

1.1 Aspectos claves del Anteproyecto.

1.1.1 Unidad de mercado.

1.1.2 Derecho Mercantil vs. Derecho Civil en la Constitución de 1978.

1.1.3 Delimitación de la materia mercantil.

1.2 Contenido del Anteproyecto.

1.3 La empresa en el Anteproyecto.

2 Concepto, naturaleza y elementos de la empresa.

2.1 Concepto económico de la empresa.

2.2 Concepto jurídico de la empresa.

2.3 Naturaleza jurídica de la empresa.

2.4 Elementos de la empresa.

2.4.1 Detalle de elementos.

2.4.2 El establecimiento mercantil.

3 Transmisión de empresas en la legislación en vigor.

3.1 La compraventa de empresas en la legislación en vigor.

3.1.1 Líneas del contrato.

3.1.2 Reglas especiales.

3.1.3 Obligaciones del vendedor.

3.1.4 Regulación en la Ley Concursal.

3.2 Venta de acciones o participaciones en las sociedades mercantiles.

3.3 Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

3.3.1 Fusión.

3.3.2 Escisión.

4 El contrato de compraventa de empresas en el Anteproyecto.

4.1 Características del contrato.

4.2 Régimen aplicable y objeto.

4.3 Aspectos relativos a personas.

4.4 Formalización.

4.5 Obligaciones del vendedor.

4.5.1 La obligación de entrega.

4.5.2 Cumplimiento de las obligaciones de colaboración por parte del transmitente.

4.6 Efectos del contrato de compraventa sobre los intervinientes y terceros.

4.6.1 Efectos sobre los contratos concertados con terceros.

4.6.2 Efectos sobre los créditos de la empresa.

4.6.3 Efectos sobre las deudas de la actividad empresarial.

4.7 El modo de entrega de la propiedad.

4.8 Obligaciones del comprador.

4.9 Asset deal vs. Share deal.

5 La compraventa de empresas y la obligación de no competencia del vendedor. Legislación aplicable.

5.1 Ley 3/91 de Competencia Desleal.

5.2 Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

5.3 Relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia.

5.4 Ley 12/92 de Contrato de Agencia.

5.5 Estatuto de los Trabajadores.

6 La compraventa de empresas y la obligación de no competencia del vendedor. Aspectos doctrinales.

6.1 Transmisión de todos los elementos de la empresa.

6.2 Tratamiento de las listas de clientes.

6.3 Plazo de no competencia en los contratos de compraventa de empresas.

6.4 Prohibición de competencia en las transmisiones realizadas mediante la fórmula share deal.

7 Mitigación de la competencia del vendedor en la compraventa de empresas.

7.1 Límites y efectividad de los pactos.

7.2 Pacto de prohibición de competencia.

7.2.1 En la actividad de los vendedores en un plazo determinado.

7.2.2 En la actividad de los vendedores en un espacio geográfico determinado.

7.3 Formulas de aseguramiento del pacto de prohibición de competencia.

7.4 Pacto de permanencia en la empresa de los antiguos propietarios o directivos.

8 Jurisprudencia sobre competencia en compraventa de empresas.

8.1 Captación de clientela vs. listas de clientes.

8.1.1 Jurisprudencia y formas de captación de clientes.

8.1.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 103/2007 de 8 de octubre. Recurso de Casación sobre competencia desleal y violación de secretos.

8.2 Validez de las cláusulas de no competencia y obligatoriedad de pacto en contratos.

8.2.1 Posición del Tribunal Supremo.

8.2.2 Posición de la doctrina.

8.2.3 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 301/2012 de 18 de mayo. Recurso de Casación sobre defensa de la competencia.

8.3 Transmisión de empresa y prohibición de competencia del vendedor.

8.3.1 La aplicación de la cláusula de no competencia.

8.3.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 303/2016 de 5 de mayo. Recurso por infracción procesal y de casación sobre compraventa de acciones y obligaciones de vendedor.

8.4 Efectos del incumplimiento del pacto de no competencia antes finalizar el plazo pactado.

8.4.1 Casuística.

8.4.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 164/2008 de 4 de diciembre. Recurso de Apelación sobre incumplimiento de pactos de no competencia.

8.4.3 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 350/2015 de 9 de mayo. Recurso de Apelación sobre incumplimiento de pactos de no competencia.

8.5 Constitución de una sociedad por quienes son empleados de otra.

8.5.1 La libre competencia y la relación entre empresa y directivos.

8.5.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 963/2000 de 18 de octubre. Recurso de Casación sobre competencia desleal.

8.6. Creación de empresa y vulneración de secretos.

8.6.1 La vulneración de secretos empresariales.

8.6.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 133/1998 de 10 de junio. Recurso de Apelación sobre competencia ilícita y desleal e inducción a la infracción contractual.

9 Conclusiones.



1 ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

El vigente Código de Comercio fue publicado en 1885 y en la actualidad regula una parte mínima de nuestro Derecho Mercantil. Su actualización ha venido realizándose en los últimos tiempos mediante la publicación de leyes especiales.

Es evidente que se hacía necesaria la redacción de un nuevo Código, ya que el vigente está totalmente superado por la realidad socio-económica y además la dispersión en materia mercantil, de producir algún efecto, con toda probabilidad será el de afectar negativamente al incremento de la actividad económica.

Con esos antecedentes, el Ministerio de Justicia ordeno el 7 de noviembre de 2006 a la Comisión General de Codificación la redacción de un nuevo Código Mercantil. La propuesta de Código fue finalmente entregada al Ministerio de Justicia el 17 de junio de 2013, quien procedió a publicarla para que instituciones y organismos pudieran hacer las oportunas alegaciones que vendrían a perfeccionar el texto. Finalmente, la propuesta de Anteproyecto se aprobó el 30 de mayo de 2014.

En el momento de la realización del presente trabajo, el Anteproyecto está siendo sometido a los informes del Consejo Económico y Social, del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, como paso previo a que el Gobierno lo apruebe mediante un Proyecto de Ley en el Consejo de Ministros y lo haga seguir para su discusión y aprobación en las Cortes Generales.

1.1 Aspectos claves del Anteproyecto.

1.1.1 Unidad de mercado.

La unidad de mercado es una exigencia impuesta por nuestra Constitución en el artículo 139.2 que establece la igualdad de todos los españoles en los diferentes territorios del Estado, de modo que “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación, el establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

La norma Constitucional reseñada debe aplicarse de manera unitaria, deduciéndose directamente de ella que **el orden económico nacional debe ser único en todo el ámbito del Estado**. El Tribunal Constitucional¹ ha venido refrendado la necesidad de dicho mercado único, entendido este como el conjunto de actuaciones para la contratación de bienes y servicios que deben poder realizarse en cualquier lugar del Estado, sin que los diferentes actores vean limitado su resultado por razón del lugar donde geográficamente hayan realizado las mismas.

Para conseguir el mantenimiento del mercado único, es por lo que **el Estado se atribuye la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil**. Dicha atribución es

¹ STC 88/1986 de 1 de julio.

indispensable para conseguir que rijan las mismas normas en las relaciones que mantengan entre si los operadores económicos, cualquiera que sea el lugar del territorio nacional en el que actúen.

1.1.2 Derecho Mercantil vs. Derecho Civil en la Constitución de 1978.

La Constitución establece la distinción entre Derecho Mercantil y Derecho Civil², atribuyendo de manera diferenciada al Estado y a las Comunidades Autónomas la competencia para la legislación mercantil (artículo 149.1.6^a) y la legislación civil (artículo 149.1.8^a), de modo que específicamente fija que el límite del Estado sobre la legislación civil queda establecido en “las bases de las obligaciones contractuales”.

Y ello, manteniendo la exigencia de la unidad de mercado que lleva implícita la coordinación entre ambas legislaciones, máxime cuando la legislación civil debe ser supletoria o complementaria de la mercantil en todo el territorio nacional. La controversia que puede provocar el doble orden mercantil y civil, se ha puesto en evidencia a partir de la publicación de la Ley 29/2002, primera Ley del Código Civil de Cataluña.

De ahí, la necesidad de que las normas que deben regir de manera unitaria en el mercado se promulguen dentro de la legislación mercantil, ya que las publicadas en el ámbito civil no serán unitarias, sino que dependerán de la norma civil aplicable, siendo por tanto posible que se presente la duda de si corresponde la aplicación de la norma estatal o la autonómica.

Por ello, la elaboración del nuevo Código Mercantil tiene como **objeto dar consistencia a la unidad de mercado, manteniendo y asegurando los elementos del ámbito jurídico que ordena la Constitución.**

1.1.3 Delimitación de la materia mercantil.

El Código Mercantil debe ser el texto general de la legislación mercantil y al tiempo servir para delimitar la materia mercantil. Serán mercantiles las normas que constituyen su contenido que deberán al tiempo ser consideradas como “derecho privado especial”, estableciendo fronteras propias que propiciaran la necesaria seguridad jurídica frente a la situación antes comentada de los derechos civiles.

1.2 Contenido del Anteproyecto.

El Anteproyecto está desarrollado en un Título Preliminar y siete Libros, con el objetivo de unificar, modernizar e incorporar en un solo texto, toda la regulación que afecta a la empresa y al empresario, a las sociedades mercantiles, al derecho de la competencia, al derecho industrial, a las obligaciones, a los títulos valores y a los demás instrumentos de pago, así como la mayoría de los contratos mercantiles.

² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.- “Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil”, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi 2014, pags 43 y ss.

Debe resaltarse que una parte del Anteproyecto viene a regular materias que carecían de normativa aplicable, siendo **más de cincuenta las modalidades de contratos que se regulan por primera vez a nivel legal.**

1.3 La empresa en el Anteproyecto.

El Anteproyecto amplía lo que hasta el momento viene entendiéndose conceptualmente por empresa, evolucionado a la utilización de un concepto más amplio, el de **“operador de mercado”**. Además de los empresarios, se incluyen también el resto de personas que acaban trasladando al mercado los bienes que producen o los servicios que prestan³.

Dado que el marco es el mercado, hay que entender afectos a todos los empresarios que intervienen en el mismo, incluidos los agrarios y artesanales. También considera que operan en mercado los que producen o prestan servicios de naturaleza intelectual (científica, liberal o artística) y por ello dichas actividades deben ser entendidas como mercantiles y por tanto pasan a estar reguladas por el Código.

El empresario sigue siendo el actor principal de la materia mercantil. Se tiene en consideración a los empresarios de toda clase y sector, deviniendo la calificación de empresario de la titularidad de la empresa y del ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios.

Y en cuanto al modelo regulatorio incorpora tres cambios⁴ fundamentales.

- El primero es definir a la empresa atendiendo al conjunto de elementos que la componen y que junto a dirección del empresario se disponen para la creación de riqueza a través de las diversas actividades económicas que desarrolla.
- El segundo es entender a la empresa como una unidad a los efectos de los negocios que tienen que ver con la venta de la propia empresa. Para ello incorpora formulas contractuales concretas en la transmisión, introduciendo entre otras cuestiones, un esquema basado en los pactos de “salvo pacto en contrario o cuando no haya oposición de la contraparte”.
- El tercero es la regulación de los contratos de compraventa y de arrendamiento, como los principales negocios de la empresa.

³ OLIVENCIA RUIZ M., “Delimitación de la materia mercantil”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ –CANO A., Hacia un nuevo Código Mercantil, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi 2014, pags 61 y ss.

⁴ ALONSO SOTO R., “La empresa y los negocios jurídicos de la empresa”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A., Hacia un nuevo Código Mercantil, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi 2014, pag 90.

2 CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS DE LA EMPRESA.

La empresa es una realidad, tanto social como económica, siendo concebible su manifestación económica solo cuando lleva implícita su correspondiente regulación jurídica. Es por ello, que las bases jurídicas aplicables a la empresa tienen que tener como soporte último el concepto económico de empresa.

La esencia y el fin de la empresa es el desarrollo de la correspondiente actividad económica que propicie la creación de riqueza, debiendo quedar delimitada jurídicamente por el Derecho Mercantil. De ahí, que este deba recoger todo lo relativo al empresario, a su estatuto jurídico, a su relación con el mercado, al conjunto patrimonial que supone el establecimiento mercantil y a su tráfico jurídico.

2.1 Concepto económico de la empresa.

Las definiciones que encontramos en economía y sociología sobre empresa son múltiples y han venido variando adaptándose a las distintas corrientes que las sustentan.

Desde mi punto de vista, la definición económica por excelencia es la que define a la empresa como “la unidad económica-social integrada por elementos humanos, materiales y técnicos que tiene el objetivo de obtener utilidades a través de su participación en el mercado de bienes y servicios, haciendo uso de los factores productivos de la empresa (trabajo, tierra y capital)”.

Y la definición utilizada más comúnmente por la sociología, es que “empresa es el grupo social en el que con la administración de sus recursos, del capital y del trabajo, produce bienes o servicios tendentes a la satisfacción de las necesidades de la comunidad”.

2.2 Concepto jurídico de la empresa

Cuesta entender que pese a la relevancia jurídica de la empresa, el ordenamiento jurídico no haya incorporado un concepto uniforme, una definición inequívoca del mismo, ni siquiera el propio Derecho Mercantil.

En Derecho internacional encontramos la definición de empresa, como “el conjunto de capital, administración y trabajo dedicados a satisfacer las necesidades del mercado”.

La Ley de Defensa de la Competencia en su disposición adicional cuarta, define a la empresa como “cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”. Con dicha definición queda a salvo la distinción entre empresas públicas y privadas, determinando que el elemento clave para la conceptualización de empresa es el ejercicio de una actividad económica.

La doctrina jurídica ha continuado intentando dar forma a la compleja realidad institucional y económica de la empresa, centrándose en su aspecto patrimonial y limitándose a tratar de encuadrarla en las categorías de personas, cosas y actos.

Dos son los esquemas utilizados para aproximar el concepto de empresa en Derecho Mercantil. El primero se apoya en la **dimensión subjetiva** que hace referencia al ejercicio profesional del empresario y que se manifiesta con la realización de sus actos jurídicos. El segundo es la **dimensión objetiva** materializada en la realidad que supone la organización de los bienes, derechos y personas, destinados a conseguir un fin económico.

2.3 Naturaleza jurídica de la empresa

La doctrina jurídica ha venido manteniendo posiciones dispares sobre el particular, debiendo por ello centrar el análisis entre las dos corrientes más importantes⁵.

La primera teoría es la **unitaria** que considera que el nacimiento de la empresa se produce cuando el empresario traslada a la organización sus objetivos y se implica directamente en ellos. De ahí, su consideración de bien inmaterial “unitario” que debe estar compuesto por los intangibles que son fruto y están implícitos en la de la propia actividad empresarial. Entre dichos elementos se incluyen, la propia organización de la empresa, las experiencias acumuladas del negocio (know-how), las relaciones con proveedores y clientes, etc.

La segunda es la teoría **atomista** que considera que la empresa es fruto de una acumulación de bienes materiales e inmateriales y de la situación en la que se encuentran los mismos, siéndoles aplicables una diversidad de derechos en función de sus características individuales, de propiedad, de uso e incluso sus específicas relaciones jurídicas. La organización del conjunto de los bienes citados es el factor que integra a la empresa y provoca la creación de un todo orgánico que permite hablar de una unidad económica funcional, de un bien económico productivo.

La relación jurídica del titular se individualiza en múltiples relaciones jurídicas, cada una de ellas sobre los diferentes elementos que integran la empresa, cuya naturaleza se diversifica en función de estos y de la actividad.

El Anteproyecto se aproxima a la tesis unitaria⁶, ya que no se limita a disciplinar a la empresa en base a los aspectos obligacionales, sino que considera a la empresa como un bien único integrado por elementos diversos en su composición. La existencia de un conjunto de elementos materiales, inmateriales y personales organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad, adquiere consistencia unitaria y permite valorar a la empresa en su integridad y así lo recoge el art. 131-1 ACM.

Para la venta de la empresa el art. 132 ACM determina que debe realizarse como tráfico jurídico unitario. Este posicionamiento simplifica sin duda los negocios relativos a la transmisión de la empresa y hace que no sea preciso tener que recurrir a formulas generalmente de carácter societario para alcanzar idéntico resultado.

⁵ GALLEGO SANCHEZ E., “La compraventa de empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid 2015, págs 439 y 440.

⁶ ALONSO SOTO R., “La empresa y los negocios jurídicos de la empresa”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO A., Hacia un nuevo Código Mercantil, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi 2014, págs 90 y 91.

2.4 Elementos de la empresa

2.4.1 Detalle de elementos

Los elementos dependen de la naturaleza y actividad empresarial de la propia empresa y por ello el art 131-2.1 ACM detalla que forman parte de 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.

Los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, deberán estar funcionalmente destinados al ejercicio de la misma e integrados en la organización.

El Anteproyecto no limita el detalle de elementos, considerándose en consecuencia a los bienes materiales muebles (materias primas, mercaderías o medios de transporte, etc), los bienes inmuebles (establecimientos mercantiles, locales, etc), los bienes inmateriales (patentes, marcas, etc) y los derechos reales o de crédito.

El conjunto de bienes debe figurar en los inventarios iniciales y finales, según se desprende del art 131-2.2 ACM. Dentro de los elementos patrimoniales podemos entender también que se integran las relaciones jurídicas que pueda tener la empresa.

Los valores inmateriales de la empresa están representados por el fondo de comercio que se compone de los activos, bienes o derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados de los que se espera la obtención de beneficios o rendimientos económicos a futuro. Los elementos fundamentales a los que le otorga dicho valor podemos subdividirlos en los siguientes:

- La organización empresarial en sentido estricto, entendida como la combinación de elementos patrimoniales de la empresa, tales como los procedimientos de fabricación y comercialización, los modelos de suministro, así como el modelo productivo y de responsabilidades que permiten a la empresa adquirir un nivel óptimo de competencia.
- Las relaciones con clientes y proveedores que aseguran con su fidelización y continuidad la generación de ingresos recurrentes.
- Las expectativas de beneficio de la empresa que se asocian a factores externos a la misma, tales como tendencias de crecimiento esperadas en el sector, posicionamiento privilegiado en el mismo, etc.

La capacidad de obtención de beneficios superiores a los normales dentro de su sector de actividad, influirá directamente en el valor de este activo intangible.

Es fundamental resaltar que ninguna de las partes detalladas como fondo de comercio pueden ser consideradas como elementos autónomos que se añadan a los patrimoniales, ya que no es factible su transmisión, ni valoración de forma aislada. En consecuencia, son elementos de nulo valor económico cuando se separan del conjunto de elementos de la empresa.

2.4.2 El establecimiento mercantil.

La posición del Código actual que no define de manera explícita que debe entenderse por establecimiento⁷, provoca que la doctrina se haya dividido entre un punto de vista estricto (inmuebles e instalaciones) y un punto de vista amplio (empresa en sentido objetivo).

El Anteproyecto rompe la ambigüedad comentada y abandona la posición amplia de establecimiento, recogiendo en su art 131-3 ACM que **son establecimientos mercantiles los bienes inmuebles y las instalaciones en las que el empresario desarrolla su actividad.**

La definición no coincide con el local o instalaciones inmuebles de carácter fijo y permanente, sino que se amplía a cualquier instalación móvil en las que el empresario realice su actividad. Además, se incorpora como novedad que no será preciso que estén abiertos al público, frente a lo que se establece en el Código actual. No obstante, la apertura al público continúa teniendo una importante trascendencia en el tráfico mercantil, por la especialidad de las ventas realizadas en los establecimientos en esa situación.

El Anteproyecto no determina cuando ha de entenderse que se considera que un establecimiento está abierto al público. El Código actual dispone que para tener esa condición deben estar abiertos al público durante 8 días consecutivos o haberse anunciado suficientemente.

Las compraventas realizadas en establecimientos abiertos al público se presumen hechas al contado, atendiendo a lo recogido en el art. 131-6 ACM y son irrevendibles según se desprende del art. 131-5.1 ACM, sin perjuicio de los derechos de los propietarios de los bienes vendidos en ellos, para ejercitar las acciones que pudieran corresponderles contra la persona que los hubiera vendido indebidamente.

Distingue el art. 131-4.1 ACM entre establecimiento principal, secundario y accesorio. Se entenderá como principal el lugar donde está situado el centro de operaciones empresariales, desde donde el empresario dirige de forma efectiva la actividad económica y centraliza su gestión administrativa. El secundario o sucursal es un establecimiento con representación permanente del empresario y con autonomía de gestión para el desarrollo de su actividad. Los demás establecimientos se consideraran accesorios.

La catalogación y ubicación del establecimiento principal y sucursales, tal como quedan definidos en el art. 131-4.3 ACM, debe reflejarse en la hoja de inscripción del empresario en el Registro Mercantil.

El art. 131-4.2 ACM determina que el empresario responde de las operaciones realizadas en cualquiera de sus establecimientos, de forma que la responsabilidad que pueda resultar imputable a una sucursal, no es independiente de la del establecimiento principal.

⁷ ROJO FERNANDEZ –RIO A., "Lecciones de Derecho Mercantil, volumen 1", Ed. Thomson–Civitas 2015, pags 83 y ss.

3. TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN LA LEGISLACION EN VIGOR.

Por razones tanto sociales como económicas, la empresa como unidad productiva es objeto de transmisión en el mercado. Centrare las reflexiones siguientes en lo relativo a las transmisiones inter vivos.

La transmisión de establecimientos mercantiles o empresa en sentido objetivo, se corresponde bien con el traspaso de la propiedad de la empresa cuando se trata de empresarios individuales (transmisión directa) o bien con el cambio de la titularidad de la mayoría de las acciones/participaciones (transmisión indirecta) y cuya consecuencia es el cambio de propiedad que conlleva la asignación de los nuevos derechos de voto y que los compradores tomen el control de la empresa.

3.1 La compraventa de empresas en la legislación en vigor.

El negocio jurídico más común cuando hablamos de “compraventa de empresa”, aplica a las empresas propiedad de empresarios individuales, siendo asimismo extensible a las sociedades mercantiles con el establecimiento de pactos concretos y ello pese a que estas últimas se transmiten mediante la compra de acciones o participaciones.

No existe en nuestro Derecho una regulación específica en materia de compraventa de empresas, por lo que es un contrato atípico y se ha cubierto su no existencia con la aplicación de los arts. 1254 y ss. del CCiv que regulan la autonomía de la voluntad de las partes y mediante la disciplina de la compraventa contenida asimismo en el Código Civil.

3.1.1 Líneas del contrato.

Se considera como una **compraventa especial por razón de su objeto**⁸ y su atipicidad provoca que alcance a la propia estructura del contrato y por ello presenta características específicas.

- El objeto es la transmisión de la empresa y por tanto la venta de una unidad de negocio, de una explotación económica con la dirección de un empresario que está integrada por capital y trabajo. Solo en ese caso puede considerarse que existe compraventa de empresa.
- Los elementos transmitidos conforman la propia empresa y deberán considerarse como un conjunto patrimonial. De no estar la empresa en funcionamiento e incluso de no tener posibilidad de estarlo de inmediato, no podrá considerarse como compraventa de empresa.
- La naturaleza mercantil del objeto de venta (la empresa) y la aplicación por analogía de lo previsto en el art. 2 del CCom, presupone que el contrato sea asimismo mercantil.
- El contrato no está sujeto a formalidades específicas, siéndole aplicable el principio de libertad de forma contractual del art. 51 CCom. La seguridad jurídica aconseja que se realice en escritura pública y con un inventario de los elementos que se transmiten.

⁸ JIMENEZ SANCHEZ G. y DIAZ MORENO A., “Lecciones de Derecho Mercantil”, Ed. Tecnos 2012, pags 79 y ss.

3.1.2 Reglas especiales.

La firma del contrato lleva aparejada efectos obligacionales que afectan al modo traditorio según el régimen jurídico y la naturaleza de lo transmitido. La obligación del vendedor de entrega de la cosa esta sujeta a reglas especiales.

- La determinación de los elementos patrimoniales entregados al comprador que deben permitir la normal continuidad de la actividad empresarial.
- El contrato es único, pero per-se no produce efectos traditorios, sino obligacionales. Requerirá por ello una pluralidad de transmisiones particulares (art. 609 CCiv) que permitirán la transmisión de los distintos elementos simples (inmuebles, propiedad industrial, etc).
- La regla general en lo que respecta a la cesión de contratos es la no subrogación directa de los mismos, ya que se requiere para ello la conformidad de la contraparte. Por contraposición queda realizada la subrogación “legal”, de los contratos de trabajo y de seguro.
- La cesión de créditos se ajustara a las normas propias de cada clase de título.

3.1.3 Obligaciones del vendedor.

Las obligaciones fundamentales del vendedor⁹ son en primer lugar la entrega de la empresa, entendiéndose comprendida dentro de ella las obligaciones de hacer y de no hacer y en segundo lugar la obligación de saneamiento.

La obligación de hacer consiste en la **necesidad de comunicación al adquirente de los conocimientos e informaciones sobre procedimientos técnicos de producción (Know-how)**, de la estructura y organización comercial de la empresa (estrategia, red de distribución, listas de clientes y proveedores), de modo que pueda proceder a la continuidad de la explotación de forma adecuada.

La obligación de no hacer se concreta en la **abstención o prohibición de competencia por el vendedor, cuya razón de ser es que el adquirente pueda recibir los elementos y relaciones claves, clientela y expectativa de ganancias**, las cuales quedarían conculcadas si el cedente no cesara en su actividad de competencia. La doctrina apoya esta obligación en el principio de buena fe contractual (art. 1258 CCiv y 57 CCom). A falta de acuerdo entre las partes, deberá ser el Juez quien determine los límites temporales y espaciales de la obligación.

La obligación de saneamiento por evicción y vicios ocultos recogida en el art. 1474 CCiv, alcanza a la totalidad de los que afecten a los elementos de explotación de la empresa. También corresponderá la realización del saneamiento de los elementos patrimoniales, atendiendo a lo recogido en el art. 1532 CCiv.

El contrato generalmente hace responsable al vendedor de la inexactitud o falsedad de los datos, garantizando en consecuencia al comprador su veracidad. La jurisprudencia¹⁰ ha

⁹ ROJO FERNANDEZ –RIO A.,” Lecciones de derecho Mercantil volumen I”, Ed. Thomson-Civitas 2015, pags 99 y ss.

venido entendiendo la posibilidad de resolución del contrato de no ser exactos los datos utilizados en la transmisión.

3.1.4 Regulación en la Ley Concursal.

La Ley Concursal con su regulación prevé la enajenación unitaria de la empresa sometida a concurso, **adquiriendo por tanto tipicidad legal dicha transacción**, siempre que se cumplan las siguientes reglas.

- El objeto debe ser necesariamente el conjunto de la empresa o determinadas unidades productivas de la misma.
- El transmitente situara al adquirente en condiciones que le permitan la continuidad de la actividad empresarial.
- El adquirente está legalmente obligado a asumir la continuidad de la actividad empresarial y a responsabilizarse del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en el convenio o en el plan de liquidación del concurso.
- El Juez antes de realizar la adjudicación está obligado a dar traslado a los representantes de los trabajadores

3.2 Venta de acciones o participaciones en las sociedades mercantiles.

Las sociedades mercantiles son asociaciones voluntarias de personas físicas o jurídicas que explotan una empresa de producción de bienes o servicios para el mercado y tienen dividido su capital en acciones o participaciones.

En la sociedad anónima impera el principio de libertad de circulación de acciones. Para que se produzca dicha circulación, se precisa un negocio jurídico de transmisión y la notificación a la sociedad para la inscripción o transferencia contable según los casos.

En la sociedad limitada uno de los rasgos fundamentales es su carácter cerrado, con la pretensión de que no entren extraños en el grupo social. En este tipo de sociedades se permite la transmisión de participaciones inter vivos entre socios, así como la que se realice con el cónyuge, ascendientes o descendientes del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que el transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos.

La transmisión de la empresa se realiza mediante la venta del capital social de la misma (acciones/participaciones), bien por el 100% del capital, bien mediante la adquisición de un porcentaje del mismo, de modo que permita que la gestión social de la empresa se traslade al adquirente.

Los vendedores responden de la titularidad y de la legitimidad de las acciones/participaciones, de manera que las vicisitudes de los bienes mediatos (activos y pasivos de la empresa), resultan en principio irrelevantes, más allá de los contratos especiales entre partes (due diligence) que hayan permitido evaluar las posibles contingencias de la adquisición.

¹⁰ STS 20 de noviembre de 2008.

La transmisión de empresas mediante la venta del capital, es muy eficiente en cuanto:

- Facilita la delimitación de los derechos y obligaciones transmitidos y por tanto no hace falta designarlos individualmente en el contrato de compraventa.
- Evita tener que proceder a la transmisión singularizada de los diferentes bienes.
- Permite un adecuado traspaso de la clientela.
- Elimina la necesidad de solicitar el consentimiento de los acreedores del vendedor para proceder a la transmisión.

El contrato de compraventa de las acciones/participaciones, además de la cuantificación económica de la transmisión de las mismas, debe regular entre otros pactos de forma explícita **las obligaciones de hacer y no hacer antes referidas**.

3.3 Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

La Ley 3/2009 de Reestructuración Empresarial y Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, realiza la trasposición al derecho español entre otras de la Directiva 2005/56 CE y con ella de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El Anteproyecto la incorpora al Título VI.

A continuación se hace referencia a la fusión y a la escisión, por ser en ambos casos, sistemas utilizados como transmisión de empresas¹¹.

3.3.1 Fusión

La fusión es una operación jurídica realizada entre dos o más sociedades, orientada a la extinción de todas o de alguna de ellas y a la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad preexistente o de nueva creación.

Aunque generalmente se realiza entre empresas del mismo grupo, también es utilizada la misma en procesos entre empresas no grupales.

Desde un punto de vista económico, son procesos de concentración con lo que las empresas implicadas pretenden mejorar la eficiencia productiva, reducir costes, etc. Con ella, dos o más sociedades mercantiles inscritas, se integran en una única sociedad que se crea o bien mediante la fusión por absorción de una sociedad del resto de las sociedades que intervienen.

Con su realización se transmiten en bloque sus patrimonios y se atribuye a los socios de las sociedades que se extinguen, acciones o participaciones bien de la sociedad resultante, bien de una de las sociedades que se fusionan.

La fusión implica un proceso que debe prolongarse en el tiempo y con unas fases predeterminadas. Estas fases son similares en la escisión.

¹¹ GARRIDO DE PALMA V, ANSON PEIRONCELY R, y BANACLOCHE PEREZ J, "La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", Ed. Tirant lo Blanch 2010, pags 79 y ss.

- Fase preparatoria que culmina con la redacción del proyecto de fusión y el balance de fusión.
- Fase decisoria en la que las Juntas Generales de las sociedades que participan en la fusión deben adoptar la decisión de fusionarse, aprobando el respectivo acuerdo de fusión.
- Fase de ejecución tras el acuerdo de todas las sociedades, la publicación al efecto de posibilitar el derecho de oposición de los acreedores. Y posteriormente la realización de la escritura de fusión e inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

3.3.2 Escisión

La escisión es la operación jurídica por la que una empresa divide total o parcialmente el patrimonio, sin que proceda la liquidación, para transmitir la parte o partes resultantes a otras empresas preexistentes o que se creen con este objeto.

La escisión supone la disgregación del patrimonio social de la sociedad escindida y su entrega a otras sociedades, para que estas a cambio entreguen la aportación de un número determinado de acciones o participaciones sociales.

Los tipos de escisión son:

- Escisión total que es la extinción de una sociedad, con división de su patrimonio en dos o más partes que se transmite a una sociedad de nueva creación o existente, recibiendo los socios acciones o participaciones.
- Escisión parcial que es el traspaso en bloque del patrimonio por sucesión universal a otra sociedad, cada una de las cuales debe formar una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, con reducción del capital social de la sociedad que se escinde y recibiendo los socios acciones o participaciones.
- Segregación que es el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, que forma una unidad económica, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones o participaciones

4. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESAS EN EL ANTEPROYECTO.

La consideración de la empresa como un bien único compuesto por elementos diversos, la convierte en un bien con sustantividad propia y permite que se la pueda entender como **objeto de tráfico jurídico de forma unitaria** y con ello que reciba un tratamiento integral y por tanto susceptible de la realización de cualesquiera negocios, entre ellos la compraventa de empresa.

4.1 Características del contrato.

La compraventa de empresa queda definida en el art. 132-7 ACM, como el contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a transmitirla a cambio de un precio.

Deja constancia el art. 132-1.1 ACM que la compraventa de la empresa es un negocio jurídico regular y puede realizarse cualquiera que sea el título por el que esta se produzca. El título es único, no se plantea como pluralidad de contratos en función de los bienes o derechos que la compongan.

Y es sin duda **un contrato mercantil**, siendo que la fundamentación es su propio objeto.

4.2 Régimen aplicable y objeto.

El art. 132-8 ACM determina el **régimen aplicable** a las normas sobre compraventa de empresa y específicamente su **carácter dispositivo**¹², con lo que solamente se aplicaran subsidiariamente cuando no exista pacto expreso al respecto.

Esta regla es de suma importancia en base a las peculiaridades del tráfico mercantil, ya que la realidad económica va a trasladar a la voluntad de las partes un amplio espectro de pactos, que deberán finalmente llevarse a cabo atendiendo a la determinación de las partes y de lo especificado en el propio pacto.

De forma más que probable, deberán continuar entrando en juego las reglas generales aplicables al contrato, o en su caso, las normas previstas en el Derecho de obligaciones y contratos.

El artículo antes mencionado aclara la aplicación de la compraventa para revender la empresa con lucro o para adquirirla para su explotación. El contrato alcanza tanto a la venta de una empresa considerada en su conjunto, como a la de alguno de sus establecimientos.

Las normas sobre compraventa de empresa, se aplicaran asimismo, cuando se aporte una empresa a una sociedad como aportación no dineraria.

El objeto del contrato es la empresa considerada en su integridad. Se transmite en consecuencia la unidad empresarial que está compuesta por el conjunto de sus elementos y en funcionamiento.

Para que haya venta de empresa deben transmitirse los elementos patrimoniales relevantes de la misma, en la medida que son necesarios para la continuación de la actividad de la explotación empresarial. Solo si los bienes transmitidos permiten que el adquirente continúe sin problemas la actividad, podrá entenderse que ha existido una venta real de empresa y en caso contrario se entenderá que lo transmitido han sido exclusivamente una serie de elementos aislados, no que se ha producido una venta de empresa.

¹² MERCADAL VIDAL F., "El contrato de compraventa de empresa", en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid 2015, págs 473 y ss.

Para ello, el art. 132-1.1 ACM dispone que en la venta de empresa debe considerarse transmitido el conjunto de sus elementos, con excepción de los derechos y obligaciones del empresario que tengan carácter personalísimo, sin perjuicio de la normativa laboral y concursal aplicable para el caso de sucesión de empresa.

A su vez el art. 132-1.2 ACM especifica que las partes podrán excluir de la transmisión algunos elementos integrantes de la empresa, siempre que no se comprometa la existencia de la misma, con lo que queda a salvo que no se trata de una venta de activos aislados y si de la venta de una empresa en su integridad.

También puede excluirse y lo recoge el art. 132-1.2 ACM que es factible no transferir algún bien esencial, pero en este caso debe permitirse al adquirente su uso durante el tiempo necesario para la consolidación de la empresa transmitida.

En definitiva, el esquema previsto para la transmisión exige y determina el conjunto de los elementos a los que afecta, así como las circunstancias que deben permitir la continuidad empresarial.

Aunque no es posible transmitir los valores inmateriales, tales como clientela y expectativas, no cabe duda que las mismas deben haberse tenido en cuenta para la discusión y cierre del contrato y por tanto para fijar el precio de la de la transacción.

Es por ello que para realizar el traspaso factico de los valores inmateriales, el vendedor se obliga a colaborar con el adquirente, para que los referidos valores puedan ser utilizados en idénticas condiciones a las que venía desarrollando con anterioridad.

4.3 Aspectos relativos a personas.

En esta materia, las especialidades más significativas atañen a tres grandes líneas a tener en cuenta.

En primer lugar, la que tiene que ver con la **trasmisión de empresa por menores o incapacitados**. Atendiendo a lo que se determina en los arts. 166.1 y 271.2 CCiv se exigirá la intervención de sus padres o tutores, además de la concurrencia de causas justificadas de utilidad o necesidad y la correspondiente autorización del Juez, con audiencia del Fiscal.

Para el caso de **menores emancipados** tal como establece el art. 323 CCiv, será preciso el consentimiento de sus padres y a falta de ambos del curador.

Cuando se trate de **enajenación de establecimientos mercantiles por un casado menor de edad**, establece el art. 324 CCiv que si es mayor el otro cónyuge bastara con el consentimiento de los dos y si ambos son menores se requerirá el consentimiento de los padres de ambos o de los curadores.

En segundo lugar, la que afecta a **la empresa cuando tenga la consideración de bien ganancial**. En este caso, la enajenación precisara atendiendo a lo previsto en el art. 1375 CCiv el consentimiento de ambos cónyuges sin que proceda realizar excepción alguna, ya que en el Anteproyecto desaparecen las previsiones respecto de los bienes previstos en el art. 6 CCom procedentes de las resultas.

Si la administración de la empresa ha sido conferida por Ley o por decisión judicial a uno de los cónyuges, el art. 1389 CCiv fija que en este caso la enajenación requerirá autorización judicial.

En tercer lugar, las **cuestiones de competencia entre órganos** cuando se trata de la **transmisión de empresas por sociedades de capital** y en defecto de previsión en sus estatutos. Se plantea la duda de quién tiene la facultad para su aprobación, si esta debe corresponder a la Junta General o al propio Consejo de Administración de la sociedad y al tiempo cual debería ser el régimen jurídico aplicable.

En este caso, la doctrina se inclina por entender que la posición adecuada es la de estimar aplicable el régimen previsto en la LME para la segregación que determina que debe ser la Junta General quien tiene la facultad de decidir la operación y no los órganos de administración de la empresa.

4.4 **Formalización.**

La compraventa de empresa es un contrato que nace del consenso entre las partes, perfeccionándose con la oferta y su aceptación.

El art. 132-2.1 ACM indica 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 ante terceros y ese es también el objetivo al exigir el Registro de los empresarios individuales, transmitente y adquirente, si este último fuera asimismo empresario individual.

4.5 **Obligaciones del vendedor.**

4.5.1 **La obligación de entrega.**

Queda establecida en el art. 132-1.1 ACM que la entrega comprenderá el conjunto de los elementos que integran la empresa, con excepción de los derechos y obligaciones del empresario que tengan carácter personalísimo. El art. 131-2.2 ACM establece la necesidad de formación de un inventario para una mejor concreción de la obligación.

Deben transmitirse todos los elementos tal como recoge el art. 1097 CCiv, los mencionados en el inventario y también los accesorios, aun cuando estos últimos no hubieran sido incluidos, si bien la falta de entrega de un elemento que no fuera absolutamente preciso, atendiendo a lo que recoge el art. 132-10.3 ACM no permitiría al comprador resolver el contrato.

Pero lo determinante y esa es la línea del art. 132-1.2 ACM es que **dicha entrega comprenda los elementos esenciales, aquellos que son precisos y cuya ausencia pondría en riesgo la continuidad de la empresa.**

No obstante, no es preciso que todos y cada uno de los elementos se transmitan a título de dominio. Determinados bienes pueden ser cedidos a título de mero uso tal como especifica el art 132-1.2 ACM, en tanto que se garantice el tiempo preciso de uso de los mismos para la consolidación de la empresa.

4.5.2 Cumplimiento de las obligaciones de colaboración por parte del transmitente.

Para que el adquirente pueda continuar con la explotación de la empresa, tras la recepción de los diversos elementos patrimoniales recibidos, el vendedor tiene la obligación de prestar una colaboración activa¹³. Dicha obligación debe ser considerada como un elemento natural del contrato, incluso aunque no esté explicitada en él, bajo el principio de la buena fe o de las obligaciones directamente derivadas de la propia entrega.

4.5.2.1 **Las obligaciones de colaboración de signo positivo**, están recogidas en el art.132-3.2 ACM y por ella se obliga al transmitente a entregar al comprador:

- **Toda la documentación empresarial.**
- **Las listas de clientes, proveedores y colaboradores.**
- **A comunicarle los secretos comerciales e industriales.**

Esta obligación de entrega y comunicación lleva aparejada la obligación de asistencia técnica, a fin de facilitar al adquirente la recepción del valor de la organización empresarial.

En lo relativo a los libros de contabilidad, hasta el momento se planteaba la duda del tratamiento que debe darse a los mismos en el momento de transmitir la empresa, ya que el art. 6 CCom obliga a conservarlos al vendedor durante un plazo de 6 años.

El Anteproyecto clarifica el particular, dado que en el art. 132-3.2 ACM, se ordena la entrega al adquirente de toda la documentación contable y empresarial y por tanto también de los libros de contabilidad, liberando al vendedor del deber de conservarlos, más allá de lo especificado en el art. 151-6.2 ACM donde quedan recogidas el resto de obligaciones del vendedor.

4.5.2.2 **Las obligaciones de colaboración de signo negativo** inician un cambio de orientación.

Y ello se desprende de lo previsto en el art. 132-11.2 ACM que **establece para la obligación de no competencia, el que no tenga siquiera carácter de elemento natural del contrato y solo entre a regir si se pacta de forma expresa.**

La finalidad de esta obligación de no hacer, es posiblemente la cuestión de mayor importancia a la hora de realizar la transmisión, si se quiere salvaguardar que el valor pleno de lo cedido se transmita al comprador, impidiéndose al vendedor que por cualquier vía pueda diluir este efecto.

Se pretende con ella que el transmitente no pueda detraer al adquirente la clientela adquirida en la compra de la empresa, propiciando con ello que el comprador esté en condiciones de poder continuar la normal explotación de la empresa adquirida.

¹³ GALLEGO SANCHEZ E., "La compraventa de empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil", en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid 2015, pags 448 y ss.

Se acrecienta la importancia y la forma de lo regulado de cara a las transacciones de menor cantidad económica, generalmente compraventas entre empresarios individuales, en las que con bastante frecuencia viene omitiéndose una estipulación específica de la materia. Es por ello que aunque la redacción del Anteproyecto pretende zanjar el tema, continuaran produciéndose incidencias que deberán resolverse en vía judicial.

En contraposición hay que entender de forma positiva, la regulación dada respecto del contenido de dicha obligación que viene a determinar las condiciones para la licitud de la misma, lo que evitara la inseguridad respecto a la libre competencia.

Dispone el art. 132-11.1 ACM 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.

Sigue la línea ya fijada en el art. 20 de la LCA y **establece un límite temporal de dos años en el art. 132-11.2 ACM que considera un plazo razonable para que el adquirente consolide su posición en el mercado**, de modo que la competencia del transmitente no le afecte en dicho plazo. Permite asimismo que las partes acuerden un periodo de tiempo mayor siempre que sea conforme a las normas de defensa de la competencia.

La regulación prevista atiende adecuadamente los principios de nuestro ordenamiento jurídico ya que:

- Permite la consolidación de la empresa, al recibir el adquirente el valor pleno de lo transmitido y con ello su consolidación sin trabas en el mercado.
- Permite la realización de forma eficaz de los negocios jurídicos traslativos de la empresa.
- Permite que el vendedor pueda continuar desarrollando una actividad competitiva, en otra zona o transcurrido un tiempo.

La redacción inicial de la Comisión General de Codificación del art. 132-11.2 era del siguiente tenor: “En defecto de pacto la obligación de no competencia tendrá una duración de dos años. No obstante las partes podrán acordar un periodo de tiempo mayor siempre que sea conforme con las normas de defensa de la competencia”.

El cambio que se ha introducido finalmente en la redacción ha sido sustancial, puesto que se ha pasado de la consideración de que en defecto de pacto la obligación será de dos años, a la necesidad de que sea pactada expresamente la no competencia para considerar que es esa es la voluntad de las partes.

Quedan fijadas en el art. 132-11.3 ACM cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la obligación de no respetar la no competencia, ya que se otorga al comprador de la empresa 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 por daños y perjuicios.

La posición recogida en el artículo citado en el párrafo anterior y el modo en que debe ser aplicada, está siendo entendida de forma generalizada por la doctrina como la solución más razonable y ello basado en:

- [Que su planteamiento incorpora una parte concurrencial y una parte negocial, evaluándose con ello que es más apropiada que dejar que sea el comprador quien tenga el derecho a resolver el contrato, ya que ello entrañaría el riesgo de causar un importante quebranto a la propia empresa, con los efectos negativos que ello produce].
- [Que en la práctica, lo más apropiado será pactar una pena convencional para el caso de ruptura de la prohibición de competencia].

4.6 Efectos del contrato de compraventa sobre intervinientes y terceros.

El Anteproyecto regula de forma proactiva tres efectos¹⁴, con la pretensión de viabilizar las transacciones.

4.6.1 Efectos sobre los contratos concertados con terceros.

El funcionamiento de cara a futuro de cualquier empresa transmitida, está directamente ligado al de los contratos que la empresa tiene concertados.

Por ello, los contratos celebrados por el empresario transmitente son en la mayoría de los casos indispensables para la explotación de la empresa. Sin ánimo de exhaustividad habría que citar el arrendamiento de locales de negocio, el de suministro de materia primas, los contratos de patentes o marcas, etc.

En la actualidad la mayoría de ellos, precisan para la subrogación al adquirente de la empresa, el consentimiento de la otra parte contratante en aplicación de reglas generales de contratación.

La Ley si prevé la cesión automática al comprador de ciertos contratos, básicamente los de relativos a contratos de trabajo regulados en el art. 44 ET y los regulados en la LCS en su art. 34 respecto del seguro de daños contra el establecimiento.

Es decir, es preciso contar en la mayoría de los casos, con el visto bueno de la otra parte para la continuidad de los contratos concertados, de ahí la dificultad para la transmisión de empresas.

Para solventar la dificultad citada, en el art. 132-4.1 ACM **establece que salvo pacto en contrario el adquirente de la empresa se subrogara automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial.**

No obstante permite a la otra parte de los contratos, en el art. 132-4.2 ACM que puede dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente en el plazo de un mes a contar desde el día que hubiera recibido noticia de la transmisión.

¹⁴ MERCADAL VIDAL F., “El contrato de compraventa de empresa”, en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid 2015, págs 478 y ss.

Esta cuestión ya está resuelta para la transmisión de unidades productivas en situación concursal, en el art. 146 bis de la Ley Concursal, al determinar la cesión al adquirente de los derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la continuidad de la actividad de la empresa cuya resolución no hubiera sido solicitada. Es decir, establece el carácter autónomo y forzoso de la transmisión y con ella de la subrogación.

4.6.2 Efectos sobre los créditos de la empresa.

Hasta el momento la regulación aplicable es la prevista en los arts. 1526 y siguientes del CCiv y en el art. 347 CCom. **Considera el Anteproyecto que la transmisión de los créditos se produce por el consentimiento del comprador y del vendedor, no siendo preciso que se requiera al deudor, a quien bastara que se le notifique la transmisión.**

La posición de transmisión unitaria provoca que el consentimiento no sea específico para los créditos, sino que este comprendido en todo lo relativo a la transmisión de la empresa. Por ello, dispone el art. 132-5 ACM que la transmisión de la empresa implica la cesión automática de los créditos generados en ejercicio de la actividad empresarial.

Y el art 132-5.2 ACM indica que la notificación de la transmisión al deudor ha de ser expresa y que a falta de notificación, también apunta el mencionado artículo, será liberatorio el pago realizado de buena fe por el deudor al transmitente.

No obstante, en lo concerniente a responsabilidad del vendedor se mantiene la regla actual en lo relativo a la legitimidad del crédito, pero queda invertida en función de lo que determinan los arts. 348 CCom y 132-5.1 ACM, **ya que responsabiliza al vendedor de la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario.**

En materia de la cesión de créditos mercantiles el art. 450-5.2 ACM, establece que el cedente no responderá de la solvencia del deudor a menos que su insolvencia sea notoria y anterior a la transmisión o se haya pactado otra cosa, manteniendo una disciplina similar a la actual, sin embargo el art. 213-6.3 ACM prevé que si la aportación consistiera en un derecho de crédito, el que realice la aportación responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

4.6.3 Efectos sobre las deudas de la actividad empresarial.

Responden solidariamente el cedente y el adquirente de las deudas laborales a favor de los trabajadores reseñadas en el art. 44 ET, de las de la Seguridad Social reguladas en el art. 127.2 LGSS y de las primas de seguro vencidas con las aseguradoras de la empresa reguladas en el art. 34.3 LCS.

En relación a las deudas tributarias del art. 42.1 de la LGT y salvo alguna excepción reseñada en el mencionado artículo, también responden solidariamente adquirente y transmitente, a menos que se trate de la empresa de un titular concursado y la transmisión se produzca dentro del propio concurso.

Las deudas del vendedor relativas al negocio, en cumplimiento de lo previsto en el art. 1205 CCiv, solo se transmiten al comprador si existe acuerdo expreso de cada uno de los acreedores. En defecto de este, el pacto de asunción de deudas solo tiene eficacia entre comprador y vendedor, lo que de nuevo se convierte en una traba para la cesión de la empresa como un todo.

Por ello y buscando resolver lo apuntado en el párrafo anterior, el art.132-6 ACM dispone 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.**

La responsabilidad del adquirente alcanzara exclusivamente a las deudas de cuya existencia hubiese sido informado y aquellas otras de las que tuviese conocimiento previo. De ahí, que si deba responder el comprador de aquellas deudas que examinando con diligencia la documentación correspondiente, conozca o haya podido conocer.

El transmitente responde solidariamente junto al adquirente de las deudas anteriores a la transmisión, si bien dicha responsabilidad se extinguirá a partir de los tres años, a contar desde que la transmisión de la empresa fue oponible por terceros, o desde que se produzca el vencimiento de las deudas, si este fuera posterior.

4.7 El modo de entrega de la propiedad.

La disposición del art. 132-2.2 ACM de que la escritura deberá contener una relación de los bienes transmitidos, podría dar a entender que la entrega se entiende efectuada respecto de la totalidad de los elementos en bloque y por sucesión universal en el acto de la firma de la escritura.

Por contraposición la lectura del art. 132-3.1 ACM podría llevarnos a una posible confusión, al prever que el transmitente está obligado a realizar todos los actos que sean necesarios para la entrega de la propiedad y que la transmisión continua estando sometida a la diversificación de sistemas de transmisión para los distintos elementos.

Hay que concluir al respecto que la pretensión del Anteproyecto es que se mantenga **la unidad del contrato y que solo la ejecución de la obligación de la entrega será plural, debido al modelo traditorio del art. 609.2 CCiv.**

Las novedades fundamentales que incorpora el Anteproyecto para la entrega de la propiedad propician que:

- El vendedor ya no asume la obligación principal de entregar y la secundaria de garantizar el bien transmitido por evicción y por vicios del propio bien,
- El vendedor atendiendo a lo especificado en el art. 132-10 ACM, está obligado a garantizar al comprador que no será privado de su posesión por un tercero en virtud de derechos o pretensiones anteriores a la compra.

Para conseguir el nuevo esquema de entrega, se establecen dos tipos de obligaciones.

La primera es la entrega de bienes conforme a lo especificado en contrato.

El sistema incorporado por el Anteproyecto pretende avanzar en la objetividad del tráfico mercantil y ser coherente con el régimen general de incumplimientos. La obligación no se concibe en abstracto, sino comprendiendo los bienes conformes del contrato, de modo que el vendedor no asume la obligación adicional de responder por vicios y defectos de aquellos, sino la principal de entregarlos en la forma convenida.

En lugar de una obligación accesoria, **se da forma a la obligación de entrega con los criterios de conformidad del bien**. La garantía se convierte así en el elemento esencial de la obligación de entrega,

La segunda es la transmisión de la propiedad con la entrega libre de derechos o pretensiones de terceros que no hayan sido especificadas en contrato.

De no producirse en dichas condiciones, **el comprador puede exigir:**

- **el cumplimiento del contrato que puede incluir la reparación de los bienes o su sustitución por otros conformes con el contrato.**
- **la reducción del precio.**
- **la resolución del contrato.**

La resolución del contrato solo podrá llevarla a cabo el comprador, si se produjera un incumplimiento esencial, pudiendo en este supuesto llevar aparejada la indemnización de daños y perjuicios.

4.8 Obligaciones del comprador.

Las obligaciones que afectan al comprador son la de pagar el precio fijado en el contrato y la de recibir la empresa comprada.

El Anteproyecto no hace mención expresa a la segunda de las obligaciones y en lo relativo a precio en el art. 132.9 ACM, determina que las partes pueden acudir a un tercero tanto para la fijación del mismo, como para determinar los elementos que vayan a ser objeto de entrega. Obliga asimismo al vendedor a proporcionar a los mencionados expertos toda la información que soliciten.

La previsión se completa en la parte general de obligaciones y contratos mercantiles, para el caso de que el mediador no pueda o no quiera fijar un precio. Para solventar la situación referida, el Anteproyecto adopta una posición diferente a la seguida por el Código Civil.

A diferencia de lo previsto en el art. 1447 CCiv que recoge que si el tercero no señala precio el contrato será ineficaz, el art. 415-3.2 ACM impone la obligatoriedad de que se cubra el elemento esencial que falta al contrato, el precio, ordenando que deberá entenderse por precio uno que sea razonable.

4.9 Asset deal vs. Share deal.

El Anteproyecto no manifiesta expresamente cual es el modelo de transmisión que pretende determinar respecto al contrato de venta de empresas, esto es la distinción entre:

- Asset deal (transmisión directa), venta global y unitaria de una empresa, bien de un empresario individual a otro empresario individual o a una sociedad,
- Share deal (venta indirecta), venta de acciones o participaciones sociales que permiten que se produzca un cambio de gestión en la mercantil y pase a estar la gestión en manos del nuevo adquirente.

Parece bastante claro que la regulación del Anteproyecto está dirigida básicamente a las transacciones realizadas mediante el modelo asset deal.

La realidad del mundo económico en nuestro país, es la de que las empresas optan mayoritariamente por la limitación de responsabilidad, trasladando la gestión de la misma a sociedades limitadas o anónimas. Es el caso de transmisión de empresas con mayor tráfico y mas complejidad que se produce mediante contratos y con la modalidad share deal.

Considero no obstante que aunque el Anteproyecto no lo determine de forma expresa, **si es aplicable a los contratos en los que se realiza la transmisión de la empresa mediante ventas de acciones y participaciones sociales y claramente en lo relativo a la obligación de no competencia del vendedor.**

5. LA COMPRAVENTA DE EMPRESAS Y LA OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA DEL VENDEDOR. Legislación aplicable.

5.1 Ley 3/91 de Competencia Desleal.

La competencia desleal pese a su alta incidencia en el Derecho mercantil, posiblemente no ha sido tratada en nuestra legislación, con la importancia que sin duda tiene hasta la publicación de la **Ley 3/91**¹⁵.

La economía española interactúa de forma habitual con el resto de economías mundiales, nuestras empresas tienen relaciones en todo tipo de mercados, entre ellos los que están sujetos a modelos proteccionistas, por lo que se han propiciado situaciones y manifestado peligros, de modo que la iniciativa empresarial ha podido ser objeto de “abusos” y consecuentemente afectar al conjunto de los intereses que confluyen en el mercado.

El objeto de la LCD es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y por ello se establece de forma expresa la prohibición de los actos de competencia desleal.

¹⁵ MARTINEZ SANZ F., “Comentario Practico a la Ley de Competencia Desleal”, Ed. Tecnos 2009, pags 29 y ss.

Se pone en marcha con la LCD, un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal, al dejar de estar dirigida a resolver los conflictos entre los competidores y pasar a convertirse en un **instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado.**

El acto de competencia desleal se produce a partir de que se realice en el mercado y que se lleve a cabo con fines concurrenciales, siendo de aplicación tanto a los empresarios, como a cualquier persona que participe en el mercado.

La clausula general de la LCD define que se **reputa desleal y por tanto se considera un acto de competencia desleal, todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.** Una cosa es la libre competencia, muy lícita en el tráfico mercantil entre empresas y cuestión diferente es no respetar las normas que deben conformar la competencia real en el mercado.

El legislador ha tenido clara la distribución territorial de competencias y entendido que la competencia desleal debe de ser una materia reservada al Estado. Y con ello, ha acotado su alcance, ya que la competencia desleal se halla muy próxima a las materias de comercio interior y de tutela del consumidor que las que las Comunidades Autónomas tienen asumidas dentro de sus competencias.

Posteriormente la LCD ha sido actualizada con la publicación de la Ley 29/2009 que traspone a nuestro ordenamiento varias Directivas comunitarias, El Anteproyecto tiene previsto incorporar la materia de competencia desleal, en el Libro Tercero, Título I.

5.2 Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

En materia de Defensa de la Competencia en nuestro país **es aplicable la Ley 15/2007¹⁶** que sustituyo a la Ley 16/89 y que ha sido desarrollada mediante el RD 261/2008, **así como los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.**

El artículo 1 de la LDC, prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada que tenga por objeto restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, definiendo explícitamente una enumeración de acuerdos prohibidos. El artículo 2 prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado.

Y el artículo 3 faculta a los órganos de defensa de la competencia para conocer los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. No son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado, las conductas que se entienden de menor importancia (regla de minimis), entendiéndose aplicable dicha regla a aquellas situaciones cuando las empresas implicadas, no tengan una cuota de mercado conjunta que supere el 10%.

El ámbito propio de la LDC es la defensa del interés público que reside en el mantenimiento de una competencia suficiente y real en el mercado.

¹⁶ BENEYTO JM y MAILLO J., "La nueva Ley de Defensa de la Competencia", Ed. Bosch 2009, pags 19 y ss.

Finalmente, la materia de defensa de la competencia quedara prácticamente fuera del Anteproyecto, en base a la consideración de que esta debe ser tutelada bajo la regulación básica del Derecho administrativo.

5.3 Relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia.

La LCD prohíbe las prácticas que afectan directamente a empresarios competidores, al tiempo que les protege confiriéndoles acciones civiles abiertas solo a los afectados. **La LDC ataca las conductas que impiden una competencia suficiente en el mercado** y por tanto se encarga de su prohibición, en línea con su pretensión de proteger directamente al propio mercado.

Puede entenderse que la LCD afecta a prácticas de menor calado o importancia, mientras que LDC se ocupa de operaciones de alta relevancia económica.

Pero la diferencia más evidente, la encontramos en los órganos que deben velar por la aplicación de dichas normas. En lo que afecta a la LCD corresponde al orden jurisdiccional civil y son los Juzgados de lo Mercantil quienes conocerán las demandas. Por el contrario en lo que afecta a LDC es aplicada por órganos de naturaleza administrativa, como es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia.

5.4 Ley 12/92 de Contrato de Agencia

La regulación del contrato de Agencia se realizó mediante la Ley 12/1992, con la trasposición de la Directiva 653/86 CE. El Anteproyecto la incorpora en el Libro Quinto, Título IV, prácticamente de forma literal.

La LCA en su artículo 20, recoge limitaciones contractuales de la competencia, permitiendo la posibilidad de que las partes puedan establecer una restricción de las actividades profesionales a desarrollar por el agente a la finalización del contrato, estableciendo que el mencionado pacto no podrá exceder de dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia.

Actualmente la restricción citada, es la única limitación a la competencia entre empresarios explicitada en nuestro ordenamiento y por ello ha sido utilizada por analogía de forma recurrente por la jurisprudencia a la hora de establecer pautas/resoluciones, para resolver controversias relativas a pactos de no competencia en compraventa de empresas.

El Anteproyecto y en lo tocante a la compraventa de empresas recoge de forma prácticamente similar lo previsto en la LCA, en sus artículos 132-11.1 ACM y 132-11.2 ACM, estableciendo la posibilidad de pacto entre las partes que limite la competencia, fijando el límite temporal de dicho pacto en dos años, si bien permite un plazo superior siempre que sea conforme a las normas de defensa de la competencia.

5.5 Estatuto de los Trabajadores.

El ET en su art. 21.1 establece que un trabajador no podrá trabajar para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando tenga plena dedicación y en el art. 21-2 recoge la posibilidad de realizar un pacto post-contractual de no competencia entre trabajador y empresario y que afecta directamente al trabajador después de extinguido su contrato de trabajo. El pacto no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de los trabajadores.

El RD 1382/85 en su art. 8.3 que regula la relación especial de Alta Dirección, establece que el pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato no podrá ser superior a dos años.

El **pacto de no concurrencia** no permite que el trabajador preste sus servicios en otra empresa o realice actividad por cuenta propia, cuando la posible actividad pueda entrar en conflicto con su actual empresario y durante el plazo establecido.

El **pacto de no competencia** no permite que el trabajador pueda utilizar los conocimientos adquiridos en la empresa y durante el plazo establecido, ni con la prestación de servicios para otra empresa, ni por cuenta propia. La duración del pacto comienza a contar a partir de la extinción de la relación laboral.

Para la realización de dichos pactos entre empresario y trabajador, el empresario debe tener un interés industrial o comercial en ellos y satisfacer al trabajador una compensación adecuada.

6. LA COMPRAVENTA DE EMPRESAS Y LA OBLIGACION DE NO COMPETENCIA DEL VENDEDOR. Aspectos doctrinales.

6.1 Transmisión de todos los elementos de la empresa.

Mediante el contrato compraventa de empresa el propietario se obliga a transmitir la empresa en su integridad, es decir la totalidad de los bienes que la componen. Y en el caso de sociedades, la transmisión de empresa se realiza con la venta de acciones o participaciones, propiciando con dicha transmisión que el nuevo propietario adquiera la capacidad para dirigir la empresa y ello en base a la nueva mayoría en los órganos de gobierno.

Pero al no ser la clientela, ni las expectativas empresariales bienes susceptibles de dominación jurídica, su transmisión directa se hace prácticamente irrealizable. De ahí que en la mayoría de los casos se transmitan de manera indirecta, ligados a alguno de los elementos materiales o inmateriales de la empresa: marcas, nombres comerciales y locales de negocio.

En un buen número de casos se dan las circunstancias de que la clientela y las expectativas empresariales se encuentran muy unidas a la actividad personal y a los conocimientos técnicos del empresario transmitente.

Para posibilitar que el adquirente de la empresa pueda hacerse con la totalidad de los elementos que la componen, la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, la jurisprudencia y la Ley, imponen al empresario transmitente dos obligaciones, la positiva de hacer y la negativa de no hacer.

Ahora bien, nada impide entender como **lícitos los pactos por los que los contratantes acuerdan que el transmitente pueda realizar competencia al adquirente desde el mismo momento en que se realiza la venta** y con ello establecer una rebaja en el precio de la transmisión.

Cuestión diferente, es si en ese caso al no transmitir algunos de los elementos que conforman la empresa (clientela y expectativas empresariales), **puede entenderse que ya no estemos ante una compraventa de empresa en sentido estricto.**

El Anteproyecto en su art. 132-1.1 ACM establece que en la compraventa de empresas las partes podrán establecer la obligación de no competencia. En consecuencia, nos encontraremos con compraventas en las que no se establezca la obligatoriedad de inhibición de competencia por parte del vendedor en el contrato y por consiguiente que no lleven aparejada la transmisión de forma explícita de la clientela.

Se produce en ese caso realmente una venta de empresa? Para Garrigues y otros autores mercantilistas, “la transmisión de la clientela es esencial en toda venta de empresa”.

6.2 Tratamiento de la lista de clientes.

El régimen económico y el modo de conseguir un mejor posicionamiento por parte de la empresa en el mercado, se apoya en la optimización del know-how respecto al de su sector de actividad, lo que en la medida que se convierte en un conocimiento propio, pasa a ser considerado como “secreto”.

Toda aquella información que se reserva para muy pocos y se aparta del conocimiento general dentro de una empresa, puede ser configurada como “secreto de empresa”. Pero no todo lo que un empresario entienda que debe tener contenido reservado, puede ser calificado como secreto a los efectos del tipo penal que le es aplicable, ya que para ello los datos deben tener una importancia suficiente, para que su utilización inadecuada haga que la empresa vea menoscabada su capacidad competitiva.

La Audiencia Provincial de Navarra determina que debe entenderse por secreto empresarial¹⁷, a aquellas realizaciones empresariales que sean resultado de una considerable inversión en tiempo, dinero y trabajo, cuya reserva comporte un dato decisivo frente a los competidores y que guarda una relación directa con la propia actividad empresarial.

¹⁷ SAP Navarra 133/1998 de 10 de junio.

En lo relativo a **las listas de clientes de empresa**, la posición de si deben considerarse secretos para la empresa en base a su exclusividad y confidencialidad, **nuestros Tribunales han adoptado posiciones dispares**¹⁸.

De hecho el conjunto de la jurisprudencia es constante al afirmar en sus Sentencias que la lista de clientes no es un secreto empresarial¹⁹. Se entiende que aunque la clientela es un intangible de gran valor económico para la empresa, no existe un derecho del empresario sobre la misma, por lo que cualquier operador puede utilizar mecanismos de eficiencia para arrebatársela, apoyándose en el principio de libre iniciativa y en la libertad de mercado.

Siguiendo esa línea de razonamiento la Sala de lo Civil del TS, cuando ha tratado asuntos de competencia desleal por captación de clientela a través de medios que distorsionan los buenos usos y prácticas de mercado, los ha sancionado por el art. 5 de la LCD como desviaciones del principio de la buena fe, no entrando en la posible aplicación del art. 13 de la LCD que aplicaría la violación de secretos empresariales.

En contraposición, la Sala de lo Penal del TS sostiene una posición diferente y en este caso opuesta a la Sala de lo Civil y de hecho afirma que la lista de clientes forma parte del secreto de empresa. Y con ello, el uso sobrepasando los procedimientos lícitos para conseguir dichas listas y su posterior utilización, supone la comisión de un delito penado en nuestro Código Penal en los artículos. 278, 279 y 280 relativos al mercado y a los consumidores. Para la Sala de lo Penal si debe considerarse secreto empresarial la lista de clientes.

Es significativa la diferente posición de las dos Salas del TS a la hora de aplicar la LCD, máxime porque siendo la jurisdicción penal restrictiva y de intervención mínima, adopta una posición más proteccionista que la de los tribunales civiles que son los que deben desarrollar las reglas de mercado y definir los actos que suponen la competencia desleal y por tanto los usos y prácticas de nuestro sistema económico.

6.3 Plazo de no competencia en los contratos de compraventa de empresas.

Hasta la publicación de la LCA que en su artículo 20 recoge limitaciones contractuales de la competencia, no aparece en nuestra legislación ninguna limitación a la competencia entre empresarios.

Incluso después de la mencionada publicación, las transmisiones de empresa en nuestro país y específicamente en lo tocante al pacto de no competencia han continuado estando sin una determinación jurídica precisa. Y ello:

- Porque no existe una regulación específica para el pacto de no competencia del vendedor en la compraventa de empresas.
- Porque la compraventa de empresas ha venido realizándose al amparo de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CCiv y esta es suficiente para entender que las partes

¹⁸ GOMEZ-TAYLOR COROMINAS C., “Es un secreto empresarial el listado de clientes”, artículo publicado en Economía 3, el 11-12-2012.

¹⁹ SAP de Valencia de 22-6-2002.

han alcanzado el acuerdo del pacto de no competencia, de forma regular y sin contravenir ni la LCD, ni la LDC.

- Porque en la compraventa de empresas que generalmente presenta complejidades muy significativas, no puede simplificarse solamente con lo previsto por la LCA, dado que como conocemos esta regula el contrato de Agencia que a la postre es una relación mucho más sencilla en términos jurídicos que la transacción de una empresa.

No obstante, **los Tribunales han venido usando el plazo de no competencia en compraventa de empresas, aplicando por analogía al plazo máximo de dos años** que establece la LCA, si bien, **también han entendido en ocasiones la aplicación del plazo de tres años** a la vista de la Decisión de la Comisión Europea de 1-9-2000, dada en el caso Clayton Dubilier & Rise-Italtel.

La Comisión Europea también ha valorado como asumible y aceptable el pacto de no competencia por plazos superiores, de hasta cinco y diez años, cuando se den las circunstancias y justificaciones oportunas, como en el caso Volvo y Renault (TJCE 11-7-85).

El Anteproyecto en su art. 132 sigue la línea establecida en la LCA, al establecer que las partes podrán pactar un plazo de restricción de la competencia y establecer un límite temporal de dos años, al que considera un plazo razonable para que el adquirente consolide su posición en el mercado, de modo que la competencia del transmitente no le afecte durante dicho plazo.

Pero siendo conscientes, cual es la posición comunitaria y de la jurisprudencia, permite asimismo que las partes acuerden un periodo de tiempo mayor siempre que sea conforme a las normas de defensa de la competencia.

6.4 Prohibición de competencia las transmisiones realizadas mediante la fórmula share deal.

Con anterioridad, en el presente trabajo ya se ha expuesto que las transacciones de empresa realizadas mediante los modelos asset deal vs. share deal, deben equipar sus efectos en las compraventas. Se detallan dos Sentencias del TS que abundan en ese sentido, en lo relativo a competencia del vendedor.

La Sentencia del TS 301/2012 de 18 de mayo que trataba la venta de un importante paquete importante de participaciones, por quien hasta ese momento había sido su gerente y explotaba la empresa.

El Tribunal Supremo equipara la venta de dichas participaciones a la venta de una empresa y entiende que debe entrar en aplicación el pacto de no competir dentro del marco del contrato cuya finalidad es restringir la competencia.

La Sentencia del TS 303/2016 de 9 de mayo que trataba una cláusula inserta en un contrato de compraventa de acciones que representaban el 75% del capital de la sociedad,

El Tribunal Supremo equipara la venta del 75% de las acciones de la sociedad a la compraventa de empresa y por tanto otorga la legitimidad de la prohibición de la competencia por parte del vendedor de las acciones. La venta del 75% de las acciones supone en la práctica, aunque no se indique expresamente en el contrato de venta de las acciones, la transmisión de la empresa que constituye su objeto social.

De ahí y esa es la línea que sigue el Tribunal Supremo en casos similares que viene a reconocer **la existencia de un interés legítimo de los compradores de las acciones o participaciones, para evitar que los vendedores puedan realizar actividades concurrentes, mediante las que compitan con la empresa.**

7. MITIGACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA DE EMPRESAS.

La realidad económica en las negociaciones de compraventa de empresas, conduce a que de forma razonable acabe fijándose un precio para la transacción. Es el momento en el que se cierra el importe por el que va a venderse la empresa, ya mediante una negociación directamente entre las partes, ya mediante la ayuda de especialistas que valoran la empresa, generalmente mediante la realización de una due diligence que permite conocer al comprador todas las circunstancias y realidades de la empresa a adquirir.

Llegado el momento de la realización del contrato de compraventa, las partes se comprometen expresamente con la incorporación de determinadas formulas de caución que refuerzan su integridad y **pretenden que la parte intangible de la transacción no se vea afectada.**

Estas formulas están incorporadas a **pactos que van dirigidos a conseguir que la clientela y las expectativas empresariales no puedan ser objeto de gestión por parte del empresario transmitente.** La pretensión es en definitiva que la empresa adquirida pueda mantenerse en el mercado con la situación competitiva que tenía antes de realizada la venta.

Y para ello, el efecto de los pactos debe alcanzar tanto a los clientes de la empresa transmitida, como al espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de compartir determinados nichos de mercado.

El pacto **por excelencia es el de prohibición de competencia (o no concurrencia), pero también suelen firmarse pactos de confidencialidad, de no injerencia y de penalización.**

7.1 Límites y efectividad de de los pactos.

Los límites contractuales son los derivados del cumplimiento de lo previsto en la Ley y específicamente de la aplicación de la LCD y la LDC.

Los conflictos que puedan derivarse en aplicación de la LCD, deberán tratarse ante la jurisdicción civil y son los Juzgados de lo Mercantil los que tienen asignada su resolución.

7.2 Pacto de prohibición de competencia.

7.2.1 En la actividad de los vendedores en un plazo determinado.

Aunque el empresario transmitente respecto de su clientela no tiene derecho a ninguna clase de exclusiva, para salvaguardar en la transacción la posible competencia del comprador, se establece el pacto de prohibición de competencia que incorporado al contrato de compraventa es la fórmula empleada y que **las partes acuerdan para que el vendedor de la empresa, no desvíe, ni interfiera, en definitiva no realice actividades concurrentes, con la clientela de la sociedad vendida y durante el tiempo necesario para que se consolide la venta.**

Pero ese tiempo razonable de consolidación comercial que se “otorga” a la nueva propiedad, no se contempla que pueda ser indefinido, ni tampoco que pueda concertarse por un plazo excesivamente dilatado. La jurisprudencia esta reconduciendo dichos plazos a dos años, por analogía a lo previsto en la LCA y en determinados casos a tres años.

7.2.2 En la actividad de los vendedores en un espacio geográfico determinado.

Como complemento al punto anterior, el pacto de no competencia incorporado al contrato de compraventa, puede centrarse en un determinado espacio geográfico y por el tiempo necesario para que se consolide la venta.

Es la fórmula empleada y que las partes acuerdan para que el transmitente de la empresa pueda continuar actuando dentro del sector de la empresa transmitida, sin interferir en los clientes de la empresa vendida y durante el plazo que dura la prohibición de concurrencia.

Este tipo de tipo de prohibición de concurrencia, lo encontramos con cierta frecuencia en compraventas, en las que **los clientes de la empresa transmitida son mayoritariamente nacionales y el pacto en cuestión no se extiende a los clientes extranjeros.**

En este caso el vendedor tiene la limitación de competencia y por tanto no podrá dirigirse comercialmente a la clientela de la sociedad vendida y durante el tiempo establecido al efecto en su mercado natural, en cambio si que podrá continuar con su actividad en el mercado internacional.

A partir del momento en que se cumpla el plazo previsto en el pacto de no concurrencia, el vendedor ya podrá realizar su actividad competitiva sin ningún tipo de restricción, en cualquier mercado y dirigiéndose a cualquier cliente potencial.

7.3 Formulas de aseguramiento del pacto de prohibición de competencia.

Es usual en los contratos de compraventa en los que firma una cláusula de prohibición de competencia durante un plazo determinado, por la que el vendedor de la empresa se obliga tanto directamente como a través de terceros a no competir que se firme adicionalmente una **cláusula especial de penalización por incumplimiento**.

La clausula de penalización obliga al vendedor en los términos fijados en el contrato, para el caso de que se produzca **un incumplimiento de los pactos asumidos por el vendedor**.

El importe de la penalización suele formar parte de la negociación del contrato y estar en sintonía con el importe de la transacción. Lógicamente la posible penalización solo entraría en funcionamiento de producirse el incumplimiento del vendedor dentro del plazo establecido.

La determinación de la aplicabilidad de la clausula y en su caso la posible moderación de la pena corresponde a los Tribunales.

El Anteproyecto en el art. 132-11.3 introduce que ante la obligación de no competencia, el comprador podrá exigir el cese de la misma y además el abono por el infractor de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios.

7.4 Pacto de permanencia en la empresa de los antiguos propietarios o directivos.

En los contratos de compraventa de empresas se contempla con bastante frecuencia que bien alguno de los propietarios, bien alguno de los directivos, se mantengan en la nueva empresa después de realizada la transacción y **con un compromiso mínimo de permanencia**.

Y ello suele realizarse con un doble objetivo:

- De una parte, los antiguos propietarios o los directivos desde que se incorporan a la nueva empresa, como trabajadores o como directivos, van a ser claves en la transmisión del know-how y en el mantenimiento de la gestión comercial a realizar con los clientes tras la venta, permitiendo que se complete la obligación de asistencia técnica y la recepción del valor de la organización empresarial.
- De otra parte, al estar dedicados a la gestión dentro de la compañía tienen menos posibilidades de realizar actividades concurrentes, dado que sus contratos suelen llevar aparejados **pactos laborales de no competencia y de no concurrencia, bien bajo el ET, bien bajo el RD 1382/85**.

8. JURISPRUDENCIA SOBRE COMPETENCIA EN COMPRAVENTA DE EMPRESAS.

A estos efectos, se han tenido en cuenta Sentencias que afectan directamente a compraventa de empresas y por analogía también determinadas Sentencias que resuelven

controversias generadas por empleados que al dejar la empresa en la que están prestando sus servicios, crean una nueva mercantil para realizar la competencia a la sociedad que acaban de abandonar.

8.1 Captación de clientela vs. listas de clientes.

La utilización inadecuada de las listas de clientes, suele realizarse por trabajadores que después de abandonar la empresa las utilizan en beneficio propio, ya gestionando las mismas para una nueva empresa a la que se incorporan, ya para una empresa de su propiedad.

Asimismo la utilización inadecuada puede llegar en la transmisión de empresas, cuando el transmitente continua la gestión comercial con los clientes en beneficio propio, ya para una empresa de su propiedad, ya para una tercera empresa.

8.1.1 Jurisprudencia y formas de captación de clientes.

La jurisprudencia se ha ido decantado por considerar que **las listas de clientes no constituyen secreto industrial**. Y para ello, considera que no le es aplicable el artículo 13 de la LCD que regula la actuación desleal por explotación o divulgación de secretos, entendiendo por contraposición que es de aplicación el artículo 5 de la LCD, como acto desleal contrario a la buena fe. La base en la que se sustenta dicha línea de interpretación, se apoya en:

- La posibilidad de conocer a los clientes del sector a través de Internet, Cámaras, empresas especializadas, etc.
- El hecho de que dentro de las propias empresas el dato de clientes no goza de una especial protección y no suelen tomarse especiales medidas de salvaguarda.

En el caso de exempleados, la captación de la clientela de la empresa donde anteriormente prestaban sus servicios no implica per-se deslealtad, salvo que se constaten actuaciones que vengan a infringir un modelo adecuado conducta²⁰.

La relación entre un empresario y su clientela no le da derecho a ninguna clase de exclusiva que no permita a terceros y específicamente a sus antiguos colaboradores a poder dirigirse a ellos.

Cuestión distinta es el uso por el empresario transmitente de una empresa de las listas de clientes, faltando a la buena fe que está implícita en el contrato de venta y en su caso con el posible incumplimiento de los pactos específicos de inhibición establecidos en la compraventa.

La deslealtad en la captación de clientes por quienes abandonan la empresa, suele declararse por los Tribunales correspondientes, a la vista de una serie de circunstancias y entre ellas:

- Las maniobras desleales para aprovechar la inercia y conocimientos del expleado, para orientarla en beneficio de una sociedad competidora.

²⁰ STS de 19-4-2002.

- El aprovechamiento reputacional y de captación de clientela, cuando todavía trabajaban para la empresa anterior.
- El uso de documentos tipo, limitándose a cambiar el nombre de una nueva sociedad.

8.1.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 103/2007 de 8 de octubre. Recurso de Casación sobre competencia desleal y violación de secretos.

Hechos.

D. Bernardo y D. Luis (demandados) ex empleados de la mercantil Schindler (demandante) y encargados de instalación de ascensores en la zona de Puertollano desde 20 años atrás.

Los demandados constituyeron una sociedad en el año 1993 y tras abandonar Schindler en setiembre de 1996 se dedicaron a la captación de clientes. Captaron en un mes para la empresa de su propiedad el 40% de los clientes de su zona (86 de los 220) y continuaron el trasvase de los clientes a medida que vencían sus contratos

Los demandados utilizaron un modelo de contrato similar al de Schindler, dirigiéndose a las Comunidades Propietarios usando el conocimiento que tenían adquirido, respecto cuál era el detalle del servicio y los precios aplicables por la empresa de la que provenían.

Demandas interpuestas por Schindler.

Ante el Juzgado de 1ª Instancia que la desestimo por considerar que no hay ni actividad desleal, ni violación de secretos.

Recurso de Apelación ante la Audiencia que confirmó íntegramente la Sentencia de la 1ª Instancia.

Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo:

- Infracción del art. 5 LCD, aduciendo que la conducta es contraria a las exigencias de la buena fe.
- Infracción del art. 11 LCD, reputando desleal la imitación de productos y la utilización de las prestaciones ofrecidas por el competidor.
- Infracción del art. 13.1 LCD, imputando la violación de secretos.
- Infracción del art. 14 LCD, apuntando a que los demandados indujeron a los clientes a incumplir plazos y traspasar contratos.

Fallo:

- Descarta que se haya producido violación de secretos por la explotación de los listados de clientes y de precios.
- Descarta que se haya producido una infracción a los deberes con los clientes, induciéndoles a la terminación de sus contratos.
- Declara desleal la conducta de los demandados, por estar incurso en lo preceptuado en los arts. 5 y 11 de la LCD.
- **Condena** a los demandados a la **remoción y prohibición de los actos semejantes**, según lo preceptuado en los **arts.5 y 11 de la LCD.**

➤ **Condena** a los demandados al pago de daños y perjuicios.

SINTESIS del Fallo.

Mantiene la Sentencia de la Audiencia.

La lucha por la captación de la clientela es lícita y que se hayan utilizado listados y documentos provenientes de la empresa en la que los demandados prestaban anteriormente sus servicios, no merece especial protección al no ser confidenciales

Entiende que no se ha probado la inducción para la cancelación de contratos.

Las listas de clientes no son secretos empresariales, de ahí que con el uso de las mismas no se esté produciendo ninguna violación de secretos.

Modifica la Sentencia de la Audiencia.

La clientela no constituye patrimonio exclusivo de la empresa, pero la **conducta de los demandados y de la sociedad de su propiedad es contraria a la buena fe**. Basa su calificación en que el éxito del traspaso de clientes, solo pudo darse atendiendo a que la mayoría del trabajo y contactos previos lo realizaron los demandados cuando aun trabajan en Schindler.

Los productos no gozaban de derecho de exclusiva y pese a ello entiende que la conducta de los demandados, **imitando los productos y sus prestaciones, debe ser calificada de actuación desleal, al realizar un aprovechamiento sin esfuerzo por su parte del trabajo de un tercero.**

En base a lo anterior condena a los demandados a la remoción y prohibición de actos y al pago de daños y perjuicios.

8.2 Validez de las cláusulas de no competencia y obligatoriedad de pacto en contratos.

8.2.1 Posición del Tribunal Supremo.

La línea que sigue al respecto en sus Sentencias, es la de entender como necesarias en el tráfico mercantil la incorporación a contratos determinadas cláusulas de prohibición de competencia y que **estas son lícitas** siempre que ni restrinjan, ni falseen, ni impidan la competencia.

Ello ocurre en los contratos de compraventa de empresa que llevan aparejada la transmisión de clientela y Know-how. Es la fórmula empleada para controlar que el transmitente de la empresa, no desvíe, ni interfiera con la clientela de la empresa vendida, en el espacio y el tiempo necesario para que se consolide la venta.

Dichos pactos son una restricción accesoria de la obligación de no competencia que asume el vendedor mediante la inhibición de competencia.

8.2.2 Posición de la doctrina.

Como señala Jesús Alfaro, el pacto de no competencia²¹ en las transmisiones de empresa actúa en beneficio de ambas partes, no solo del comprador, porque si los compradores de empresa temen que el vendedor les haga competencia, de forma sistemática estarán dispuestos a pagar menos en la compraventa.

En ese mismo sentido y en el documento citado con anterioridad, apunta David Friedman que las mencionadas cláusulas son **procompetitivas**, ya que su existencia aumenta el precio en las transacciones, dado que el comprador actual de la empresa entiende que en el caso de plantearse una venta a futuro de la misma, podrá realizarla a mejor precio.

Ambos autores mantienen la posición de que estas cláusulas ni siquiera deben estar expresamente recogidas en el contrato de compraventa de empresas y sin embargo son exigibles en base a la presunción de buena fe que es exigible a los partícipes en el contrato, en aplicación de lo dispuesto en el art.1258 CCiv. y en el art. 57 CCom.

Continuando la exposición de Jesús Alfaro al respecto, cuando el plazo de prohibición de competencia mediante un pacto de este tipo fuera excesivo, la prohibición deja de ser un pacto contractual con efectos restrictivos, para convertirse en un pacto cuyo objeto es restringir la competencia. Y en ese momento el exceso cuantitativo en la duración o extensión de la cláusula, implica un cambio cualitativo y es indicio de que la finalidad del mismo no sería la de asegurar el contrato, sino evitar la competencia del vendedor.

8.2.3 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 301/2012 de 18 de mayo. Recurso de Casación sobre defensa de la competencia.

Hechos.

D. Luciano (demandante) ejercía de gerente de la empresa Cauchos Puntos SL y al tiempo era propietario del 22,5% de sus participaciones. Vendió dichas participaciones a D. Sebastián, D. Luis María y D^a Purificación (demandados).

En el contrato de compraventa firmado el 27-7-2006, se estipuló una cláusula de no competencia, por la que el vendedor se obligaba, tanto directamente como a través de terceros, a no competir durante el plazo de cuatro años. Se firmaron adicionalmente una cláusula de confidencialidad, una de no injerencia y una cláusula especial de penalización.

El 24-5-2007 D. Luciano comunicó notarialmente a los compradores de las participaciones, la revocación unilateral de los 4 pactos antes mencionados.

²¹ ALFARO AGUILA-REAL J., "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia", pags 18 y 19, publicado en Indret 2004.

Demandas interpuestas por D. Luciano.

Ante el Juzgado de lo Social para que declarase que estaban bien resueltas la cláusulas. El Juzgado decidió que no era aplicable al caso la legislación laboral. Fue confirmada la decisión por el TS de Justicia de Aragón.

Ante el Juzgado de primera Instancia, quien decidió que la amplitud de la cláusula de no competencia rebasaba los límites admisibles en materia de competencia y estimo en parte la demanda.

El Recurso de Apelación ante la Audiencia fue desestimado, al entender inaplicable la LDC y la comunicación de la Comisión Europea referida a la concentración de empresas.

Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo:

- Infracción del art, 21 del ET y del art. 8 del RD 1382/85 que regula la relación especial de la Alta Dirección.
- Infracción del art. 1 de la Ley 16/1989 (que regulaba la Defensa de la Competencia en el momento en que se produjo el litigio), en relación con la Comunicación de la Comisión Europea 2001/C/188/03.

Fallo:

- Desestima la aplicación de la legislación laboral
- Descarta por inaplicable la comunicación de la Comisión.
- Descarta por inaplicable la Ley de Defensa de la Competencia 16/89, que se corresponde con la actual 15/2007, en relación a los pactos para no competir.
- **Clarifica las cuestiones relativas a las restricciones accesorias al vendedor en la transacción.**

SINTESIS del Fallo.

Mantiene la Sentencia de la Audiencia.

El demandante no tenía la condición de asalariado en el momento en que se produce el negocio que da origen al litigio. De hecho extinguió primero su relación laboral con la empresa y fue meses después cuando vendió las participaciones. Por tanto la relación no es entre un empresario y un trabajador y por tanto no es aplicable al tema la legislación laboral.

Establece su posición respecto a que la interpretación del Derecho comunitario no resulta vinculante para los Tribunales nacionales, y así lo indica de forma expresa la propia Comisión Europea, al indicar en su comunicación que cualquier evaluación de las restricciones será de naturaleza meramente declarativa.

Fija un planteamiento de no aplicabilidad de la LDC ya que se trata de una transacción de participaciones sociales en una pequeña empresa y por ello no entran en juego las situaciones previstas en el artículo 1 de la LDC, puesto que la transacción en cuestión tiene efectos irrelevantes ante el mercado.

La Sentencia CLARIFICA (puntos 59 a 69).

Las cláusulas de no competencia en contratos de transmisión de empresas, tienen la consideración de accesorias en el sentido de ser inmanentes al contrato, hasta el punto de que pueden darse por incluidas aunque no estén pactadas expresamente.

Indica que en el tráfico mercantil, se imponen o aconsejan determinadas restricciones a la competencia que se realizan como cláusulas de inhibición, incorporándose a contratos sin restringir, impedir o falsear la competencia y actuando como restricciones accesorias necesarias.

Para la empresa transmitida le supone mantener en el mercado la situación competitiva que tenía en el mercado. El transmitente podrá volver a intervenir en el sector pasado el tiempo pactado

Pese a que no se trata de la venta de una empresa sino de la de un paquete de participaciones, **el pacto de no competencia se enmarca dentro de un contrato cuya finalidad no es restringir la competencia y por tanto le es absolutamente aplicable.**

La cláusula de inhibición está justificada salvo que por razón de duración, ámbito geográfico y contenido exceda de lo conveniente para garantizar el valor de las participaciones y que este no se vea afectado por la actuación del transmitente.

8.3 Transmisión de empresa y prohibición de competencia del vendedor.

8.3.1 La aplicación de la cláusula de no competencia.

La aplicación de las cláusulas de no competencia en las transmisiones de empresa mediante la fórmula asset deal, propician los mismos efectos y por ello deben asimilarse a las realizadas mediante la fórmula share deal.

Hay que valorar asimismo las circunstancias aplicables a aquellas transmisiones que estén afectas a contratos de Alta Dirección y por ello debe tenerse en cuenta la superposición de órdenes jurisdiccionales, laboral y mercantil.

8.3.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 303/2016 de 5 de mayo. Recurso por infracción procesal y de casación sobre compraventa de acciones y obligaciones de vendedor.

Hechos.

D. Simón y Ceta SA (demandados), vendieron el 75% de las acciones de Aerlyper SA a Velfer Consultores SL y a Servicios de Consultoría y Desarrollos Operacionales SL (demandantes) el día 6-10-2006 y por un importe de 3.900.000 euros. D. Simón se comprometía a permanecer en Aerlyper como Director General por un plazo de 3 años.

Con posterioridad D. Simón firmo asimismo una cláusula de no competencia, aplicable a partir del cese de su relación laboral. El 7-5-2007 se elevó a público el contrato de compraventa y D. Simón fue nombrado Director General.

El día 11-7-2008 se constituyó Alfa Bravo Servicios Aeronáuticos SL, dividiendo sus participaciones entre el 15% D. Benjamín y el 85% D. Marco Antonio que acababa de abandonar Aerlyper. En la constitución de la sociedad, D. Marco Antonio se reservó la facultad de transmitir su participación, en todo o en parte a una tercera persona, sin necesidad de comunicación expresa al otro socio. Alfa Bravo Servicios tenía sus oficinas en un local propiedad de CETA durante los años 2008 y 2009.

La facultad de transmisión de la participación antes referida, fue ejecutada por D. Marco Antonio transmitiendo sus participaciones a D. Simón. El 27-4-2010 D. Simón dimitió de su cargo de Director General de Aerlyper.

El 2-7-2010 la empresa Viroment Inc que tenía un contrato de representación con Aerlyper desde el 2007, les comunicó que no iba a prorrogar el mismo, ya que había firmado otro contrato de representación con Alfa Bravo Servicios el 2-8-2008.

Demandas interpuestas por Aerlyper, Velfer Consultores SL y Servicios de Consultoría y Desarrollos Operacionales SL.

Ante el Juzgado de 1ª Instancia que desestimó la demanda aduciendo que D. Simón no había realizado la actividad en los tres años pactados de concurrencia y en lo relativo a Ceta al no considerar acreditada la relación de causalidad entre su actuación y los daños y perjuicios reclamados.

El Recurso de Apelación ante la Audiencia fue desestimado al considerar que la demanda debía ser tratada conforme a la LCD y que no existía error en la valoración de la prueba respecto al momento en que se produce la actuación de D. Simón, fuera del periodo de no concurrencia.

Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo:

Se comentan exclusivamente los relativos a casación.

- Infracción del art. 1281-1 del CCiv. por dar la Sentencia recurrida absoluta preponderancia a la literalidad de la cláusula contractual de prohibición de concurrencia, sin entrar en su verdadero sentido.
- Infracción del art. 1258 del CCiv. de modo que se alega que la buena fe contractual exige que el vendedor de las acciones no compita con dicha sociedad, durante un tiempo prudencial desde la fecha de la compraventa.

Fallo:

- **La prohibición de concurrencia se pactó de forma expresa** en un contrato ad-hoc y para cuando D. Simón ya no tuviera relación con la mercantil. Por cuestiones procedimentales **acabo considerándose no revocable el fallo de la Audiencia.**
- **Una compraventa del 75%** de las acciones de una sociedad supone en la práctica la transmisión de la empresa que constituye su objeto social. **Acabo desestimándose lo solicitado por falta de efecto útil.**

SINTESIS del Fallo.

El TS entiende que la no concurrencia afectaba directamente a D. Simón para cuando deje de ser empleado de Aerliber, puesto que para momentos anteriores a la extinción del contrato laboral, tal obligación estaba implícita en el mencionado contrato. Para la adecuada interpretación del negocio jurídico **no es adecuado basar el recurso para juzgar la infracción solicitada en el art. 1281-1 del CCiv.**

Establece su posición respecto a la compra de las acciones (75%), y **aunque no se indique expresamente en el clausulado es una transmisión de empresa** y los adquirentes tienen interés legítimo para evitar que el transmitente pueda realizar actividades concurrentes.

Las cláusulas de prohibición de no competencia en contratos de transmisión de empresas, no tienen por objeto impedir la competencia, sino que son inmanentes al contrato, hasta el punto que pueden ser consideradas incluidas en el mismo conforme al art. 1258 CCiv, aunque no se hayan pactado expresamente.

Las conductas de D, Simón que vulneran el deber de abstención no tuvieron lugar en el plazo previsto en la cláusula de no concurrencia expresamente pactada, sino en el periodo en que trabajaba en Aerlyper. **De ahí que si cabe son más antijurídicas,**

Al no acreditarse las consecuencias del incumplimiento contractual por parte de D. Simón, no puede justificarse la pretensión indemnizatoria deducida de la demanda y consecuentemente **se desestima por falta de efecto útil.**

8.4 Efectos del incumplimiento del pacto de no competencia antes finalizar el plazo pactado.

8.4.1 Casuística.

Es muy variada y en su resolución se están dando algunos casos en que están entrando a valorarlas los Jueces de lo Mercantil, aunque el art. 86 de la LOPJ no les atribuye competencia en materia de incumplimiento de contratos, así como los Juzgados de 1ª Instancia, las Audiencias y el Tribunal Supremo.

La línea adoptada es la de entender que el plazo de no competencia en compraventa de empresas, se ajuste por analogía al plazo máximo de dos años que establece la LCA, si bien también han entendido en ocasiones la aplicación del plazo de tres años, atendiendo a decisiones similares adoptadas por la Comisión Europea.

8.4.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 164/2008 de 4 de diciembre. Recurso de Apelación sobre incumplimiento de pactos de no competencia.

Hechos.

D. Octavio, D. Ángel Jesús (accionistas mayoritarios) junto a otros vendedores, transmitieron el día 12-4-2002 el 100% de las participaciones de la sociedad Idaglas SL.

D. Octavio y D. Ángel Jesús (demandados) se comprometen a no realizar competencia directa o indirectamente en el sector de Idaglas (demandante) durante un periodo de 5 años. Se establece una clausula de penalización por incumplimiento. D. Octavio y D. Ángel Jesús en el 2004 ponen en marcha sociedades competidores de Idaglas.

Demandas interpuestas por Idaglas.

Ante el Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona que en su Sentencia no aprecia la realización de los actos de competencia desleal que se imputan (imitación, confusión, aprovechamiento y revelación de secretos).

La controversia se planteaba en el plazo fijado de 5 años, valorando el Juzgado el plazo de 2 años de la LCA y continuando con el análisis de criterios empleados por la Comisión Europea.

Entiende como más razonable, dado que se transmite el fondo de comercio y de la estrecha vinculación de los transmitentes con los clientes, que la extensión temporal de la clausula sea cuando menos de tres años.

Finalmente se condena a D. Octavio y a D. Ángel Jesús al pago como consecuencia de la clausula de penalización de una indemnización a Idaglas, si bien el Juzgado considero que dado que en los dos primeros años se cumplió el contrato, haciendo uso de la facultad de moderación que le confiere el art. 1154 del CCiv, entendió como más razonable la reducción de la indemnización pactada en un 70%.

Motivos del recurso ante la Audiencia:

- Infracción de la LCD con realización de los actos de competencia desleal, por imitación, confusión.
- Infracción de la LCD por aprovechamiento del esfuerzo ajeno.
- Infracción de la LCD por revelación de secretos
- Infracción del pacto de no competencia.

Fallo:

- Estima la conducta desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno.
- Desestima el resto de actos de competencia desleal.
- Estima el incumplimiento del pacto de no competencia y **condena al pago del 100% de la clausula penal.**

SINTESIS del Fallo.

Las características de la empresa transmitida hace que **la Audiencia entienda que el plazo razonable de no competencia debía de ser cuando menos de tres años.**

La clausula penal de no competencia se pacto libremente y D. Octavio y D. Ángel Jesús eran plenamente conscientes de ello en base a la clandestinidad con la que realizaron su incumplimiento, asumiendo el riesgo de su incumplimiento.

Si cobraron una suma importante en la venta de sus participaciones, la clausula penal es una parte significativa del precio recibido en la transmisión, y **aunque cumplieron la misma durante los dos primeros años, se condena a los quebrantadores al pago integro de la pena convenida, el 100% establecido.**

8.4.3 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 350/2015 de 9 de mayo. Recurso de Apelación sobre incumplimiento de pactos de no competencia.

Hechos.

House Market System SL (demandante) se constituyo el 22-5-1996 con el objeto social de concesión de franquicias para maquinas de cafeterías. Sus socios tras diversas ampliaciones eran D Narciso con 625 participaciones (demandado), D David con 1375 participaciones y D. Miguel con 1375 participaciones.

El día 9-3-1999 D. Narciso vendió sus 625 participaciones a D. David por 150.253,03 euros, de los que 90.151,82 euros fueron abonados por House Market, como beneficiaria de la obligación de no competencia asumida por D. Narciso por plazo de 10 años.

En octubre de 1999 D. Narciso constituyo Inmovending con el objeto de venta de maquinas de venta automática, si bien no inicio su actividad real hasta junio de 2003.

Demanda interpuestas por House Market.

Ante el Juzgado Mercantil numero 1 de Madrid en reclamación del importe de 150.253,03 euros por incumplimiento del pacto de no competencia.

La Sentencia desestima la demanda;

- Al considerar que el pacto de no competencia es una estipulación a favor de un tercero y la demandante estaría protegida por una acción de incumplimiento del pacto, pero no de reembolso de cantidad.
- Rechaza que se haya producido la infracción del pacto de no competencia porque la actividad no la desarrolla el vendedor sino una sociedad constituida a la que no alcanza el pacto.

Motivos del recurso ante la Audiencia.

Solicita la revocación y la estimación de la demanda invocando errores en la valoración de la prueba y diversas infracciones de arts del CCiv y de la LEC.

Fallo.

Desestima el Recuso de apelación y conforma la sentencia.

SINTESIS del Fallo.

La clausula penal de no competencia se pacto con la intervención de House Market, con lo cual D. Narciso se obligaba directamente con la sociedad.

La estipulación del pacto de no competencia legitimaría al vendedor a instar la resolución del contrato pero ello no implica que su naturaleza sea a favor de un tercero.

Entiende que **el plazo que hubiera sido adecuado sería de tres años y que la duración del pacto de 10 años resulta excesiva, máxime habiendo sido respetada la misma durante los primeros 4 años. Por ello no entiende aplicable la cláusula penal.**

8.5 Constitución de una sociedad por quienes son empleados de otra.

8.5.1 La libre competencia y la relación entre empresa y directivos.

Cuáles deben ser los límites al establecimiento de una relación de competencia, puesta en marcha a partir de la terminación de la relación laboral y de cara al inicio del empleo de una nueva actividad, en la que actué como competidor de la empresa abandonada?

Debe primar la libertad de iniciativa del directivo o la defensa de la posición competitiva de la empresa que de forma lícita tiene ha consolidado con el paso del tiempo?

Para responder a las dos preguntas anteriores, debemos tener en cuenta la consideración del modelo de libre competencia que es uno de los pilares sobre el que se apoya el modelo económico constitucional español. Su vigencia preserva la competencia en el mercado para desplegar efectos positivos a favor de los intereses generales.

Que haya existido un vínculo contractual no puede ser razón para establecer un límite absoluto que prohíba el ejercicio del trabajo. El Tribunal Supremo²² ha venido estableciendo que para un empleado que deje su empresa y para desarrollar una actividad profesional semejante a la de la empresa anterior, si no tiene cláusula de concurrencia que le afecte, no puede impedírsele que desarrolle su profesión, ni que constituya una empresa con un objeto social coincidente.

El límite finalmente a considerar está establecido con la determinación de la buena fe efectiva, que está recogida en el art. 5 de la LCD y en los arts. 5 y 21 del ET.

8.5.2 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 963/2000 de 18 de octubre. Recurso de Casación sobre competencia desleal.

Hechos.

La empresa Luis Capdevila SA (demandante) y cuyo objeto social es la fabricación de cabinas y campanas de pinturas, se considera perjudicada por sus ex empleados D. David y D. Sergio y por D^a María Noemí (esposa de D. Sergio, así como por la empresa Tecnon SL participada por todos ellos (demandados).

Desde que abandonaron la empresa y a juicio del demandante, los demandados haciendo uso del conocimiento que tenían de la empresa de la que provenían, han vulnerado derechos de propiedad y catálogos de productos, conculcando la LCD.

²² STS de 11 y 29 de octubre de 1999.

Demandas interpuestas por Luis Capdevila SA.

Ante el Juzgado de primera Instancia solicitando el cese inmediato de la comercialización, la retirada de del mercado de los catálogos, la compensación por daños y perjuicios y por enriquecimiento injusto. El Juzgado estimo parcialmente la demanda por competencia desleal, condenando a Tecnon al cese de la comercialización de las campanas de extracción y absolviendo al resto de los demandados.

El Recurso de Apelación ante la Audiencia confirma la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, a excepción de considerar a D. Sergio, D. David y Dª María Noemí cooperadores necesarios para los actos de competencia desleal.

Motivos del recurso ante el Tribunal Supremo presentado por Tecnon, D. David, D. Sergio y Dª María Noemí.:

- Infracción por no aplicación en el fallo de apelación del art. 3.1 de la LCD.
- Inaplicación del art. 21-2 del ET.
- Aplicación indebida del art. 20.1 de la LCD, dado que no son empresarios actuantes en el mercado.

Fallo:

- Desestima lo solicitado en relación con la LCD art 3.
- Desestima la aplicación del apartado laboral por considerarlo ajena al asunto litigioso.
- Considera adecuadamente aplicada a los actos en cuestión la LCD en su art 20.1.

SINTESIS del Fallo.

Mantiene la Sentencia de la Audiencia.

Los demandados pese a no ser empresarios, **son coautores** de actos de confusión, imitación y explotación de acuerdo con lo previsto en la LCD. Para ello se apoya en el preámbulo de la LCD que define que no es preciso que los sujetos agente y paciente del acto sean empresarios, **basta que haya colaborado en su realización.**

Asimismo el artículo aducido del ET señala los deberes básicos de los trabajadores, pero no es aplicable a la controversia a juzgar, ya que aunque los preceptos sean coincidentes se refieren a la prohibición de concurrencia, pero no a la competencia desleal.

Dado que **Tecnon solo ha podido realizar los actos de imitación, confusión y explotación, gracias a la información comercial y técnica aportada por D. Sergio y por D. David, se estima que sin su concurrencia ilícita no hubiera habido divulgación ilícita y por tanto son cooperadores necesarios.**

Y lo referente a **Dª María Noemí**, esposa de D. Sergio, la Sala estima que ha actuado como **testaferro o persona interpuesta por su cónyuge** y con ese carácter ha cooperado en toda la trama ilícita de competencia desleal.

8.6. Creación de empresa y vulneración de secretos.

8.6.1 La vulneración de secretos empresariales.

En determinadas ocasiones, el conocimiento de los secretos empresariales de la empresa que han abandonado es una de las razones fundamentales que utilizan los trabajadores o los directivos para iniciar una actividad en competencia directa con su antigua empresa, beneficiándose del know-how adquirido.

Y en ese momento es obligado valorar, si la información a utilizar es propiedad de la antigua empresa y si el ex empleado está obligado o no, a guardar el secreto respecto a ella, incluso más allá del cese de la relación laboral²³.

8.6.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 133/1998 de 10 de junio. Recurso de Apelación sobre competencia ilícita y desleal e inducción a la infracción contractual.

Hechos.

La empresa Alfacel SA (demandante) pretende entrar en un proyecto de tripa celulósica en 1995 e incorpora en su accionariado a D. Luis M. que había sido Directivo de Viscofan SA (demandado) hasta el año 1986.

El 29-2-1996 en una reunión con analistas en la Bolsa de Madrid, Viscofan realiza manifestaciones desacreditando a Alfacel.

Viscofan ha remitido cartas intimidatorias a Directivos de Alfacel que habían trabajado en Viscofan hacia más de diez años, con diversos tipos de amenazas.

Demanda interpuestas por Alfacel.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona que fue desestimada en su integridad por el citado Juzgado.:

Motivos del recurso ante la Audiencia:

- Se declare la deslealtad de los actos realizados por Viscofan.
- Se prohíba a Viscofan los actos de denigración.

Fallo:

Desestima el recurso y confirma la Sentencia de instancia.

²³ SANCHEZ-CALERO GUILARTE J., "Situaciones de competencia entre la sociedad y sus directivos", pags 39 y ss. Documento depositado en archivo institucional EPrints Complutense 2006. <http://www.ucm.es/eprints>.

SINTESIS del Fallo.

La denigración como actos de competencia desleal, tiene la finalidad de que el desprestigio pueda originarse por otro empresario, para perjudicarlo expresamente ante el público consumidor.

La realización de las afirmaciones en un marco especial y no ante consumidores, hace que no se acredite el desprestigio y consecuentemente la disminución de posibles beneficios económicos, consecuencia de la actividad ilícita.

Las llamadas cartas intimidatorias remitidas por Viscofan, indicaban a los ex directivos que la información confidencial a la que tuvieron acceso como empleados de Viscofan era legítima en tanto eran empleados de Viscofan, pero no para uso posterior fuera de la compañía. Les solicitaban que les fuera devuelta cualquier tipo de información de la que dispusieran de Viscofan.

La Audiencia entiende que no hay tal intimidación, sino que la finalidad es salvaguardar los secretos profesionales ante los directivos. Y más allá de lo recogido en la LCD en relación con los secretos empresariales, la protección penal de estos supuestos, aparece recogida en los arts. 278 y ss. del Código Penal.

Debe tenerse en cuenta además, lo previsto en el art. 72 de la Ley del Contrato de Trabajo que mantiene su vigencia con rango de norma reglamentaria en virtud de lo que dispone el ET, estableciendo que “el trabajador está obligado a mantener los secretos de la explotación y negocio de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción. En este último caso podrá utilizarlo en beneficio propio, solo cuando fuese exigencia de su profesión habitual.”.

Aunque dicho deber no es absoluto en función de lo recogido en el ET y en el RD 1382/85 para la Alta Dirección, si que afecta de forma inequívoca a los administradores de las sociedades **el deber de secreto que existirá incluso ante la ausencia de norma, en función del principio de buena fe objetiva y de las circunstancias que concurran cada caso.**

9. CONCLUSIONES.

Hago referencia a ellas divididas en **SEIS grandes bloques.**

En primer lugar y como no podía ser de otra forma, constato que el Anteproyecto es fruto de un trabajo objetivo y muy realista que va a permitir finalmente la actualización del Código de Comercio que no podemos olvidar fue publicado en 1885.

La modernización del Código y a través suyo de la legislación mercantil, se ha realizado de forma coordinada con el conjunto de la legislación vigente, atendiendo a la racionalización de sus normas y con la pretensión de dotarla de coherencia y viene a cubrir la **necesidad**

fundamental añadida que es la de cumplir con las exigencias de la nueva realidad del mercado.

En segundo lugar considero oportuno reflejar las **cuestiones relativas al contrato de compraventa de empresas que finalmente el Anteproyecto no incorpora.** Son de diversa índole y las cito a continuación.

- Debería haberse explicitado el modelo de transacción al que son aplicables las normas, si bien tras su lectura queda bastante claro que están referidas al modelo asset deal. Entiendo que determinadas cuestiones que se incorporan también son de aplicación al modelo share deal.
- Debería haberse tenido en cuenta los modelos de actuación en la negociación y consecuentemente los compromisos jurídicos que van asumiéndose en esta fase. Entre ellas, las obligaciones de confidencialidad y las técnicas de revisión de la empresa fiscal, legal, financiera y técnica (due diligence),
- Debería haberse clarificado lo que sucede en la empresa entre el momento de la firma del contrato hasta el cierre definitivo de la compraventa y sus efectos y en el periodo de transición entre el transmitente al adquirente.

En tercer lugar mencionar positivamente la **regulación proactiva que realiza el Anteproyecto del contrato de compraventa,** pretendiendo con la misma viabilizar las transacciones. Refiero para ello los tres efectos.

- Los contratos celebrados por la empresa, para los que establece que salvo pacto en contrario el adquirente se subrogara automáticamente en los derechos y obligaciones de los mismos.
- La transmisión de los créditos que se produce por el consentimiento de comprador y del vendedor, no siendo preciso que se requiera al deudor, a quien bastara que se le notifique la transmisión. De la solvencia del deudor se responsabiliza al vendedor salvo pacto en contrario
- La asunción de las deudas que salvo pacto en contrario asume el adquirente de la empresa, todas las que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente

En cuarto lugar es preciso citar **la redacción del artículo 132-11.2 ACM.** El texto finalmente previsto **establece para la obligación de no competencia, el que no tenga siquiera carácter de elemento natural del contrato y solo entre a regir si se pacta de forma expresa.**

Por contraposición, la redacción inicialmente prevista para ese mismo artículo por la Comisión General de Codificación, preveía **“en defecto de pacto la obligación de no competencia tendrá una duración de dos años. No obstante las partes podrán acordar un periodo de tiempo mayor siempre que sea conforme con las normas de defensa de la competencia”.**

La redacción inicial regulaba el pacto de no competencia en la línea que ha venido defendiendo la doctrina y que el Tribunal Supremo ha venido confirmado, estableciendo

jurisprudencia al respecto. La redacción finalmente propuesta cambia el sentido del pacto, de modo que incorpora la necesidad de que deba estar incluido expresamente en contrato, para entender que esa es la voluntad de las partes. **Se ha introducido un cambio sustancial respecto al fondo y la forma del artículo en el proceso.**

Mi opinión personal es que la redacción inicial permitía una aplicación más regular y desde luego más práctica, de cara a las transacciones de menor importe que se corresponden con las mayoría de las compraventas a realizar entre empresarios individuales y a los que a la postre es de mayor aplicación el nuevo contrato.

En quinto lugar creo que no se debe olvidar que el transmitente vende activos materiales e inmateriales. **Si finalmente no se venden los activos inmateriales, no hay venta REAL de empresa.** Es preciso que se transmita también la expectativa de beneficios y esta solo se consigue en su integridad, si el contrato lleva aparejada un pacto de no concurrencia que permita que al adquirente no tenga la competencia del transmitente durante el plazo establecido.

Aunque el art. 132-1.2 ACM especifica que las partes podrán excluir de la transmisión algunos elementos integrantes de la empresa, siempre que no se comprometa la existencia de la empresa, lo realmente determinante es que **dicha entrega comprenda los elementos esenciales, aquellos que son precisos y cuya ausencia pondrían en riesgo la continuidad de la empresa.**

Para la doctrina mercantilista, “la transmisión de la clientela es esencial en toda venta de empresa”.

En sexto lugar y para concluir, resaltare **la importancia que tiene la redacción del nuevo Código para fomentar la seguridad jurídica, de modo que cualquier persona entienda perfectamente como aplicable la legislación mercantil que en él se recoge y para todo el territorio nacional.**

11-6-2017

Pere Jover Navarro

BIBLIOGRAFIA TFG:

LIBROS:

1. Jiménez Santos Guillermo J. y Díaz Moreno Alberto, “Lecciones de Derecho Mercantil”, Ed. Tecnos 2012.
2. Rojo Fernández-Río A., “Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I”, Ed. Thomson-Civitas 2015.
3. Bertcovitz Rodríguez-Cano A. (coordinador), “Hacia un nuevo Código Mercantil”, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi 2014.
4. Garrido Palma Victor M., Ansón Peironcely R. y Banacloche Pérez J., “La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, Ed. Tirant lo Blanch 2010.
5. Martínez Sanz F. (Director), “Comentario practico a la Ley de Competencia Desleal”, Ed. Tecnos 2009.
6. Beneyto José Mª y Maillo Jerónimo (Directores), “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, Ed. Bosch 2009.

TRABAJOS Y ARTICULOS:

7. “El contrato de compraventa de empresa”, de Francisco Mercadal Vidal, en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Ed. Universidad Carlos III de Madrid 2015. Obra disponible en <http://hdl.handle.net/10016/20763>.
8. “La compraventa de empresas en el Anteproyecto de Código Mercantil”, de Esperanza Gallego Sánchez, en Estudios sobre el futuro código Mercantil, Ed. Universidad Carlos III de Madrid 2015. Obra disponible en <http://hdl.handle.net/10016/20763>.
9. “La prohibición de competencia y su pacto expreso”, publicación realizada el 23-10-2013 en la web del Consejo consultivo de la pequeña y mediana empresa, www.Ccopyme, por Luis Miranda Serrano y Javier Pagador López.
10. “Es un secreto la lista de clientes”, artículo publicado en el 11-12-2012 en la revista Economía 3, por D. Carlos Gómez-Taylor Corominas, socio de Cuatrecasas.
11. “Situaciones de competencia entre la sociedad y sus directivos”, de Juan Sánchez Calero, depositado en EPrints Complutense 2006, <http://ucm.es/eprints>.
12. “Posición del Tribunal Supremo sobre las restricciones accesorias”, publicación realizada el 2-5-2013 en la web del Consejo consultivo de la pequeña y mediana empresa, www.Ccopyme, por Luis Miranda Serrano y Javier Pagador López.
13. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, de Jesús Alfaro Águila-Real, publicado en noviembre 2004, en la Revista de Análisis del Derecho (INDRET), www.indret.com.

REFs. JURIDICAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS.

1. Anteproyecto Nuevo Código Mercantil... Anteproyecto... ACM
2. Código de Comercio... Código de 1885... CCom
3. Código Civil... CCiv.
4. Código Penal... CP
5. Ley de Enjuiciamiento Civil...LEC
6. Ley Orgánica del Poder Judicial.....LOPJ
7. Ley Concursal.
8. Ley de Reestructuración Empresarial y Modificaciones Estructurales de las Sociedades de Capital...LME
9. Ley de Competencia Desleal..... LCD
10. Ley de Defensa de la Competencia.... LDC.
11. Ley del Contrato de Agencia.... LCA.
12. Estatuto de los Trabajadores.... ET
13. RD 1382/85 regulación laboral de la Alta Dirección.
14. Ley Contrato de Trabajo... LT
15. Ley de Contrato de Seguro.... LCS
16. Ley General de la Seguridad Social... LGSS
17. Ley General Tributaria....LGT
18. Constitución Española.....CE