

La protección del comprador en la adquisición de empresa

Estudio comparado de los ordenamientos
español y alemán

44

Miguel Gimeno Ribes

Editorial Comares

MERCATURA

Colección Estudios de Derecho Mercantil
Dirigida por José Miguel Embid Irujo

[96671]

**LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR
EN LA ADQUISICIÓN DE EMPRESA**

ESTUDIO COMPARADO DE LOS ORDENAMIENTOS
ESPAÑOL Y ALEMÁN

MIGUEL GIMENO RIBES

LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR EN LA ADQUISICIÓN DE EMPRESA

ESTUDIO COMPARADO DE LOS ORDENAMIENTOS
ESPAÑOL Y ALEMÁN



Granada, 2013

SUMARIO

ABREVIATURAS	XV
PRÓLOGO	XVII
PREFACIO	XXI
INTRODUCCIÓN	XXIII

CAPÍTULO I EL OBJETO DE LA COMPRAVENTA DE EMPRESA

I. CONSIDERACIONES GENERALES	1
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO	6
1. Forma transmisiva	7
A. Como compraventa	8
a. <i>Asset deal</i>	9
b. <i>Share deal</i>	11
c. <i>En caso de sociedad en formación o devenida irregular</i>	18
B. Como modificaciones estructurales	22
a. <i>Fusión</i>	23
b. <i>Cesión global de activo y pasivo</i>	24
2. Derecho aplicable	25
A. En Derecho español: el art. 2 CdC	25
a. <i>Las disposiciones del Código de Comercio</i>	26
b. <i>¿Los usos del comercio?</i>	30
c. <i>El Derecho común</i>	33
B. En Derecho alemán	33
a. <i>La empresa como objeto de estudio jurídico-mercantil y el § 453.1 BGB</i>	34
b. <i>La Due Diligence como Verkehrssitte</i>	35
III. EL OBJETO DE TRANSMISIÓN	36
1. El balance	37
A. <i>El activo</i>	38
a. <i>El inmovilizado</i>	38

i.	<i>Inmaterial</i>	38
a.1'	<i>Patentes, marcas y know-how</i>	40
b.2'	<i>El fondo de comercio</i>	42
ii.	<i>Material</i>	44
iii.	<i>Inversiones mobiliarias e inmobiliarias</i>	46
b.	<i>Las mercaderías</i>	47
c.	<i>Los clientes y deudores</i>	47
i.	<i>Distinción entre ambas figuras: el art. 1281 CC</i>	47
ii.	<i>La cesión de créditos: el art. 347 CdC</i>	48
d.	<i>La tesorería</i>	50
B.	<i>El pasivo: las deudas y los proveedores</i>	50
C.	<i>El neto</i>	51
a.	<i>El capital y las reservas</i>	51
b.	<i>Las pérdidas y ganancias: amortizaciones y provisiones</i>	52
2.	<i>La organización</i>	53
3.	<i>Los contratos</i>	54
A.	<i>Instantáneos</i>	55
B.	<i>De tracto sucesivo</i>	56
4.	<i>La clientela y el aviamiento</i>	58
5.	<i>La fuerza de trabajo</i>	61
IV.	<i>RECAPITULACIÓN Y PLANTEAMIENTOS DE FUTURO</i>	61

CAPÍTULO II

LOS REMEDIOS TRADICIONALES ANTE LA INADECUACIÓN DEL OBJETO

I.	<i>CUESTIONES PRELIMINARES</i>	63
II.	<i>EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN</i>	66
1.	<i>Aspectos de su regulación</i>	67
A.	<i>En general</i>	67
B.	<i>En relación con la compraventa de empresa</i>	69
a.	<i>El mayor valor de la empresa como cosa eviccionada</i>	69
b.	<i>Los pactos sobre la evicción</i>	70
c.	<i>La evicción parcial</i>	71
2.	<i>El art. 1532 CC: Interpretación funcional del criterio de la «mayor parte»</i>	72
3.	<i>Improbabilidad real y presencia contractual</i>	73
A.	<i>Prohibiciones de disponer</i>	74
B.	<i>¿Fundamento de la prohibición de competencia?</i>	74
C.	<i>Distinción de figuras afines. Licitud de la venta de cosa ajena</i>	75
III.	<i>EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS</i>	76
1.	<i>Los vicios jurídicos: distinción entre el art. 1483 CC y el § 435 BGB</i>	78
2.	<i>Los vicios físicos: comparativa entre el art. 1484 CC y el § 434 BGB</i>	82
A.	<i>El necesario carácter oculto</i>	85
a.	<i>La parte adquirente como perito</i>	86
b.	<i>La concurrencia de un proceso de Due Diligence</i>	87
B.	<i>El requisito de la preexistencia</i>	89
C.	<i>La gravedad del vicio</i>	90
a.	<i>En concurrencia de pacto o indicaciones contractuales</i>	91
b.	<i>En relación con el uso al que se destina</i>	92
3.	<i>Estipulación contraria en las Manifestaciones y Garantías al amparo del art. 1485 CC...</i>	93

4.	La concurrencia de dolo	94
IV.	EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	95
1.	Del comprador	96
2.	Del vendedor	98
A.	<i>En general</i>	99
B.	<i>¿Por entrega de aliud pro alio?</i>	99
a.	<i>El problema del plazo del art. 1490 CC: ¿la búsqueda de justicia material?</i>	102
b.	<i>Consideración respecto de la calidad de la cosa</i>	103
c.	<i>Consideración respecto de los riesgos del negocio</i>	105
d.	<i>Consideración respecto de la naturaleza de la patología</i>	107
e.	<i>Cuestión práctica: la dificultad e inoperancia de la reversión</i>	108
3.	El ámbito de la indemnización	109
A.	<i>Interés contractual negativo y positivo: el lucro cesante</i>	109
B.	<i>El daño moral</i>	111
a.	<i>La interpretación conjunta de los arts. 1106 y 1107 CC</i>	112
b.	<i>El carácter restrictivo del § 253 BGB</i>	117
V.	LA CULPA IN CONTRAHENDO	117
1.	Naturaleza jurídica	118
A.	<i>Las implicaciones para la compraventa de empresa</i>	119
a.	<i>El plazo de prescripción</i>	120
b.	<i>La carga de la prueba</i>	120
c.	<i>La cuantía de indemnización</i>	121
B.	<i>En Derecho alemán</i>	121
a.	<i>La configuración de Rudolf v. Jbering</i>	122
b.	<i>Evolución de la jurisprudencia alemana con anterioridad a la Reforma del D. de Obligaciones de 2002: el carácter estricto del ilícito civil del § 823 BGB</i>	123
c.	<i>El nuevo § 311 BGB</i>	124
C.	<i>En Derecho español</i>	124
a.	<i>La opinión doctrinal mayoritaria</i>	126
b.	<i>Revisión crítica de la naturaleza jurídica</i>	126
i.	<i>Comparativa entre el art. 1258 CC y el § 242 BGB</i>	127
ii.	<i>Reconsideración de la cláusula quod nullum est, nullum effectum producit</i> ..	129
iii.	<i>Los plazos de ejercicio</i>	130
iv.	<i>La extensión analógica a partir de determinados preceptos</i>	133
2.	Obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a culpa in contrahendo	134
3.	Compatibilidad de la culpa in contrahendo con otros remedios	136
VI.	LA ANULABILIDAD POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO	138
1.	La anulabilidad por dolo	141
A.	<i>Beneficio del uso: criterios subjetivo y objetivo</i>	142
B.	<i>Gravedad</i>	143
C.	<i>No uso por la parte que lo sufre</i>	143
2.	La anulabilidad por error	144
A.	<i>La esencialidad</i>	145
a.	<i>En atención al valor económico</i>	145
b.	<i>En atención a la funcionalidad en la empresa</i>	146
B.	<i>La excusabilidad</i>	147
a.	<i>El carácter de perito de la adquirente</i>	148
b.	<i>El criterio de la confianza</i>	149
C.	<i>La reticencia informativa: La fina línea divisoria entre el dolo y el error</i>	150
D.	<i>Consideración en Derecho alemán: los §§ 119 y 122 BGB</i>	151

3.	Distinción de la nulidad, improbabilidad de acontecimiento	152
VII.	CRITERIOS HERMENÉUTICOS COMUNES DE ÍNDOLE ECONÓMICA	153
1.	Perspectiva general: los costes de transacción	156
A.	<i>El criterio del coste de soportar el riesgo. Especial referencia a la asimetría de los costes de adquirir la información</i>	157
B.	<i>El criterio de la información como bien intangible</i>	158
C.	<i>La llamada safety information</i>	158
2.	En el contrato de compraventa de empresa: ¿Un camino intermedio entre el <i>caveat emptor</i> y la <i>duty to disclose</i> ?	159
A.	<i>El conocimiento y la diligencia de las partes</i>	160
a.	<i>La utilización de asesoría</i>	161
b.	<i>La habitualidad en la actividad</i>	162
c.	<i>Los Private Equity Funds</i>	162
B.	<i>El tamaño</i>	163
a.	<i>De las partes contratantes</i>	163
b.	<i>De la empresa adquirida</i>	164
C.	<i>Filling gaps: La Due Diligence</i>	165
VIII.	RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES RESPECTO DE LA INTERRELACIÓN DE REMEDIOS	166

CAPÍTULO III

LAS MODERNAS TÉCNICAS CONTRACTUALES PARA
LA PREVENCIÓN DE LA INADECUACIÓN DEL OBJETO

I.	PLANTEAMIENTO	169
II.	LA <i>DUE DILIGENCE</i>	170
1.	Pasado, presente y futuro	172
2.	Tipos de <i>Due Diligence</i>	173
A.	<i>Financiera</i>	174
B.	<i>Legal</i>	175
C.	<i>Fiscal</i>	176
D.	<i>Comercial</i>	176
E.	<i>Medioambiental</i>	177
F.	<i>Otros tipos</i>	178
3.	Proceso de <i>Due Diligence</i>	179
A.	<i>Letter of intent: ¿Precontrato?</i>	180
B.	<i>Due Diligence</i> propiamente dicha	182
C.	<i>Closing</i>	185
4.	Sectores a auditar en la <i>Financial, Legal y Tax Due Diligence</i>	187
A.	<i>Derecho Mercantil</i>	187
a.	<i>Derecho Societario</i>	188
b.	<i>Derecho Contractual</i>	189
B.	<i>Derecho Fiscal</i>	189
C.	<i>Estados Contables</i>	190
D.	<i>Derecho Laboral</i>	190
E.	<i>Derecho Procesal</i>	191
F.	<i>Derecho Administrativo</i>	192
G.	<i>Derecho Internacional Privado</i>	192
H.	<i>Derecho de la Competencia</i>	193
5.	Funcionalidad de la <i>Due Diligence</i>	194
A.	<i>Para el comprador</i>	194

a.	<i>Determinación del precio</i>	195
b.	<i>Estándar de garantía</i>	195
c.	<i>Prueba en juicio</i>	196
B.	<i>Para el vendedor</i>	196
a.	<i>Diferenciación entre la Vendor y la Buyer Due Diligence</i>	197
b.	<i>Información</i>	197
c.	<i>Mejor capacidad de negociación</i>	198
d.	<i>Especial referencia a los Private Equity Funds y a sus implicaciones</i>	198
III.	LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS	199
1.	Cláusulas absolutas	201
2.	Cláusulas relativas	202
A.	<i>Contenido</i>	202
B.	<i>Límites</i>	202
a.	<i>Temporal</i>	202
b.	<i>Cuantitativo</i>	203
IV.	COMPATIBILIDAD ENTRE <i>DUE DILIGENCE</i> Y MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS	204
V.	PROTECCIÓN FRENTE A CONTINGENCIAS EXTERNAS: LAS CLÁUSULAS <i>MAC</i>	205
VI.	RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES	207

CONCLUSIONES

I.	SOBRE EL OBJETO DE LA COMPRAVENTA DE EMPRESA	209
II.	SOBRE LOS REMEDIOS TRADICIONALES ANTE LA INADECUACIÓN DEL OBJETO	211
III.	SOBRE LAS MODERNAS PRÁCTICAS CONTRACTUALES EN LA COMPRAVENTA DE EMPRESA. ...	216
	BIBLIOGRAFÍA	219
	JURISPRUDENCIA	231