



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2011/34

Enero 2011

**TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS EN LA COMPRAVENTA DE EMPRESA EN EL MARCO DE
LA CRISIS**

María Rosa Tapia Sánchez

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93

E-mail: rosa.tapia@urjc.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

Copyright © 2011 Por el autor

TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS EN LA COMPRAVENTA DE EMPRESA EN EL MARCO DE LA CRISIS¹

(TRANSFER OF CREDITS AND DEBTS IN CASE OF SALE OF THE COMPANY IN THE COURSE OF THE CRISIS)

MARÍA ROSA TAPIA SÁNCHEZ
PROFESORA CONTRATADO DOCTOR
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Resumen: Este trabajo defiende la necesidad de aprobar en España una regulación específica para el contrato de compraventa de empresa, con la que se permitiría conciliar los intereses de las partes (empresario transmisor y adquirente) y de terceros (acreedores), no sólo en relación a las modificaciones estructurales de sociedades, sino también en relación a cualquier transmisión de bloques patrimoniales empresariales. En particular, serviría para solventar muchos de los problemas planteados en la transmisión de empresas en concurso o en fase liquidatoria. Podría asimismo servir para complementar la escasa regulación existente en relación a la transmisión de empresa como contenido de un convenio concursal.

Palabras clave: Atipicidad; Transmisión de empresa; Cesión automática de relaciones jurídicas; Cesión de créditos; Asunción de deudas; Cesión de contratos.

Abstract: This paper argues the need to adopt specific regulations in Spain on business sale agreement, which would reconcile the interests of the parties (employer transmitter and acquirer) and third (creditors), not only in relation to structural changes in society but also in relation to any transfer of corporate equity blocks. In particular, would help solve many of the problems in transmission of the business in a state of insolvency or liquidation. It could also serve to supplement the limited existing regulation regarding the transfer of an undertaking as the content of an agreement insolvency.

Keywords: Transmission business; Automatic transfer of legal relationships; Assignment; Assumption of debt; Assignment of contracts.

¹ Texto de la intervención presentada en el VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, celebrado entre los días 27 y 30 de septiembre de 2010 en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS EN LA COMPRAVENTA DE EMPRESA EN EL MARCO DE LA CRISIS

MARÍA ROSA TAPIA SÁNCHEZ
PROFESORA CONTRATADO DOCTOR
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

SUMARIO:

I.- ATIPICIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA Y LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN URGENTE	4
II.- LA CESIÓN AUTOMÁTICA DE RELACIONES JURÍDICAS EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA POR COMPRAVENTA: UNA SOLUCIÓN INVIABLE EN LA PRÁCTICA.....	7
III.- LA PROBLEMÁTICA ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE RELACIONES JURÍDICAS AL NUEVO EMPRESARIO DESDE LAS NORMAS GENERALES DEL DERECHO PRIVADO.	11
A.- CESIÓN DE CRÉDITOS.....	11
1) <i>Efectos de la cesión del crédito frente al deudor</i>	13
2) <i>Relaciones entre empresario cedente y empresario cesionario</i>	14
3) <i>Excepciones del deudor contra el empresario cesionario</i>	16
4) <i>Cesión de créditos litigiosos relativos al negocio</i>	17
5) <i>El supuesto de subrogación en los créditos</i>	18
B.- ASUNCIÓN DE DEUDAS	19
1) <i>Asunción liberatoria de la deuda</i>	20
2) <i>Asunción cumulativa de la deuda</i>	22
C.- CESIÓN DE CONTRATOS.....	23
1) <i>LA EXIGENCIA DE CONSENTIMIENTO DEL CONTRATANTE CEDIDO</i>	26
2) <i>Excepciones a la exigencia de consentimiento del contratante cedido</i> ..	27
IV.- BIBLIOGRAFÍA.....	31

I.- ATIPICIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA Y LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN URGENTE

Como es sabido, el contrato de compraventa de empresa carece de una regulación específica en el derecho positivo español, lo que le convierte en un contrato atípico en nuestro ordenamiento². Se trata, sin embargo de una atipicidad especial, en tanto que deriva de la propia naturaleza del objeto transmitido, que es la *empresa en su conjunto*, es decir, supone la transmisión en forma unitaria de todo un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales, de tal forma que se mantenga la organización propia de la empresa y no se vea interrumpida su actividad económica³. Es necesario que en la transmisión de la empresa, la voluntad de las partes tenga presente esta unidad del objeto que constituye la empresa en su sentido objetivo y que comprende la causa única del contrato de compraventa de empresa⁴.

La atipicidad del contrato derivada de la naturaleza del objeto transmitido se manifiesta, no sólo por la heterogeneidad de los elementos que componen la empresa y por la naturaleza dinámica de ésta, sino además, por el tipo de obligaciones que nacen para las partes, en especial para el vendedor. Éste queda obligado, en virtud del contrato de compraventa de empresa a realizar, no sólo las *típicas prestaciones* de entrega de la cosa vendida y saneamiento, sino

² Como afirma DIEZ-PICAZO, L., el concepto de tipicidad resulta de la realidad legislativa de cada momento *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tº I (Introducción y Teoría del Contrato), Madrid, Civitas, 1993, pág. 56.

³ Señala MARTÍN REYES, M. A., en relación al usufructo de empresa, “la atipicidad de los negocios traslativos de empresa resulta de la propia naturaleza del objeto transmitido, frente a la regulación positiva que es directamente aplicable a otros objetos de derecho. *El usufructo de la empresa*. Pamplona, 1999, pág. 57. También en este sentido, HERNANDO CEBRIÀ, L., *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades*. Valencia, 2005, pág. 363 y ss.

⁴ Así, señala SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “que el contrato está dominado por una causa única tendente precisamente a la adquisición del negocio o, si se quiere, de la empresa en su sentido objetivo” y señala la STS de 12 junio de 1990 (RJ 1990, 4755) en la que se declara que “aún cuando la venta de empresa forma un contrato único, tiene la autonomía propia que les confiere la específica y peculiar naturaleza jurídica de todo contrato de transmisión de una empresa con los diversos elementos reales (bienes muebles, inmuebles, mercaderías) y obligaciones (créditos y deudas) que integran su activo y su pasivo”. En *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. I, Navarra, Aranzadi, 2010, pág. 279.

además otras que suponen una *serie de conductas activas* (obligaciones de información y asistencia al nuevo empresario) y pasivas (obligación de confidencialidad y no competencia), cuyo contenido no está legalmente determinado, pero cuyo cumplimiento es esencial para que la entrega de la empresa pueda tener lugar.

La especialidad del objeto que se transmite debería ser motivo suficiente para que el contrato de compraventa de empresa contase con una regulación específica en nuestro Derecho positivo. Sin embargo, la compraventa de empresa sigue siendo un contrato atípico. La atipicidad del negocio jurídico, que se manifiesta en la ausencia de una regulación de conjunto del contrato de compraventa de empresa, ha obligado a aplicar *la normativa particular que regula la transmisión de cada uno de los elementos de la empresa*, lo que en ocasiones plantea problemas de coordinación entre normas, dada la gran diversidad de elementos que integran la empresa y las distintas formalidades que se exigen para la tradición de cada uno de ellos. La obligación de entrega en la compraventa de empresa se configura por lo tanto, conforme a la “*Teoría de la unidad de título y de la diversidad de modos de transmisión*”⁵, según la cual, la ejecución de este negocio único exige, sin embargo, una transmisión de forma disgregada de cada uno de los elementos que la integran, atendiendo al particular régimen jurídico de transmisión de los diversos elementos que componen la empresa⁶.

⁵ Al respecto véase TAPIA SÁNCHEZ, M.R. “La compraventa de empresa”, *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de Sociedades* (Dir. por Beneyto Pérez y Largo Gil), Barcelona, 2010, pág. 280 y ss.

⁶ HERNANDO CEBRIÀ, L. (2005), pág. 365. Afirma BROSETA PONT, M. que “un único negocio (compraventa, arrendamiento, etc...) servirá para crear la obligación de transmitir todos y cada uno de sus elementos esenciales y, además, cada uno de ellos según su especial ley de circulación”. En “La transmisión de la empresa. Compraventa y arrendamiento”, *RDM*, 1968, pág. 68. También en esta línea, GIRÓN TENA, J. quien señala dos momentos en la transmisión de la empresa, uno de coordinación y otro de disgregación que vienen exigidos por la diversidad de técnicas, las que, a su vez, son pedidas por la variedad del objeto. Así se opera cuando se trata de la transmisión de la Empresa: se conviene primeramente en acto unitario la transmisión del bien empresa, y luego éste, para su ejecución, se disgrega en función de la variedad múltiple de naturaleza jurídica de todos estos bienes y relaciones que en la empresa existen”, en “Sobre las características generales desde los puntos de vista jurídico y

La ausencia de un régimen específico sobre transmisión de derechos y obligaciones en la compraventa, junto con la necesidad de dar protección a los terceros obliga a seguir acudiendo a la aplicación de las normas de Derecho Privado. Pese a ello, la solución a esta cuestión no resulta sencilla puesto que, si bien el Derecho Privado tiende a garantizar la protección de los intereses de terceros y de las partes (normas Código Civil sobre cesión de créditos; el art. 44 Estatuto de los Trabajadores, etc...), estas normas no tienen en cuenta los intereses del tráfico económico, ni los intereses empresariales o societarios.

La entrada en vigor de la “Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” (en adelante LME), hubiera sido una buena oportunidad para tipificar el contrato de compraventa de empresa en nuestro ordenamiento, dotándole de un régimen jurídico propio, que posibilitara la entrega efectiva de la empresa en forma unitaria, sin necesidad de acudir al régimen de transmisión de cada uno de los elementos que la integran. Ahora bien, la inclusión de la compraventa de empresa hubiera exigido que la Ley adoptara un ámbito objetivo más amplio, referido a las adquisiciones de empresa, abarcando de esta manera, otras operaciones que se sitúan al margen de las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, como la compraventa y la sucesión en la empresa familiar. Otra posibilidad que nos ofrece el derecho italiano consiste en introducir en el régimen general de la empresa algunas normas esenciales relativas a la transmisión de empresas, como las referidas a la obligación de no competencia a cargo del empresario vendedor⁷; o las especialidades que la cesión de relaciones jurídicas plantea en relación al régimen general.

conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pág. 301.

⁷ Es el caso del artículo 2557 del Codice Civile italiano de 1942 en relación a la obligación de no competencia a cargo del empresario vendedor, quien deberá abstenerse por un período de cinco años desde la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por el objeto, la ubicación u otras circunstancias, sea idónea para desviar la clientela de la empresa cedida.

Una normativa específica sobre la transmisión de empresa hubiera permitido la conciliación de los intereses de las partes (empresario transmisor y adquirente) y de terceros (acreedores, trabajadores con los intereses del tráfico económico y empresarial), necesidad que se aprecia, no sólo en relación a las modificaciones estructurales de las sociedades, sino también en relación a cualquier transmisión de bloques patrimoniales empresariales⁸. En particular, la existencia en España de un régimen específico para la compraventa de empresa serviría para solventar muchos de los problemas planteados en relación al supuesto de transmisión de la empresa en situación de concurso o en fase de liquidación⁹; sin perjuicio de la eventual función integradora que dicha normativa podría cumplir en relación al supuesto de transmisión de empresa como contenido del convenio concursal, dada la escasa regulación que este instituto tiene en la vigente Ley Concursal¹⁰

II.- LA CESIÓN AUTOMÁTICA DE RELACIONES JURÍDICAS EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA POR COMPRAVENTA: UNA SOLUCIÓN INVIABLE EN LA PRÁCTICA

Los mayores problemas de inadecuación de las normas generales del Derecho Privado a esta compleja operación se van a manifestar, no en relación a

⁸ Así, como advierte ALONSO LEDESMA, C. en relación a las llamadas “modificaciones estructurales atípicas”, casi siempre incluidas bajo la rúbrica de -fusiones impropias-, “existe necesidad de una regulación especial cuando se procede a la transmisión de bloques patrimoniales de la sociedad a terceros o a favor de algunos socios, con independencia de cual sea el mecanismo jurídico que lo instrumente”. O dicho en otros términos, “la tutela de los intereses que potencialmente pueden verse afectados por una decisión de esta índole (minorías, acreedores,...) exigirían de un tratamiento adecuado, cualquiera que fuera la finalidad perseguida y la vía utilizada para proceder a la transmisión”. Voz “Modificación estructural”, Diccionario de Derecho de Sociedades (Dirg. Alonso Ledesma, C.), Madrid, 2006, pág. 780 y ss.

⁹ Sobre las distintas vías de transmisión de la empresa o de unidades productivas en el seno del procedimiento concursal véase, ALONSO LEDESMA, C. “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de Sociedades* (Dir. por Beneyto Pérez y Largo Gil), Barcelona, 2010, pág. 569 y ss.

¹⁰ Al respecto, advierte ALONSO LEDESMA, C. (2010) sobre la necesidad de complementar o integrar la escasa normativa contenida en la ley Concursal sobre transmisión de empresa como contenido del convenio concursal, con la normativa general de la compraventa. Pág. 580 y ss.

la entrega de los elementos materiales e inmateriales de la empresa, sino en la transmisión de los derechos y obligaciones del empresario transmisor al empresario adquirente. En el momento de transmitirse la empresa resulta esencial determinar si dicha transmisión conlleva necesariamente la cesión automática de los derechos y obligaciones inherentes a la empresa al nuevo empresario, lo que comprende tanto la cesión de créditos, deudas y contratos pendientes de ejecución, conforme al carácter unitario de la operación derivado de la presunción de destino común de todos los elementos.

La solución a esta cuestión no se manifiesta sencilla, ya que además de tratar con el debido respeto los intereses de los terceros, deberá tener en cuenta los de las partes, y permitir que pueda llevarse a efecto la transmisión del negocio sin que se deshaga la organización existente¹¹. En todo caso, cuando la transmisión de los derechos u obligaciones al empresario comprador pueda afectar a los legítimos intereses de los terceros, (p. ej. en caso de asunción de deudas o la cesión de los contratos de trabajo) deberán siempre contemplarse las oportunas garantías para la protección de los terceros implicados. Y por lo que respecta a los intereses de las partes, si bien es verdad, que conforme al sistema de cesión automática, los créditos y las deudas derivados de la actividad económica podrían, en todo caso, ser excluidos mediante pacto expreso entre las partes, no parece que la cesión automática de deudas sea la solución que mejor protege los intereses del nuevo empresario, que adquiere de buena fe la empresa, pues plantea problemas de prueba respecto del conocimiento por éste de las deudas de la empresa generadas con anterioridad a su adquisición.

La cesión automática de relaciones jurídicas es la solución prevista por la LME para algunas modificaciones estructurales (fusión ex art. 22 LME, fusiones especiales ex art.49, 52 y 53 LME, la cesión global de activo y pasivo del art. 81, la escisión ex art. 69 LME, y la segregación ex art. 71 LME). En estas modificaciones estructurales, la cesión de créditos y deudas se produce de

¹¹ SANCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010), pág. 279.

forma automática al considerarse que, a falta de pacto en contrario entre las partes, existe una voluntad tácita de transmitir todo el conjunto, incluidos créditos y deudas.

La falta de un régimen específico para la enajenación de empresa alentó, entre nuestra doctrina, posiciones a favor de la *aplicación analógica* del régimen de cesión de derechos y obligaciones previsto para los supuestos de modificaciones estructurales de las sociedades (transformación, fusión, escisión), al considerar que en ellos se produce una especie de “*venta indirecta de la empresa*”¹².

Ahora bien, quienes defienden la aplicación analógica del régimen de cesión automática previsto en la LME no tienen en cuenta la conexión que la LME establece entre la cesión automática de derechos y obligaciones y el particular régimen de protección y responsabilidad frente a terceros (acreedores cedidos) que establece la LME. La protección de los terceros se alcanza en las modificaciones estructurales reguladas en la ley, bien a través de un régimen especial de extensión de la *responsabilidad personal de los socios* por deudas anteriores al proceso de transformación y fusión (art. 21 y 48 LME); a través de un régimen de *responsabilidad solidaria* entre las sociedades escindidas (art. 91 LME); o a través de otras *técnicas de tutela*, como el derecho de oposición de los acreedores en la fusión (art. 44 LME), o también en los supuestos de fusión o

¹² ROCA-SASTRE MUNCUNILL “La vida jurídica de la empresa individual”, *RDN*, 1980, pág. 145 y ss; PÉREZ DE LA CRUZ “Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes”, *RDM*, nº 134, 1974, pág. 528 y ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, “La venta de la empresa: principales problemas que plantea”, *AAMN*, 1981, pág. 322 y ss. También HERNANDO CEBRIÁ, L. (2005), quien siguiendo la línea apuntada por estos autores manifiesta que “...a falta de acuerdo expreso de las partes, su voluntad en la relación interna para la cesión de los créditos y la delegación de las deudas determina la de asunción por el comprador de todas las relaciones jurídicas y de hecho del anterior titular. La presunción favorable a la transmisión resulta, por tanto, de la continuación de la actividad bajo el mismo nombre comercial...”. También en otros términos manifiesta el autor que “... cuando de la interpretación sistemática del contrato y en atención a los criterios anteriormente apuntados resulte la voluntad común de transmitir todo el conjunto, se ha concluir que el silencio de las partes sobre el destino de créditos y deudas no determina la nulidad del contrato, sino una presunción favorable a su inclusión”. Pág. 388 y 389.

escisión indirecta, con el deber de compensación a la sociedad no interviniente, pero que sufre un perjuicio patrimonial (art. 52 LME).

De admitirse la cesión automática de derechos y obligaciones en la transmisión *inter vivos* de empresa se plantearía el problema de determinar cuál de las técnicas de tutela de terceros (acreedores de la empresa, contratantes) habría de aplicarse, pues no es fácil considerar también aplicable por vía analógica un régimen de responsabilidad solidaria del empresario vendedor junto con el comprador durante un cierto tiempo o un deber de compensación por parte del empresario transmisor, que venga a acompañar a la cesión automática de todos los derechos y obligaciones, tal y como está previsto respecto de las modificaciones estructurales que regula la LME.

En definitiva, no parece posible la aplicación analógica de esta solución a la transmisión de empresa por compraventa, ya que falta una identidad de razón entre los mencionados supuestos de modificaciones estructurales y el de compraventa de empresa de forma directa. Mientras que este último supone un cambio real y efectivo en la titularidad de la empresa; en las modificaciones estructurales no desaparece por completo la personalidad jurídica de la primitiva sociedad que continúa subsistiendo, ya sea en su totalidad o en parte, bajo una forma nueva. Así, para los acreedores de la sociedad transformada el hecho de la transformación no supone novación alguna. Por otro lado, los regímenes de responsabilidad solidaria previstos en la LME son de difícil extrapolación a la transmisión por compraventa de la empresa, a falta de una norma expresa en la que se prevea dicha aplicación analógica.

Seguimos obligados, por lo tanto, a seguir aplicando las normas generales del Código Civil a la transmisión de empresa, pues parece que es ésta la solución que mejor protege por el momento, tanto los intereses de los acreedores del empresario transmitente -de no perder como garantía de sus propios créditos el negocio que se transmite-, como los intereses de las partes contratantes; y todo ello a pesar de que la aplicación del Derecho privado

general no tiene en cuenta los intereses del tráfico económico ni los propios de la empresa. A continuación veremos la forma en que se produce la adecuación de esta normativa general del Derecho privado al supuesto de transmisión de empresa y los problemas que plantea.

III.- LA PROBLEMÁTICA ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE RELACIONES JURÍDICAS AL NUEVO EMPRESARIO DESDE LAS NORMAS GENERALES DEL DERECHO PRIVADO.

A.- CESIÓN DE CRÉDITOS

La cesión de los créditos relativos al negocio implica la transmisión por parte del empresario vendedor o cedente de la titularidad de sus derechos de crédito al empresario comprador o cesionario como consecuencia de la operación de compraventa. El deudor cedido, que podría ser un cliente u otra empresa que adeuda cantidades al empresario transmisor, no es parte en el negocio de cesión, por lo que no será preciso su consentimiento para que dicha cesión se produzca, bastando únicamente el consentimiento de empresario cedente y empresario cesionario.

El objeto de la cesión es todo crédito que sea transmisible¹³, y relativo al negocio; es decir sólo los realizados por el empresario en el ejercicio de la actividad económica propia de la organización empresarial, y que adquieren, por dicho motivo, carácter *intuitu instrumenti*, en contraposición a los créditos *intuitu personae*. Precisamente este carácter *intuitu instrumenti* ha sido utilizado por la doctrina para considerarlos automáticamente cedidos junto con la empresa¹⁴, sin atender a otros intereses.

¹³ Conforme al art. 1112 C.Civ., “la regla general es la cedibilidad de los créditos, excepto cuando la ley o las partes dispusieren lo contrario. En este último supuesto existirá una incredibilidad convencional, que será oponible por el deudor cedido al cesionario, siempre que ésta la conociese, en otras palabras, que fuese de mala fe, cuya prueba corresponderá a aquel deudor”. DIEZ-PICAZO, L., (2008), pág. 978; DIEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A. (2001), pág. 237.

¹⁴ PÉREZ DE LA CRUZ (1974), pág. 528; MARTÍN REYES, M.A., (1999), pág. 109; HERNANDO CEBRIÁ (2005), pág. 387 y ss.

En la configuración del régimen jurídico aplicable, puesto que la cesión del crédito se produce como consecuencia del negocio jurídico de compraventa de empresa, habrán de entrar en función las normas jurídicas relativas a la compraventa (art. 325 y ss. CCm. y art. 1445 y ss. CC) junto con los preceptos relativos al régimen jurídico de la novación (art. 1203 y ss. CC). Con carácter general, con la cesión de los créditos al empresario adquirente tiene lugar una *novación modificativa* de la relación obligatoria, ya que no se produce la extinción de la relación obligatoria primitiva entre empresario cedente y el deudor cedido, sino que por el contrario, dicha relación obligatoria se mantiene, aunque con una modificación en cuanto a la persona del acreedor¹⁵.

Como ocurre en toda novación modificativa, al producirse la cesión del crédito al nuevo empresario, pese al cambio de acreedor, van a *subsistir todas las prestaciones accesorias* derivadas de la relación obligatoria principal, salvo que las partes expresamente excluyan de la cesión alguna garantía o prestación accesorias¹⁶. Sería el caso, por ejemplo, de que las partes acuerden la no transmisión de la hipoteca o de la fianza que garantiza el crédito cedido, que al ser accesorias del crédito quedaría extinguida. Tampoco la cesión del crédito comprenderá la de todos sus derechos accesorios, cuando la situación del deudor cedido resulte agravada como consecuencia del cambio de acreedor, aunque esta última situación resulta difícilmente imaginable en el supuesto de transmisión de empresa, pues al deudor le resulta indiferente quién sea la persona del acreedor.

¹⁵ Por el contrario, en la “novación extintiva” se produce la extinción de una obligación mediante la creación de una nueva destinada a reemplazarla. Para que la extinción se produzca es necesario, o bien una expresa cláusula derogatoria o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas obligaciones, conforme al art. 1204 CC. La jurisprudencia viene reconociendo que existe esta incompatibilidad sólo si se altera el objeto o las condiciones esenciales de la obligación. DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tº II, (Las relaciones obligatorias), Civitas, Madrid, 2008 pág. 964; DIEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II (El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual), Madrid, Tecnos, 2001, pág. 234 y ss.

¹⁶ Véase art. 1528 C. Civ.

Por lo que se refiere a la forma de la cesión de créditos, el C.Civ. no exige una forma determinada, por lo que debe entenderse que impera el principio general de la libertad de forma. Ahora bien, la forma empleada en la cesión de créditos relativos al negocio vendrá determinada por la que se utilice en el negocio de compraventa de empresa. Por lo tanto, cuando la transmisión de la empresa se documente en escritura pública a la que se añada un inventario de los bienes de la empresa, éste deberá hacer mención expresa de los créditos cedidos al nuevo empresario. De lo contrario, cabría presumir que los créditos no se han transmitido junto a los demás elementos de la empresa. Sin embargo, en el caso de que no se adjunte un inventario de bienes al contrato de compraventa, resulta más apropiado entender cedidos igualmente los créditos relativos al negocio, ya que la voluntad de las partes de enajenar el negocio como un todo hace presumir que también se han querido transmitir los créditos relativos al mismo. Esta solución difiere, como veremos más adelante, para el caso de transmisión de deudas, donde es necesario que exista acuerdo manifiesto (expreso o tácito) de las partes, no pudiendo deducirse la existencia de consentimiento de una presunción.

1) EFECTOS DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO FRENTE AL DEUDOR

El procedimiento normal para que el deudor cedido tenga conocimiento de la cesión es la notificación de la misma. El acreedor podrá transferir el crédito sin consentimiento del deudor cedido, bastando poner en su conocimiento la transferencia (art. 347 C. Com.). En consecuencia, si no se produce la notificación, el deudor cedido quedaría libre de su obligación realizando el pago al empresario transmitente que es el sujeto con quien contrajo la obligación de pagar¹⁷. Sin embargo, una vez que se le ha notificado la cesión del crédito, el

¹⁷ Al respecto PANTALEÓN PRIETO, F. considera que la regla recogida en el art. 1527 C. Civ. Es similar a la del art. 1164 C.Civ., de manera que la liberación del deudor, no obstante no pagar a quien legítimamente es el acreedor, descansa sobre la protección del interés del deudor y de su confianza en la apariencia jurídica. En "Cesión de créditos", *ADC*, 1988, pág. 969 y ss., DIEZ-PICAZO, L. (2008), pág. 981.

deudor cedido queda obligado con el nuevo empresario y únicamente pagando a éste podrá liberarse de su obligación (art. 1527 C. Civ.).

No obstante, siempre será carga del deudor cedido comprobar que el nuevo empresario que le exige el crédito es el verdadero titular y que al pagar a éste lo hace válidamente. La necesidad de prueba podría justificar, por lo tanto, que el deudor cedido condicionara el pago de su deuda al nuevo empresario al hecho de que éste le aporte algún documento que justifique su titularidad del crédito, como puede ser el documento de la compraventa con el inventario de la empresa en el que se incluye el crédito cedido.

Esta necesidad de prueba decae cuando es el propio empresario cedente quien notifica al deudor cedido la cesión de su crédito. La apariencia jurídica que crea la notificación del empresario vendedor bastaría para que el deudor quedase liberado con el pago a la persona indicada por el empresario cedente en su notificación, aunque ese pago hubiese sido realizado a quien no es legítimamente acreedor.

2) RELACIONES ENTRE EMPRESARIO CEDENTE Y EMPRESARIO CESIONARIO

El empresario cedente deberá responder frente al cesionario tanto por la existencia y legitimidad de los créditos cedidos, como por la solvencia de los deudores. En relación al primer aspecto, los arts. 1529 C. Civ. y 348 C.Com. hacen responsable al cedente de la legitimidad del crédito. Dicha garantía podría concretarse no sólo en el hecho de que el crédito pertenezca al empresario cedente y lo pueda transmitir, sino también en el hecho de que el crédito haya sido constituido válidamente y no adolezca de vicios que lo puedan destruir (p. eje. Si el contrato del que surge es anulado o rescindido). La inexistencia o

ilegitimidad del crédito podría determinar la nulidad de la cesión misma por falta de los presupuestos objetivos del negocio de cesión del crédito¹⁸.

Como excepción, la responsabilidad del empresario cedente cesa cuando el crédito “se haya vendido como dudoso” *ex art. 1529 C.Civ.*, para lo cual es preciso que éste haya advertido al empresario cesionario de los riesgos que podría correr la existencia y legitimidad del crédito. Entendemos que un crédito es “dudoso” cuando en el momento de la cesión existe incertidumbre respecto a su existencia y validez en el futuro, de tal manera que, al llegar su vencimiento puede que el crédito, o bien no exista, o bien no pueda hacerse exigible al deudor. Si el empresario comprador tiene conocimiento de esta circunstancia, ello eximiría al vendedor de responder por la existencia y legitimidad de dicho crédito, lo cual también hallaría reflejo en la fijación final del precio.

Por la insolvencia del deudor responde el empresario cedente, únicamente, cuando se haya pactado expresamente o en los casos en que la insolvencia fuese anterior y pública (art. 1530 C. Civ.). Puesto que la insolvencia del deudor no es, de ninguna manera, un defecto oculto del crédito que se cede, sólo existirá obligación de garantía por el cedente si las partes voluntariamente lo pacten.

Ahora bien, en los casos en que la insolvencia fuese anterior y pública, la responsabilidad del cedente tendría como causa la falta de un deber de información al cesionario, aunque bien es verdad que si la insolvencia es “pública” también puede interpretarse en el sentido de que el cesionario no necesita ser informado¹⁹. Podría, no obstante, darse el supuesto de que la insolvencia fuese manifiesta y pública en el sector de la actividad económica de

¹⁸ Señala DIEZ-PICAZO, L. (2008) que la inexistencia del crédito y su falta de legitimidad podría determinar “una nulidad de la cesión por falta de los presupuestos objetivos del negocio de cesión”, pág. 983.

¹⁹ Véase al respecto las diferentes posturas doctrinales que sistematiza al respecto GIL RODRIGUEZ, J. *Garantías por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*. Madrid, 1989.

la empresa, pero el empresario comprador la desconociese por haber ejercitado su actividad anterior en zona distinta. En estos supuestos, la existencia de buena fe o mala fe por parte del cedente juega un papel esencial en la interpretación del precepto ya que, como oportunamente señala el art. 1529 *in fine* C.Civ., si “el vendedor es de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios”.

3) EXCEPCIONES DEL DEUDOR CONTRA EL EMPRESARIO CESIONARIO

El deudor cedido puede oponer al empresario comprador todas las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo empresario acreedor. Así, en el supuesto de que el crédito derive de un contrato bilateral entre el primitivo empresario y el deudor, éste podrá oponer al nuevo empresario las excepciones que deriven de su contrato (p. ej. la del incumplimiento del anterior empresario o cumplimiento defectuoso si el empresario vendedor cede el crédito antes de entregar la mercancía, prescripción de la deuda, falta de vencimiento de la misma, etc...).

Incluso podría, eventualmente, el deudor cedido oponer contra el nuevo empresario la excepción de compensación de las deudas que tuviese contra el empresario vendedor con anterioridad a la cesión del crédito (o más concretamente, al conocimiento o notificación de la cesión), siempre y cuando el deudor no hubiera consentido expresamente la cesión o la desconociese²⁰. Sin embargo, cuando el deudor cedido hubiera aceptado expresamente la cesión del crédito -aunque como sabemos, su aceptación no es necesaria para que la cesión se produzca-, no podrá oponer al nuevo acreedor la compensación de aquello que le correspondería contra el empresario cedente. Al permitir como excepción al pago del nuevo empresario, la compensación de deudas que el deudor tuviese contra el empresario vendedor, se pretende que el deudor no se vea perjudicado en el cumplimiento de su prestación por una circunstancia que

²⁰ Véase art. 1198 C.Civ.

no ha elegido, ni depende de su voluntad –como es el cambio de acreedor-. Por ello, cuando el deudor consiente el cambio de acreedor se entiende que, ese perjuicio ya no existe para él, y no requiere por lo tanto, de la protección especial que supone permitirle que oponga al pago del nuevo empresario una excepción de tipo personal que tuviese contra el anterior.

La compensación de deudas, a diferencia de las otras excepciones de tipo real, u objetivas, constituye una excepción de tipo personal, vinculada a la persona y circunstancias que concurren en el deudor, motivo por el cual lo normal es que sólo pueda oponerse entre los contratantes, salvo que el crédito se ceda sin consentimiento de ambas partes. Normalmente, se entenderá que el deudor cedido consiente tácitamente la cesión, cuando al serle notificada, no se opone expresamente o hace expresa reserva de sus excepciones en un plazo razonable²¹. En consecuencia, sólo podrá el deudor cedido oponer al pago del nuevo empresario la excepción de compensación de deudas que tuviese frente al anterior cuando, al serle notificada la cesión se opuso expresamente, o al menos manifestó su reserva.

4) CESIÓN DE CRÉDITOS LITIGIOSOS RELATIVOS AL NEGOCIO

Aunque como regla general el crédito cedido debe ser un crédito existente y legítimo, la compraventa de empresa podría también llevar aparejada la cesión de créditos litigiosos, entendiéndose que éste existe desde el momento en que ha sido contestada la demanda relativa al mismo, conforme al art. 1535 C.Civ.²². No podría hablarse de crédito litigioso en el supuesto de que el deudor ha manifestado su voluntad de no pagar, pero no se ha interpuesto formalmente demanda contra él, ni en el supuesto en que habiéndose interpuesto demanda, ésta no ha sido admitida a trámite.

²¹ DIEZ-PICAZO, L. (2008), pág. 989.

²² Contrariamente, el Proyecto de C.Civ. de 1851 consideraba litigioso el crédito desde la presentación de la demanda, tesis de la que se apartó García Goyena justificando que no puede haber riña o litigio sin oposición, ni realizarse ésta sin la contestación de la demanda. DIEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., (2001), pág. 240.

El precepto concede al deudor cedido la facultad de liberarse de la deuda, pagando no su importe nominal, sino el precio satisfecho por su cesionario. Esta norma se introduce en el C.Civ., con la intención de luchar contra los especuladores de créditos, que acostumbraban a adquirirlos a bajo precio para lucrarse a costa del deudor²³. En la compraventa de empresa en que se produce una cesión de los créditos litigiosos, es dudoso sin embargo, que el cesionario pueda contar con esta posibilidad de lucro, ya que el precio pagado por el empresario comprador lo es del conjunto del negocio, sin especificación del valor que corresponde a cada elemento de la empresa. En consecuencia, el deudor cedido desconoce el precio pagado por el cesionario por la cesión del crédito litigioso por lo que, una vez que le es notificada la cesión del crédito al deudor cedido, deberá éste pagar necesariamente al empresario cesionario el importe nominal del crédito, o lo que resulte de la demanda, sin posibilidad de ver reducida su cuantía.

5) EL SUPUESTO DE SUBROGACIÓN EN LOS CRÉDITOS

Como alternativa al negocio de cesión de créditos, en el momento en que se acuerda la transmisión de la empresa por compraventa, vendedor y comprador pueden pactar una subrogación del segundo en los créditos del primero, relativos al negocio, existentes hasta ese momento. La subrogación del empresario comprador en los créditos del vendedor supone un cambio de acreedor en las relaciones obligatorias con los deudores, que ha de pactarse expresamente²⁴. Esta novación modificativa en la persona del acreedor resulta mucho más perjudicial para el nuevo empresario que la cesión de créditos, ya que el empresario que transmite el crédito por subrogación no responde de la

²³ Esta facultad del deudor de liberarse pagando el precio de la cesión goza de una vieja raigambre histórica, ya que procede de una constitución del emperador Anastasio y es llamada por ello *Lex Anastasiana*. Con esta medida nadie experimenta perjuicio, ya que el cedente recibe aquello en que él mismo valora su crédito y al cesionario se le restituye lo que él pagó. DIEZ-PICAZO, L. (2008), pág. 990.

²⁴ El art. 1209 C. Civ. dice que “será preciso establecerla con claridad (la subrogación, se entiende) para que produzca efectos”.

existencia ni legitimidad del crédito, ni de la solvencia del deudor, motivo por el cual, la subrogación ha de pactarse siempre expresamente.

Aunque la ley no exige la notificación de la subrogación al deudor, este trámite resulta imprescindible para que surta efectos frente a él, de la misma manera que en la cesión de créditos. Sólo desde el momento en que el deudor tiene conocimiento de que se ha producido una subrogación del empresario comprador en el crédito, quedaría obligado con éste. De la misma manera, siempre será carga del deudor comprobar que el empresario que le exige el crédito es el verdadero titular y que al pagar a éste va a quedar liberado de su obligación.

B.- ASUNCIÓN DE DEUDAS

La asunción de deudas del vendedor por el empresario comprador, relativas al negocio, supone una novación modificativa de la relación obligatoria que le une con el acreedor que requiere de acuerdo expreso entre ambas partes, y además el consentimiento, también expreso, de cada uno de los acreedores, en base al art. 1205 C. Civ.. El fundamento de esta exigencia está en que para el acreedor del empresario (ya sea un banco, entidad aseguradora, proveedores del empresario, etc...) la persona del deudor no le es indiferente, ya que el nuevo empresario podría contar con menores condiciones de solvencia y responsabilidad que el primitivo empresario, con el que el acreedor contrató.

A diferencia de la cesión de crédito, en la asunción de deuda, el consentimiento de las partes y los acreedores deberá ser manifiesto (ya sea expreso o tácito), no pudiendo éste inferirse de una presunción. En este sentido, nuestro Derecho Positivo parece proclive a admitir el consentimiento tácito prestado por el acreedor, cuando éste lleve a cabo determinados actos y conductas concluyentes significativas de aceptación²⁵. Así, por ejemplo, en el

²⁵ Esta orientación favorable comienza en la jurisprudencia del T.S., a partir de la sentencia de 22 de febrero 1946 en la que el T.S. declaró que el comportamiento de los demandados (los dueños del terreno en el que un contratista había levantado un edificio y a los que dicho

caso de que el acreedor sea una entidad bancaria se entiende que ha prestado su consentimiento al cambio de deudor si comienza a notificar a éste los cargos relativos al crédito. El consentimiento liberatorio del acreedor puede coincidir temporalmente con el acuerdo de los empresarios deudores, ser anterior, o ser posterior a dicho acuerdo. Ahora bien, si el acreedor no presta, de alguna manera expresa o tácita, su consentimiento, se produciría la ineficacia de la asunción de deuda y continuaría obligado el empresario vendedor pese a haberse producido la transmisión de la empresa.

Así, cuando la operación de transmisión de la empresa se documente en escritura pública a la que se añada un inventario de los bienes de la empresa, éste deberá hacer mención expresa de las deudas asumidas por el nuevo empresario. De lo contrario, cabe presumir que las deudas no se han transmitido junto a los demás elementos de la empresa, si además el acreedor no lleva a cabo ningún acto o conducta concluyente y significativa de su aceptación. No es admisible la presunción de que también se han querido transmitir las deudas en base a la interpretación de la voluntad de las partes de enajenar el negocio como un todo, en el caso de no haber adjuntado un inventario de bienes al contrato de compraventa, pues no es posible imponer una carga o gravamen al nuevo empresario sin su consentimiento, aunque sea de forma tácita.

1) ASUNCIÓN LIBERATORIA DE LA DEUDA

El principal efecto que produce la asunción de deuda por el empresario comprador es la liberación del empresario vendedor y el mantenimiento de la deuda. Sin embargo, la liberación del empresario vendedor no significa que la

contratista reclamaba unas determinadas sumas considerándoles parte del contrato de obra) era inequívoco y concluyente en el sentido de que habían aceptado el contrato de obra y la obligación de pago dimanante de él respecto de la edificación en un terreno en el que eran también propietarios. Aunque era claro que no se trataba de una auténtica asunción de deuda con liberación del antiguo deudor, sí era una asunción acumulativa de deuda. Esta sentencia abre el camino para posteriores elaboraciones doctrinales. DIEZ-PICAZO, L. (2008), pág. 1023.

relación obligatoria primitiva que le unía al acreedor se haya extinguido. El efecto extintivo de la relación obligatoria primitiva sólo tiene un carácter excepcional y no puede presumirse nunca, ya que se exige una declaración expresa de las partes o una objetiva incompatibilidad de la situación nueva con la antigua (art. 1204 C. Civ.). Puesto que el cambio de deudor se produce simultáneamente con el mantenimiento de la deuda, parece claro que el nuevo empresario deudor podrá oponer al acreedor todas aquellas excepciones que se derivan de la propia deuda asumida originariamente por el primitivo empresario deudor (p. ej.: falta de vencimiento, etc...), así como las excepciones que derivan de la relación que media entre el antiguo empresario deudor y el nuevo (p. ej. si el contrato de compraventa de empresa es nulo, si carece de causa o es ilícito, o que no se ha producido aún la entrega de la empresa, etc...).

La liberación del empresario vendedor determina que, con carácter general el acreedor, una vez aceptada la asunción de deuda por éste, no pueda dirigirse contra él para reclamarle el pago de la deuda. La insolvencia del nuevo empresario no autorizará al acreedor a dirigirse contra el antiguo empresario deudor para reclamarle el pago de la deuda, más que en los dos supuestos excepcionales que señala el art. 1206 C.Civ.: que la insolvencia fuese anterior y pública, o conocida del deudor al “delegar su deuda”²⁶.

En estos dos supuestos, la acción del tercero acreedor contra el antiguo empresario deudor “revive” -conforme a los propios términos del art. 1206 C.Civ.-, lo que podría interpretarse en el sentido de que si la insolvencia del nuevo empresario es anterior y pública o es conocida por el primitivo empresario, es ineficaz la liberación del primitivo empresario, quedando

²⁶ El art. 1206 C. Civ. alude a otro procedimiento para el cambio de deudor distinto de la asunción de deuda, que es la delegación. Delegación es una operación jurídica por medio de la cual una persona (delegante) da una orden o una autorización a otra (delegado), a fin de que realice una prestación o emita una promesa a favor de un tercero (delegatario), todo ello de manera tal que la promesa o la prestación se entienda hecha por cuenta del delegante. Sobre el régimen jurídico de la delegación véase DIEZ-PICAZO, L. (2008), pág. 1035 y ss.

vinculado junto con el nuevo empresario deudor. Se establece de esta manera, una especie de responsabilidad solidaria entre ambos empresarios.

La asunción liberatoria de la deuda ha venido suscitando dificultades en lo que se refiere a las *garantías reales constituidas por el primer empresario deudor* para asegurar su propia obligación (p. ej: hipoteca). Para resolver la cuestión habrá que estar a lo que resulte de los pactos de los interesados, pero a falta de pacto, convendría dilucidar si el consentimiento liberatorio del acreedor (p. ej: entidad bancaria concedente del préstamo) en relación con el primitivo empresario deudor, tiene por objeto únicamente su deuda o también la responsabilidad derivada de la constitución de las garantías. En el caso de que la hipoteca hubiera sido constituida sobre el establecimiento mercantil, el problema queda resuelto, porque es de suponer que el establecimiento hipotecado también se transmite al nuevo empresario deudor por la operación de compraventa. Sin embargo, la duda subsiste en el caso de que la hipoteca se hubiere constituido sobre un bien personal del primitivo empresario (p. ej. su vivienda habitual). En tal supuesto lo lógico es entender que la liberación del primitivo empresario también se extiende a la constitución de dicha garantía, pues de lo contrario no podría afirmarse que el primitivo empresario deudor hubiera quedado, en rigor, liberado.

2) ASUNCIÓN CUMULATIVA DE LA DEUDA

Frente a la asunción liberatoria de deuda existe la cumulativa, caracterizada porque no se produce el efecto liberatorio del deudor primitivo, sino que tanto éste, como el nuevo empresario quedan obligados frente al acreedor en *régimen de solidaridad de deudores*²⁷. En muchas ocasiones esta situación se debe al interés desmesurado de las entidades bancarias por obtener nuevas garantías

²⁷ La presunción de solidaridad es la única solución admisible para el caso de una asunción acumulativa de deuda, pues la aplicación de las reglas de la mancomunidad y de la parciariedad conducirían a una asunción, al menos, parcialmente liberatoria. En aquella parte en que se aplica la regla *concurso partes fiunt*, el antiguo deudor tendría que quedar liberado. DIEZ-PICAZO, L. (2008), pág. 1026.

para el cobro de sus créditos, pues debe tenerse en cuenta que las garantías prestadas por terceros (fiadores o avalistas del primitivo empresario deudor) se van a extinguir si estos garantes no consienten el cambio de deudor. El consentimiento de los fiadores puede ser expreso o resultar tácitamente de hechos concluyentes, pero la falta de consentimiento respecto del cambio de deudor determina su liberación de la obligación de garantía, ya que para ellos puede no ser indiferente la persona del nuevo empresario deudor y representar un mayor riesgo de impago.

La asunción cumulativa de deuda puede cumplir una función supletoria de las garantías prestadas por terceros que dejaran de existir con el cambio de deudor. Ante estas situaciones las entidades bancarias suelen obligar en la práctica a que el antiguo empresario deudor se convierta en fiador o garante del nuevo, estableciéndose una responsabilidad subsidiaria del antiguo empresario respecto del nuevo empresario deudor.

C.- CESIÓN DE CONTRATOS

El funcionamiento de la empresa que se pretende transmitir genera una pluralidad de contratos con terceros, que nacen de la actividad misma del negocio o que son imprescindibles para su propia existencia (P. ej. arrendamiento local de negocio, suministro de materiales, contratos de seguro, contratos de trabajo, etc...). Estos contratos, en tanto forman parte de ese conjunto unitario que constituye la empresa, han de entenderse en principio cedidos al empresario comprador, como efecto de la voluntad de las partes de transmitir el conjunto de empresa. En cuanto a la forma del negocio de cesión, deberá emplearse la misma forma prescrita para el contrato cedido, en tanto que modifica éste²⁸.

²⁸ A esta conclusión llegamos en nuestro ordenamiento por interpretación del art. 1280.6 C.Civ., que exige la extensión de un documento público para "la cesión de acciones o derechos de un acto consignado en escritura pública".

Con carácter general, la cesión de contratos que tiene lugar a través de la venta de empresa va referida tanto a los contratos que se hayan celebrado por el empresario vendedor para la constitución del negocio (arrendamiento local y demás contratos que vinculan al empresario con los bienes que constituyen el negocio), como los contratos nacidos como consecuencia del ejercicio de la empresa (contratos pendientes de ejecución con clientes, proveedores, etc...). La principal cuestión que plantea la cesión de contratos es la de determinar si una vez acordada la transmisión de la empresa al nuevo empresario, los contratos celebrados anteriormente por el empresario vendedor se ceden automáticamente al nuevo en todo caso.

Debemos partir del hecho de que la cesión de contratos constituye un fenómeno de mayor complejidad que la cesión de créditos o la asunción de deudas, ya que con ella se transfiere la totalidad de la relación obligatoria o, si se prefiere, la totalidad de los efectos del contrato. Por ello, para poder hablar de cesión de contrato es necesario que exista una relación obligatoria con prestaciones recíprocas, que se encuentren todavía total o parcialmente pendientes de ejecución. Pero además, la cesión de contrato no debe ser contemplada como un conjunto de cesiones, escindiendo de la operación una serie de transmisiones separadas (cesión de créditos, asunción de deudas, obligaciones accesorias, etc...), sino considerando la cesión del contrato como un negocio único de transferencia, en el que se incluyen todos los efectos contractuales²⁹.

A esta complejidad debemos añadir el que, nuestro derecho Positivo no contiene normas que regulen con carácter general la figura de la cesión del contrato, si bien no existe ningún impedimento para construirla al amparo del

²⁹ Aunque la doctrina y la jurisprudencia más antiguas se inclinaban por la aplicación de la llamada "Teoría de la descomposición", que consideraba la cesión del contrato como la suma de la cesión de cada uno de los créditos y de cada una de las obligaciones contractuales; en la actualidad se admite sin ningún género de duda la "Teoría unitaria", que considera al negocio de cesión como una transferencia única que es referida a la posición contractual que se transfiere como un todo. DIEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A. (2001), pág. 245 y ss.; DIEZ-PICAZO L. (2008), pág. 1045.

principio general de libertad de pactos del art. 1255 C.Civ. No obstante, algunas de sus manifestaciones prácticas cuentan con un régimen específico que es aplicable en la transmisión de empresa por compraventa, como es el caso de los contratos de trabajo existentes (art. 44 del ET); Los contratos de seguro (art. 34 de la Ley del Contrato de Seguro); o el contrato de arrendamiento de local (art. 32.2 LAU). Todas estas normativas tienen en común el que vinculan las relaciones contractuales específicas que contemplan al fenómeno de la transmisión de empresa.

Para que la cesión del contrato tenga lugar es necesaria la voluntad expresa, no sólo del empresario vendedor y comprador, sino también del tercero afectado por la relación contractual que se cede, salvo que alguna normativa especial disponga otra cosa.

Una vez que la cesión del contrato deviene eficaz, el empresario cedente, salvo que exista pacto en contrario, queda liberado de las obligaciones que tuviera respecto del contratante cedido, a la vez que pierde los derechos nacidos en su favor como consecuencia del contrato. En los contratos de ejecución continuada o periódica, como es el caso de los contratos laborales y los de arrendamiento de local, el empresario cedente quedaría obligado a cumplir las obligaciones correspondientes al período anterior a la cesión y, correlativamente podrá exigir del contratante cedido la satisfacción de aquellas prestaciones, cuya contraprestación hubiese efectuado durante este período.

Por lo que se refiere al contratante cedido, desde que se produce la cesión, no puede ya cumplir el contrato a favor del cedente, y si lo hiciera seguiría obligado respecto del cesionario. No obstante, el contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que deriven del contrato (incumpliendo del contrato arrendamiento, incumplimiento de las prestaciones laborales, etc...) y las personales entre ambos. También podrá oponer las excepciones que tuviera contra el empresario cedente, independientes del contrato cedido, si al consentir la cesión hizo reserva expresa.

La cesión de contrato plantea las *mismas cuestiones que la asunción de deuda en relación a las garantías constituidas* para asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del cedente. Se entiende que si tales garantías hubiesen sido constituidas por terceros, deben considerarse extinguidas al haber sido liberada la persona garantizada y quedar sustituida por otra, a menos que los terceros fiadores consientan expresamente su sustitución a favor del empresario cesionario. Pero si se tratase de garantías constituidas por el cedente, debe entenderse que tales garantías subsisten, a menos que el contratante cedido consienta su liberación.

1) LA EXIGENCIA DE CONSENTIMIENTO DEL CONTRATANTE CEDIDO

La cesión de los contratos al nuevo empresario, relativos al negocio requiere con carácter general, para la plena producción de sus efectos, no sólo el consentimiento expreso de empresario vendedor y comprador, sino también el consentimiento del contratante cedido. No obstante, algunas normas especiales de nuestro ordenamiento han excepcionado la necesidad de consentimiento del contratante cedido para determinados supuestos de cesión del contrato vinculados a la transmisión de empresa, como ocurre con los contratos de arrendamiento, contratos laborales, contratos de seguro, licencia de patentes, etc...

Al margen de estas excepciones, por virtud del negocio de cesión de contrato se produce una traslación de la originaria relación jurídica contractual que pasa del empresario cedente al empresario cesionario. Y para que una parte pueda sustituir a la otra en la posición que allí ocupa parece claro que debe consentirlo también la otra parte del contrato, que es el contratante cedido. Pero es más, no se trata de un contrato celebrado entre empresario cedente y cesionario, respecto del cual deba *a posteriori* consentir el contratante cedido para otorgarle mayor eficacia; sino que el negocio de cesión del contrato se forma a través del encuentro de tres declaraciones de voluntad que persiguen

un mismo propósito; si bien el orden en que se manifiesten estos consentimientos es indiferente³⁰, admitiéndose el consentimiento de carácter tácito derivado de silencio o actos concluyentes (p.ej., si entre el empresario cedente y un proveedor se producen series de contratos del mismo tipo, y alguno de los anteriores había sido ya cedido, sin haber opuesto el proveedor ningún tipo de oposición).

Aunque queda claro que el consentimiento del contratante cedido es indispensable, aún se plantean dudas en relación a si dicho consentimiento constituye un requisito de eficacia de la cesión o, si constituye un elemento constitutivo de la misma. Entendemos que el consentimiento del contratante cedido no puede ser un simple requisito de eficacia de la cesión respecto a terceros, sino que constituye un elemento constitutivo de la misma, sin el cual el contratante cedido no tendría el deber de cumplir las obligaciones contractuales respecto del cesionario ni el derecho a exigir las prestaciones estipuladas a su favor en aplicación del art. 1205 C.Civ.

2) Excepciones a la exigencia de consentimiento del contratante cedido

Como acabamos de ver, la cesión del contenido del contrato, con obligaciones y derechos para la parte cedente, se resuelve, con carácter general, en la necesidad de consentimiento del contratante cedido exigido para la asunción de deudas conforme al art. 1205 C.Civ..

Pero a diferencia de la cesión de créditos y la asunción de deudas, muchos de estos contratos empresariales, por su incidencia respecto de la actividad

³⁰ En un sentido técnico cabría distinguir diferentes estructuras de celebración del negocio en función del momento en que el contratante cedido otorga su consentimiento. Así, sólo cuando se produce la contemporánea emisión del consentimiento por las tres partes implicadas podría hablarse de contrato plurilateral. Si el consentimiento del contratante cedido es anterior al de los sujetos cedente y cesionario se entiende que lo que existe es una "autorización" para que pueda realizarse la cesión de contrato entre cedente y cesionario. Y si el consentimiento del contratante cedido es posterior a la cesión, estaríamos ante un contrato de formación sucesiva.

empresarial se consideran esenciales para la continuación de esa actividad empresarial. Lo cual nos sitúa ante el problema de determinar qué incidencia tendría respecto de la operación de compraventa de empresa la falta de consentimiento del contratante cedido, si como consecuencia de la falta de consentimiento del contratante cedido, no pueden transmitirse al nuevo empresario contratos que son esenciales para la continuación del negocio. Pensemos por ejemplo, en la no transmisión del contrato de arrendamiento de local, en los supuestos en que la ubicación física del negocio es esencial para la continuidad del negocio; o en la no transmisión de ciertos contratos de concesión, distribución en exclusiva o franquicia que supongan el suministro de materias primas de difícil acceso en el mercado; o incluso la no transmisión de contratos con determinados clientes que demandan un volumen importante de productos, si existe una dependencia económica de la empresa respecto de tal demanda³¹. La cesión de estos contratos al nuevo empresario se convierte en elemento esencial de la transmisión de empresa, en tanto sin ellos no podría producirse la continuidad de la actividad empresarial bajo titularidad distinta, que es la finalidad esencial del contrato de compraventa de empresa.

Lo habitual es que al pactarse la compraventa de empresa entre las partes se entiendan cedidos los contratos esenciales para el funcionamiento de la empresa dentro del conjunto empresarial objeto de la compraventa ya que, conforme a las reglas de interpretación contractual se admite la forma de consentimiento tácito del contratante cedido. A tales efectos puede resultar conveniente que el contrato de compraventa lleve anexo un inventario que permita delimitar los contratos que efectivamente son objeto de cesión y los términos de los mismos, así como la cuantía de las prestaciones y su duración³².

³¹ En este sentido, HERNANDO CEBRIÁ, L. (2005) considera que “en atención a aviamiento y clientela han de ser reputados esenciales todos aquellos contratos que afecten a las notas características de la actividad empresarial dentro de su entorno competitivo”, pág. 400 y ss.

³² HERNANDO CEBRIÁ (2005), pág. 402.

Algunas normas especiales de nuestro Derecho Positivo han hecho excepción a la exigencia de consentimiento del contratante cedido al regular determinados supuestos de cesión del contrato vinculados a la transmisión de la empresa³³:

a) En relación a la cesión del contrato de arrendamiento el art. 32 de la LAU excluye expresamente la necesidad de consentimiento del arrendador cedido en los supuestos de cesión del contrato de arrendamiento y subarriendo para uso distinto del de vivienda cuando en él se desarrolle una actividad empresarial o profesional, si bien dicha posibilidad podría excluirse por la vía contractual. Producida la cesión o el subarriendo del contrato de arrendamiento, sólo podrá el arrendador proceder a una elevación de la renta en la forma establecida por dicha Ley, sin que en ningún caso pueda oponerse a la misma.

b) En la sucesión de los contratos laborales, el art. 44 ET impone la continuidad de las relaciones laborales en los cambios de sucesión de empresa, es decir, ante eventuales cambios de titularidad, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, sin que sea preciso el consentimiento del antiguo empresario. Sobre éste último se establece además, una responsabilidad solidaria junto con el nuevo por el cumplimiento de las obligaciones laborales. El antiguo empresario no queda por lo tanto, absolutamente desvinculado respecto de los trabajadores afectados por la sucesión de empresa: Al margen de la obligación de notificar el cambio a los representantes legales de la empresa cedida, -que si es incumplida se traslada al cesionario-, el empresario cedente responde solidariamente, durante tres años, junto con el cesionario, de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas; además, si la cesión fuese

³³ Una mayor profundidad de los supuestos se ofrece por HERNANDO CEBRIÀ (2005), pág. 404 y ss.

declarada delito, ambos, cedente y cesionario, responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión³⁴.

c) Otro tanto ocurre en las leyes que regulan la propiedad industrial e intelectual, respecto de la cesión de licencias obligatorias sobre patentes, para las que exigen la transmisión de la empresa misma o de parte de la empresa que la explote (art. 104 Ley de Patentes), exigiéndose también la transmisión de la empresa cuando se pretende la transmisión de invenciones no patentadas (art. 54.1 Ley de Patentes). Esta misma vinculación se establece también con el derecho sobre la marca, puesto que como el propio art. 47 de la Ley de marcas reconoce “la transmisión de la empresa en su totalidad implicará la de sus marcas, salvo que exista pacto en contrario o ello se desprenda claramente de las circunstancias del caso”. Por lo que se refiere a la cesión de los derechos de explotación de obras intelectuales, los arts. 49 y 68 de la Ley de Propiedad Intelectual permiten excepcionar la necesidad de consentimiento expreso del cedente cuando la transmisión se lleve a cabo como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria.

d) Respecto de los contratos de seguro, la Ley del Contrato de Seguro (art. 34) posibilita que se pueda prescindir del consentimiento del asegurador cuando se produzca la transmisión del objeto asegurado. En estos supuestos la necesidad de consentimiento se sustituye por una responsabilidad solidaria del adquirente y del anterior titular por el pago de las primas vencidas.

Al margen de estos supuestos especiales, para los que sus respectivas normativas especiales excepcionan la exigencia de consentimiento del contratante cedido en base al carácter *intuitu instrumenti* de la mayoría de los contratos empresariales; el resto de contratos empresariales quedan sujetos al

³⁴ El contenido del art. 44 ET es similar en los respectivos Estados de la Unión Europea ya que procede de la Directiva Comunitaria 77/187, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de trabajo o de partes de centros de trabajo.

régimen general del art. 1205 C. Civ., en el que resulta imprescindible la presencia de dicho consentimiento. Así, el contratante cedido podrá oponerse legítimamente a la cesión de contratos dentro de la compraventa en conjunto de la empresa alegando una menor solvencia patrimonial del comprador, o también el carácter *intuitu personae* del contrato³⁵. De esta manera, cuando el contratante cedido se niegue a admitir la cesión de un contrato que resulte esencial en el funcionamiento de la empresa, dicha negativa originará irremediablemente la nulidad de la transmisión misma de la empresa, impidiendo que la operación de compraventa pueda llevarse a cabo³⁶.

La cesión de los contratos empresariales puede verse, no obstante, favorecida por el cumplimiento de las obligaciones de información relativas a las garantías económicas y técnicas del nuevo empresario y a la admisibilidad de las formas de consentimiento tácito. Una vez que el nuevo empresario informa de la cesión del contrato y de las condiciones económicas del nuevo empresario al contratante cedido, si éste no hace expresa su oposición a la cesión, la cesión del contrato deviene eficaz y, en consecuencia, el empresario cedente queda liberado de sus obligaciones frente al contratante cedido.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C.: Voz “Modificación estructural”, *Diccionario de Derecho de Sociedades* (Dirg. Alonso Ledesma, C.), Madrid, 2006, pág. 780 y ss.
- ALONSO LEDESMA, C. “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de Sociedades* (Dir. por Beneyto

³⁵ Es decir, si se contrató en base a las específicas circunstancias personales del empresario, en la confianza que éste ofrecía, o en sus demostradas facultades como gestor.

³⁶ En esta línea se manifiesta HERNANDO CEBRIÀ, L. (2005), quien manifiesta que “la remisión al régimen restrictivo del art. 1205 C.Civ. determina que la negativa de un único contratante cedido, cuando se trate de un contrato que forme parte esencial del aviamiento de la empresa, extiende su intransmisibilidad a la empresa misma”, pág. 407.

- Pérez y Largo Gil), Barcelona, 2010, pág. 569 y ss.
- BROSETA PONT, M. “La transmisión de la empresa. Compraventa y arrendamiento”, *RDM*, 1968, pág. 73 y ss.
 - DE LA CÁMARA ALVAREZ, “La venta de la empresa: principales problemas que plantea”, *AAMN*, 1981, pág. 281 y ss.
 - DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tº I (Introducción y Teoría del Contrato), Madrid, Civitas, 1993.
 - DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tº II, (Las relaciones obligatorias), Civitas, Madrid, 2008.
 - DIEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual), Madrid, Tecnos, 2001
 - GIL RODRIGUEZ, J. *Garantías por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*. Madrid, 1989.
 - GIRON TENA, J., “Sobre las características generales desde los puntos de vista jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pág. 281 y ss.
 - HERNANDO CEBRIÀ, L., *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades*. Valencia, 2005.
 - HERNANDO CEBRIÀ, L., *La empresa como objeto de negocios jurídicos (Un estudio a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)*. Valencia, 2002.
 - MARROQUÍN MOCHALES, “Modelo de compraventa de empresa a través de la compraventa de acciones”, *RdS*, nº 10, 1998, pág. 258 y ss.
 - MARTÍN REYES, *El usufructo de la empresa*. Pamplona, 1999
 - PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión de créditos”, *ADC*, 1988, pág. 1033 y ss.
 - PÉREZ DE LA CRUZ “Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes”, *RDM*, nº 134, 1974, pág. 485 y ss.;
 - POLO SÁNCHEZ, “La aportación de empresa a sociedad”, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje al Profesor Evelio Verdura y Tuells*. Tº III, Madrid, 1994, pág. 2241 y ss.

- ROCA-SASTRE MUNCUNILL “La vida jurídica de la empresa individual”, *RDN*, 1980, págs. 145 y ss.
- SANCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. I, Navarra, Aranzadi, 2010.
- TAPIA SÁNCHEZ, M.R. “La compraventa de empresa”, *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de Sociedades* (Dir. por Beneyto Pérez y Largo Gil), Barcelona, 2010, pág. 277 y ss.