***TEMA 18: LA COMPRAVENTA MERCANTIL. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPRAVENTA DE EMPRESA***

***Luis Cazorla González-Serrano***

***Profesor Titular de Derecho Mercantil***

***Universidad Rey Juan Carlos***

**SUMARIO: I. CONCEPTO Y MERCANTILIDAD DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL. II. CONTENIDO DEL CONTRATO. III LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS. IV. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO V. SUCINTA APROXIMACIÓN A OTROS CONTRATOS ESPECIALES DE COMPRAVENTA O CONTRATOS SIMILARES. VI. BREVE REFERENCIA A LA COMPRAVENTA DE EMPRESA**

**I. CONCEPTO Y MERCANTILIDAD DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL.**

**1. Concepto**

La compraventa mercantil no presente diferencias conceptuales y materiales respecto de la compraventa civil, se trata en consecuencia del mismo contrato en cuanto a su naturaleza, que sin embargo, por razón de su aplicación al tráfico empresarial, mercantil, goza de determinadas especialidades en su régimen jurídico. Especialidades todas ellas vinculadas con la celeridad del tráfico mercantil que impregna el régimen jurídico de este contrato mercantil.

El contrato de compraventa es, por tanto, un contrato obligacional, bilateral y recíproco por el cuál una persona, el vendedor, se obliga a entregar una cosa a otra persona, el comprador, que se compromete a pagar por ella un precio en dinero o signo que lo represente (artículo 1445 del Código Civil).

Dicho concepto es el propio también de la compraventa mercantil que presenta un régimen jurídico específico en los artículos 325 y siguientes del Código de Comercio vinculado, como avanzábamos, con la celeridad del tráfico jurídico mercantil. El referido régimen jurídico al igual que en que se contempla en el Código Civil, es un régimen dispositivo por lo que resulta de aplicación en defecto de pacto expreso de las partes en el contrato, lo que suele ser el escenario habitual en el tráfico empresarial. Sin perjuicio de ello, resultan de aplicación, en su caso, a la compraventa, ya sea mercantil o civil y al margen del debate sobre la calificación de su naturaleza jurídica, las normas imperativas de protección de consumidores y usuarios que se contienen tanto en la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, como en el texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, y las demás disposiciones imperativas sectoriales del protección de consumidores y usuarios (por ejemplo, en el sector bancario). También es preciso subrayar el régimen específico que se aplica a las compraventas internacionales de mercancías, que se rigen por la Convención de las Naciones Unidas sobre la materia, aprobada en Viena, el 11 de abril de 1980 y a la que España se adhirió el 17 de julio de 1990

Por otro lado, es preciso subrayar el papel esencial que la compraventa mercantil desempeña dentro del tráfico empresarial en la medida en la que constituye el principal contrato de cambio, que permite la circulación de bienes a cambio de un precio o dinero.

**2. Criterios de mercantilidad**

La doble regulación del contrato de compraventa en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que acontece con la doble regulación de otras modalidades contractuales, suscita el problema de establecer cuáles son los criterios que permitan identificar la modalidad mercantil del contrato frente a la civil, esto es, los criterios de mercantilidad.

En este sentido, los artículos 325 y 326 del Código de Comercio establecen de manera ciertamente confusa los criterios de mercantilidad que han de regir la calificación de un contrato como mercantil. Una confusión y una falta de adaptación de dichos criterios a la realidad del tráfico jurídico empresarial actual que ocasiona múltiples problemas en esa labor de calificación. De lo anterior resulta que una interpretación jurisprudencial de los criterios de mercantilidad cambiante y unas posiciones doctrinales respecto de los mismos que no son homogéneas. Teniendo en cuenta lo anterior, pueden calificarse como mercantiles las siguientes compraventas:

1) Siguiendo un criterio normativo estricto o restringido es mercantil la compraventa de bienes muebles realizadas con la finalidad de lucrarse en la reventa, en definitiva, la clásica compraventa para aprovisionarse para el desarrollo del comercio o la producción o fabricación como actividad empresarial.

2) Siguiendo un criterio amplio y más moderno de mercantilidad, derivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son mercantiles las compraventas que realicen los empresarios en el seno de su actividad económica empresarial. Se trata de las ventas que realiza un empresario a un comprador que también lo es y va a destinar la cosa comprada a su tráfico económico empresarial. La jurisprudencia viene excluyendo del carácter mercantil pleno o en sentido estricto las compraventas que realiza el empresario con un consumidor y con posiciones cambiantes t una doctrina poco clara, las que realizan los artesanos, agricultores o ganaderos. Una exclusión, esta última, que no compartimos en la medida en la que dichos artesanos, agricultores o ganaderos gocen de la condición de empresarios merced a su organización como tales.

**3. La normativa de consumidores y usuarios y el contrato de compraventa**

El contrato de compraventa tiene una singular aplicación con consumidores y usuarios, de modo que en tal caso, es de aplicación imperativa el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Ley de Consumidores y Usuarios). Las disposiciones en materia de contratos recogidas en la Ley se aplican de manera preferente e imperativa y se complementan con las normas de los contratos civiles y mercantiles, en función de la naturaleza de los mismos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59.2 de la Ley.

Es preciso destacar, también, la influencia del fenómeno de la contratación de adhesión o contratación en masa, en el ámbito de la compraventa con consumidores o entre grandes empresarios suministradores de servicios y pequeño empresario. Una actividad contractual a la que resultará de aplicación, también, con carácter imperativo la Ley de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación.

**II. CONTENIDO O EFECTOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA**

En el contenido o efectos del contrato de compraventa nos referiremos de forma muy sucinta a las obligaciones del vendedor y del comprador, respectivamente.

**1. Obligaciones del vendedor**

Las obligaciones básicas y generales del vendedor en el contrato de compraventa son dos, a saber, la obligación de entrega de la cosa, de carácter esencial en el contrato y, junto a ella, la obligación de garantía o saneamiento, de carácter natural y por lo tanto susceptible de ser eliminada o modulada por pacto de las partes (art. 345 CdC).

***a) La obligación de entrega***

La obligación de entrega es esencial en el contrato de compraventa, dado que a través del cumplimiento de la misma se satisface la finalidad económica del contrato. El vendedor se obliga a la entrega de la cosa y mediante a la misma (*traditio*) se produce la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. La entrega se ha de efectuar en el tiempo y lugar convenido por las partes, si es una cosa determinada debe entregarse esa cosa y no otra semejante, mientras que si fuera genérica se cumplirá con entregar otra la cantidad y calidad pactada en el contrato.

Al igual que en la compraventa civil, no es preciso que la entrega de la cosa vendida sea material, sino que puede ser ficticia o instrumental. En el caso de la compraventa mercantil, la cosa ha de entenderse entregada con la simple “puesta a disposición” del comprador por parte del vendedor, según se desprende de los artículos 337, 338 y 339 del CdC, sin que sea necesario que esté “en poder y posesión” del comprador, tal y como acontece en la compraventa civil.

***b) La obligación de garantía o saneamiento***

La obligación de garantía o saneamiento del vendedor, natural en la compraventa y por lo tanto susceptible de ser eliminada o modulada por, se extiende al saneamiento por evicción y por vicios ocultos de la cosa.

El saneamiento por evicción protege al comprador de la pérdida “jurídica” de la cosa vendida, esto es, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra (art. 1475 del Código Civil). En el caso de la compraventa mercantil, al referirse en la mayoría de las ocasiones a mercaderías (cosas muebles), la aplicación de esta garantía tiene poca relevancia práctica, dado que el comprador al ser adquirente de la posesión por la entrega de la cosa, y serlo normalmente de buena fe, quedará protegido frente a reclamaciones de terceros en todo caso, por aplicación del artículo 85 del Código de Comercio y 464 del Código Civil.

Más relevancia práctica tiene, sin embargo, el saneamiento por vicios ocultos en el caso de la compraventa mercantil, que no resultará de aplicación en el caso de que el comprador tenga la condición de consumidor al que le resultará de aplicación las disposiciones de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y las del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios en sus artículos 114 y ss.

En el caso del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa mercantil el elemento característico es la reducción de los plazos para la denuncia de los mismos, lo que supone una indudable protección del vendedor mercantil en aras a la protección de la seguridad del tráfico jurídico mercantil.

Si los vicios o defectos de cantidad o calidad son aparentes por poder ser conocidos por el comprador en el momento de recibir las mercancías, el comprador debe denunciar los defectos en el acto de entrega si examina la mercancía, perdiendo su derecho si no lo hiciese. El examen de la mercancía puede ser voluntario por el comprador o imponerse por el vendedor. En el caso de no examinarse y ser mercancías embaladas, el comprador dispone de un plazo de cuatro días para hacer la denuncia de los vicios o defectos. (336.2 del Código de Comercio).

En el caso de que los vicios sean internos, el comprador dispone de 30 días desde la recepción de la cosa vendida, un plazo considerado por la jurisprudencia como de caducidad y no prescripción (art. 342 del Código de Comercio).

En todo caso, estos plazos pueden ser objeto de modificación por la autonomía de la voluntad de las partes.

La denuncia en plazo de los vicios o defectos permite al comprador mantener las acciones correspondientes para la reclamación judicial frente a los mismos. De este modo, en el caso de vicios aparentes el comprador podrá reclamar el cumplimiento del contrato o su resolución y, en ambos casos, la indemnización de daños y perjuicios (art.336.3 del Código de Comercio). En el caso de vicios ocultos, el comprador podrá ejercitar las acciones previstas en el código civil (art. 1490 del Código Civil), en el plazo de seis meses desde la entrega.

**2. Obligaciones del comprador**

El comprador tiene como obligaciones el pago del precio y la recepción de la cosa.

El pago del precio es la principal obligación del comprador, un precio que debe ser verdadero, determinado y en dinero o signo que lo represente, de conformidad con lo dispuesto por el art.1445 del Código Civil.

Es preciso tener en cuenta el artículo 17 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, que establece que el plazo de pago del comerciante al proveedor en defecto de pacto, es de treinta días a partir de la fecha de entrega de la mercancía. El mismo precepto introduce determinados limites a la autonomía de voluntad de las partes en productos perecederos, etc.

La prescripción de la obligación de pago del comprador se produce a los 15 años, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 943 del Código de Comercio y 1964 del Código Civil, salvo en el caso de la veta de empresarios a consumidores (reguladas por la normativa de consumidores y usuarios), en las que el plazo es de 30 años (art. 1967.4 del Código Civil).

Por otro lado, la obligación de entrega del vendedor que se concreta, como hemos avanzado, en la simple puesta a disposición (arts. 333, 337, 338 y 339 del Código de Comercio), requiere de la colaboración del comprador, indicando, por ejemplo, el lugar en el que debe hacerse la puesta a disposición. En caso de falta de pacto al respecto, la puesta a disposición se ha de hacer en el establecimiento del vendedor. Para el caso de que el comprador se demorase en hacerse cargo de las mercancías, o rehusase, el art. 332 del Código de Comercio permite que el vendedor quede librado (y los riesgos transmitidos) mediante el depósito judicial, corriendo los gastos de cuenta del vendedor (a excepción de los supuestos de *traditio ficta*, habituales en el trafico mercantil).

**III. LA TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS**

La problemática de la transmisión de los riesgos hace referencia a los casos en los que perfeccionado el contrato, la cosa vendida se pierde, sin culpa de ninguna de las partes, por caso fortuito, de manera que la cosa no puede llegar al comprador. Resulta preciso concretar, a partir de qué momento el comprador debe pagar ineludiblemente el precio aun cuando no reciba la cosa vendida. En el caso de que el riesgo recaiga sobre el vendedor, perderá la cosa y no recibirá el precio, de modo que si hubiera recibido parte del mismo deberá restituirlo. Si, por el contrario, es el comprador el que sufre el riesgo, deberá abonar la totalidad del precio aunque la cosa vendida se haya perdido o tuviera deterioros y menoscabos.

Ante esta situación, el Código de Comercio propone tres soluciones distintas:

* Si la compraventa es de cosa determinada, el riesgo es del vendedor hasta que esta se pone a disposición del comprador, momento en el que se transmite el riesgo al comprador.
* En el caso de que la compraventa sea de cosa genérica, el riesgo se transmite al comprador a partir del momento de la especificación de la mercancía, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 334 del Código de Comercio.
* Finalmente, en caso de compraventa de mercancía sujeta a la facultad de examinarla o al cumplimiento de alguna condición, no se transmite el riesgo al comprador hasta en tanto la mercancía es examinada o adquiere la condición pactada (artículo 334.2 y 3 del Código de Comercio).

El régimen del Código de Comercio es en todo caso dispositivo, por lo que se puede pactar un régimen específico, como en el caso de las cláusulas que regulan el momento y forma de la puesta a disposición o entrega de la mercancía o cosa vendida (cláusulas ex fábrica, ex almacén, FOB, etc).

**IV. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

En este punto y al haber efectuado ya una referencia a la obligación de garantía y su incumplimiento en epígrafes precedentes, nos detendremos muy brevemente en la exposición de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de entrega, por el vendedor y pago de precio y recepción de mercancías del comprador.

**1. Incumplimiento de la obligación de entrega**

El Código de Comercio delimita un régimen más estricto que el del Código Civil, de manera que se equipara al incumplimiento total, la falta de cumplimiento de la entrega en el plazo pactado. En ese caso el comprador puede reclamar la resolución o el cumplimiento del contrato y en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios (artículo 329 del Código de Comercio).

Por su parte, el artículo 330 del Código de Comercio, establece que en caso de entrega parcial de una cantidad total de mercancías previamente determinada, el comprador podrá negarse a la entrega parcial, y en el caso de que aceptase dicha entrega parcial, quedará cumplido el contrato en cuanto a la entrega parcial, pudiendo resolver el contrato o exigir el cumplimiento en lo que a la cantidad restante respecta.

Finalmente, si se entrega cosa diversa o defectuosa, el vendedor está obligado a efectuar la prestación prevista o a reparar los defectos, que permitirán incluso resolver el contrato si fueran de gravedad.

**2. Incumplimiento de la obligación de pagar el precio**

La falta de pago del precio en el momento pactado constituye al comprador en mora, debiendo pagar el interés de la cantidad adeudada al vendedor. En todo caso, si las mercancías hubieran sido entregadas, podrá el vendedor resolver el contrato.

En caso de pacto de pago anticipado de la mercancía, el vendedor sólo deberá entregar la cosa si recibe el precio . El vendedor en garantía del pago del precio gozará del derecho de retención de la mercancía, y un derecho real sobre la cosa vendida, con el fin de poder vender a un tercero la misma y resarcirse del pago del precio y los intereses (se trata de una suerte de prenda legal reconocida por el artículo 340 del Código de Comercio). Así mismo el vendedor gozará del privilegio para el cobro del crédito por la venta, previsto en el artículo 1922.1 del Código Civil.

Finalmente, en relación con el comercio minorista, el artículo 17.5 de la Ley 7/1996 establece el devengo automático de los intereses moratorios desde el día siguiente al señalado en el pago. El tipo aplicable a los intereses de demora, resulta de la aplicación del artículo 7 de la Ley 3/2004, reguladora de la morosidad en las operaciones comerciales.

**3. Incumplimiento de la obligación de recibir las mercancías.**

El comprador podrá bien rechazar la entrega de la cosa sin justa causa para ello, o bien demorar la toma de posesión de los mismos.

En caso de rechazar sin justa causa la recepción de la cosa, el vendedor podrá resolver el contrato o cumplirlo depositando judicialmente la cosa, y en ambos casos, reclamar daños y perjuicios ocasionados. El depósito judicial podrá también realizarse en el caso de que el comprador demore la entrega. Los gastos del depósito serán de cuenta del comprador salvo que la demora o rechazo fueran imputables al vendedor (artículo 332 del Código de Comercio).

En caso de que el comprador optase por el cumplimiento del contrato y los efectos vendidos no hubieran sido depositados judicialmente, deberá custodiar y guardar la cosa vendida de conformidad con las reglas del depósito (artículo 339 Código de Comercio).

**V. SUCINTA APROXIMACIÓN A OTROS CONTRATOS ESPECIALES DE COMPRAVENTA O CONTRATOS SIMILARES**

Bajo el presente epígrafe haremos una muy sucinta referencia a los aspectos más relevantes de tanto (i) algunos regímenes especiales de compraventa, como es el caso de la compraventa a plazos de bienes muebles, como (ii) otros contratos asimilados por su régimen jurídico o su funcionalidad económica, como es el caso de los contratos de suministro o *leasing* (arrendamiento financiero).

**1. Compraventa a plazos de bienes muebles**

La compraventa a plazos de bienes muebles es objeto de una regulación específica de carácter imperativo a través de la Ley 28/1998, de 13 de julio. Dicha norma regula, no sólo los contratos de venta de los bienes muebles, sino los préstamos y el régimen de garantías anudado a los mismos. En el caso de que el comprador financiado tenga la consideración de consumidor, resulta también de aplicación la Ley 16/2011, de 24 de julio, de contratos de crédito al consumo.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley, la venta a plazos es *“…el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del contrato”*

Se trata, en principio, de un contrato de naturaleza real que se perfecciona por la entrega de la cosa, a diferencia de la compraventa ordinaria cuya naturaleza es consensual como es sabido.

Otras características básicas de su régimen jurídico son las siguientes:

* El contrato debe constar necesariamente por escrito para su validez de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.1 de la Ley. Puede ser objeto de publicidad registral a través de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles.
* La autonomía de la voluntad de las partes se ve limitada por un conjunto de cláusulas a modo de contenido obligatorio que el contrato debe incluir de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley.
* Se regula un derecho de desestimiento del comprador que podrá ejercerse en el plazo de 7 días desde la entrega del bien (artículo 9).
* En la promoción y publicidad que se efectúe de la venta a plazos de bienes muebles debe identificarse por separado el precio de compra al contado y el aplazado (artículo 13).
* Se regula la reserva de dominio de la cosa vendida a favor del vendedor, como mecanismo de garantía de pago del precio aplazado. Es una cláusula de naturaleza potestativa que debe ser pactada expresamente y sólo es oponible a terceros cuando se encuentra inscrita en el Registro de Bienes Muebles (artículo 7 y 10).
* En caso de demora en el pago de dos o más plazos, o el último de ellos por parte del comprador, el vendedor puede optar por exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato (articulo 10.1).

**2. Contrato de suministro**

Se trata de un contrato distinto de la compraventa, con naturaleza específica, atípico y regulado por la voluntad de las partes, tal y como sostiene la jurisprudencia. No hay previsión normativa alguna, por lo tanto, del mismo en el derecho privado, y sólo se contempla en el derecho administrativo en la Ley de Contratos del Sector Público, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

A diferencia del contrato de compraventa es un contrato de duración en el que, mediante la celebración de un contrato único, se pretende dar satisfacción a una necesidad recurrente de cosas genéricas (materias primas, electricidad, gas…).

La jurisprudencia señala que en defecto de pacto entre las partes, será de aplicación analógica la normativa reguladora de la compraventa.

**3*. Leasing* o arrendamiento financiero**

El contrato de arrendamiento financiero permite la adquisición del uso de determinados bienes de equipo y muebles costosos, bajo la estructura jurídica de un contrato complejo que incorpora elementos de la naturaleza del arrendamiento y de la opción de compra.

Su amplia difusión en las últimas décadas guarda relación con el tratamiento fiscal ventajoso del mismo en el marco de su utilización afecta a actividades empresariales.

En cuanto a su naturaleza jurídica se trata de un contrato de arrendamiento de un bien mueble o inmueble que incorpora una opción de compra del bien arrendado.

A dicho contrato alude la disposición adicional primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, así como la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Son elementos característicos del contrato los siguientes:

* Son elementos esenciales del contrato el destino a actividades empresariales o profesionales de los bienes por parte del arrendatario, así como la opción del compra a la finalización o término del contrato.
* La selección del bien objeto de adquisición y del proveedor corresponde al usuario o arrendatario financiero.
* La propiedad del bien es del arrendador financiero, mientras que el usuario o arrendatario financiero es sólo poseedor del mismo.
* Las cuotas periódicas del arrendamiento (con una duración habitual de dos años mínimo para muebles y diez inmuebles), se determinan teniendo en cuenta la amortización total o casi completa del bien.
* Los contratos de arrendamiento financiero referidos a bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, podrán inscribirse en la sección de venta a plazos de bienes muebles, del Registro de bienes muebles, de conformidad con lo dispuesto por la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre.

**VI. BREVE REFERENCIA A LA COMPRAVENTA DE EMPRESA**

La compraventa de empresa es un contrato de compraventa mercantil que goza de especialidades en su régimen jurídico derivada de una constante práctica de mercado como consecuencia de la adaptación de las normas generales de la compraventa a la especialidad propia de este contrato: el objeto sobre el que recae, esto es, la empresa.

Esta adaptación de las reglas generales a la especialidad de su objeto se realizan a partir de la naturaleza dispositiva de las normas reguladoras de la compraventa, así como de la aplicación del principio general de la autonomía de la voluntad de las partes. Lo anterior conduce a la aplicación general de una serie de reglas y usos provenientes de la práctica anglosajona a la que se ha adaptado el régimen general de la compraventa mercantil.

Como destacábamos, la especialidad de este tipo de compraventa reside en su objeto, la empresa, que tiene un carácter complejo, heterogéneo y dinámico, un objeto vivo que requiere la adaptación de normas como las relativas a la entrega de la cosa, el pago del precio o las garantías del vendedor.

Una compraventa de empresa, que puede revestir muy diversas formas en función de los actores intervinientes, la finalidad perseguida, y las circunstancias que concurran en cada caso, se caracteriza en la práctica por ser un proceso intensamente influenciado por el derecho contractual anglosajón y por suponer una problemática un más compleja en la aplicación de las obligaciones de entrega y de saneamiento por vicios ocultos, a la vista de la naturaleza dinámica del objeto de la compraventa de la que goza empresa o actividad empresarial.

En este tipo de operaciones hay que atender, en primer término, a los sujetos intervinientes, muy en particular al comprador, dado que podrá ser un comprador o inversor industrial, o capitalista (por ejemplo, un fondo de capital riesgo o *Private Equity*), y el contenido del contrato de compraventa o SPA (*Sale and Purchase Agreement),* en uno y otro caso puede presentar significativas diferencias  derivadas, por ejemplo, de la voluntad de permanencia sólo temporal del *Private Equity* en la empresa comprada.

En segundo lugar, debe subrayarse que, desde una perspectiva general, es posible articular la compraventa, como una compraventa de activos, esto es, de los elementos patrimoniales que organizados conforman la actividad empresarial en sentido estricto (adquisición directa de la empresa), o lo que es más frecuente por su mayor simplicidad jurídica frente a la anterior, adquisición del capital social de la sociedad titular de la actividad empresarial (adquisición indirecta). La opción por uno u otro sistema dependerá de las circunstancias concretas, pero mientras que en el primer sistema sólo se adquiere el activo y pasivo empresarial que se especifica concretamente en el seno de la transacción, con la complejidad que eso añade, en el segundo caso, si se adquiere el control de la sociedad, existe una cesión global de la actividad empresarial en su conjunto (activo y pasivo), de naturaleza indirecta: por el cambio de control en la sociedad propietaria de la actividad empresarial en su conjunto. Esta segunda alternativa, es por ello, más frecuente en la práctica.

Teniendo en cuenta lo anterior, el **esquema general de la operación de compraventa**-, sería, en apretada síntesis, el siguiente:

– En primer lugar, puede aparecer un Banco de Inversión recibiendo un mandato de venta, en virtud del cuál organiza el proceso de compraventa, valorando la empresa en venta, elaborando un cuaderno de venta y, en definitiva, organizando todo el proceso de venta.

– El siguiente paso suele ser la negociación preliminar con un conjunto de potenciales compradores sobre la base de un informe de auditoría legal elaborado por el vendedor (*Vendors Due Diligence*), de modo que puede llegarse a organizar incluso una suerte de proceso de subasta privada o *beauty contest*, según sea el caso.

– Seleccionado un potencial comprador, se suelen suscribir (en fase precontractual) un conjunto de documentos como el (i) *Term Sheet, Memeorandum of Understanding* (*MoU*) o Carta de intenciones (puede tener naturaleza vinculante y ser en sentido estricto un precontrato, o no vinculante) en la que se establecen los elementos esenciales del futuro contrato de compraventa (objeto del contrato, precio…); (ii) pacto de exclusividad temporal en la negociación con el comprador; y (iii) pacto de confidencialidad en relación conl la información ofrecida al comprador en la negociación. En esta fase, es frecuente, también, la realización de auditorías legales y fiscales de la actividad empresarial comprada por parte del comprador (*Due Diligence*), de diferente alcance e intensidad, en función de las circunstancias concretas.

– Superada la anterior fase, el paso siguiente, generalmente, es la suscripción del contrato privado de compraventa, de tal forma que las partes ya se obligan como compradores y vendedores (al amparo del artículo 1445 del CC), pero al no existir *traditio* o entrega (artículo 609 del CC), no hay, todavía transmisión de la propiedad de la actividad empresarial o del capital social afectado. La estructuración de la compraventa en dos fases, la presente (*signing*), y la posterior elevación a público del contrato (*closing*), momento en el que salvo condiciones suspensivas mediantes se produce la trasnmisión de la propiedad del objeto de la compraventa, se ampara en la teoría del título y el modo (artículo 609 CC) y busca satisfacer, por influencia anglosajona, diferentes objetivos: por ejemplo, permitir la formación de la voluntad contractual por fases y progresivamente, de modo que las partes se vinculen de manera más intensa según se va perfeccionando y completando dicha voluntad contractual (piénsese en cuestiones como el precio en grandes operaciones corporativas), u obtener con carácter previo a la transmisión, pero ya como comprador y vendedor obligados contractualmente, autorizaciones y permisos administrativos a los que la operación mercantil se encuentra sujeta y condicionada (competencia, energía, etc…)

El contenido de estos contratos se aleja en fondo y forma del clásico contrato de compraventa en nuestro Derecho. Al amparo de la autonomía de la voluntad (1255 CC) y la libertad de forma, el SPA o *Sale and Purchase Agreement*, suele presentar un aspecto formal (índices, definiciones, etc.) muy anglosajón, y en cuanto al contenido se incluyen apartados como las manifestaciones y garantías (*Representations and Warranties*), típicamente anglosajonas, ajenas a nuestro derecho y que sólo la autonomía de la voluntad y nuestra flexibilidad contractual permite incorporar.

– El siguiente paso es la elevación a público del contrato privado de compraventa o *closing*, momento en el que, salvo que existan condiciones suspensivas, se produce la *traditio ficta* y, con ello ,la trasnsmisión de la propiedad de la empresa o capital social.

– Una última fase es el conocido como *post closing*, o fase de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato (inscripciones en registros, entregas, recepciones, puestas en funcionamiento, etc).