

L'empresa com a categoria fonamental del dret mercantil

Josep-Oriol Llebot Majó

PID_00144396

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. El significat ordenador de la doctrina de l'empresa	7
2. La llibertat d'empresa des de les perspectives doctrinal i constitucional	9
3. L'anàlisi econòmica de l'empresa	12
4. L'empresa i l'establiment mercantil	15
5. L'establiment mercantil com a objecte del tràfic jurídic	18
5.1. La compravenda	22
5.2. L'arrendament	23
5.3. L'usdefruit	23
5.4. Els contractes de garantia	24
5.5. La transmissió <i>mortis causa</i>	25
6. La tipologia empresarial	27
6.1. La grandària de l'empresa	27
6.2. La cooperació interempresarial	29
6.3. L'empresa en els sectors de l'activitat econòmica	31
Resum	34
Exercicis d'autoavaluació	37
Solucionari	38
Bibliografia	39

Introducció

L'empresa constitueix una categoria fonamental del dret mercantil perquè al voltant dels seus diferents significats la doctrina mercantil construeix el sistema extern o ordenació teòrica instrumental del dret mercantil com a disciplina científica. El mòdul s'inicia precisament exposant aquests **diferents significats de l'empresa** i la **funció ordenadora** que cadascun d'ells desplega respecte de la matèria que d'acord amb aquests forma el contingut doctrinal del dret mercantil. Un cop delimitats els significats de l'empresa i la seva funció ordenadora, a continuació determinem el significat de la **llibertat d'empresa** reconeguda en la Constitució espanyola, atès que aquest reconeixement permet de situar l'empresa com a eix del sistema extern del dret mercantil.

La noció d'empresa utilitzada amb el propòsit d'ordenar la disciplina mercantil troba el seu origen en un determinat estadi de la teoria econòmica. El desenvolupament posterior de l'anàlisi econòmica al voltant del significat de l'empresa justifica que dediquem també un apartat a aquestes qüestions, perquè els resultats assolits són de gran utilitat també per a l'anàlisi i comprensió dels problemes de les normes i institucions jurídiques integrades en el sistema del dret mercantil d'acord amb el paradigma de l'empresa.

El contingut ulterior del mòdul el desenvolupem analitzant amb cert deteniment el contingut i significat jurídic de dos dels tres significats de l'empresa: **l'empresa en sentit objectiu o establiment mercantil** i **l'empresa com a activitat de producció o distribució de béns i serveis** per al mercat. En relació amb el primer d'aquests dos significats prestem especial atenció a la disciplina dels negocis de transmissió de l'establiment mercantil i pel que fa al segon, a la delimitació de les activitats constitutives d'empresa que es poden qualificar com a activitats mercantils.

Objectius

Quan hàgiu finalitzat l'estudi d'aquest mòdul hauríeu de ser capaços del següent:

1. Entendre la funció ordenadora dels distints significats de l'empresa.
2. Conèixer el significat jurídic i econòmic del reconeixement de la llibertat d'empresa.
3. Comprendre el caràcter instrumental de les distintes teories econòmiques de l'empresa i la seva utilitat per a l'anàlisi jurídica.
4. Entendre el significat jurídic de la noció d'establiment mercantil i conèixer-ne la disciplina dels diversos negocis de transmissió.
5. Comprendre el significat de l'expressió grandària de l'empresa i de les diferents formes de cooperació per al desenvolupament d'una activitat empresarial.
6. Conèixer el significat i la importància jurídica de la distinció de la naturalesa de les diverses activitats constitutives d'empresa.

1. El significat ordenador de la doctrina de l'empresa

En el primer mòdul hem tingut ocasió d'exposar detingudament que l'empresa és la realitat material al voltant de la qual la doctrina mercantil majoritària delimita, justifica i construeix el sistema extern del dret mercantil com a disciplina científica. Els referits usos que la doctrina mercantil fa de l'empresa posen de manifest les distintes funcions que compleix. En el mòdul anterior ens hem fixat, sobretot, en les funcions de delimitació i justificació, exposant les diverses posicions doctrinals. En aquest mòdul ens interessa destacar el significat i el contingut de la **funció ordenadora de la doctrina de l'empresa**.

Aquesta funció ordenadora a què ara ens referirem té per finalitat subministrar els conceptes sobre els quals se sustenta la construcció del sistema extern del dret mercantil. En els esforços tradicionals de la doctrina jurídica per apprehendre jurídicament l'empresa ha estat present com a punt de partida la idea de la seva unitat conceptual en l'àmbit de l'economia. La impossibilitat de reduir aquesta unitat econòmica a unitat jurídica ha portat la doctrina mercantil a descompondre en diversos aspectes o dimensions amb rellevància jurídica aquella pressuposada unitat econòmica.

Aquest punt de partida tradicional en l'anàlisi jurídica de l'empresa té el seu origen en el model d'empresa que de manera contemporània al desenvolupament d'aquesta doctrina jurídica era utilitzat pels economistes. Aquest model no és altre que el **model neoclàssic d'empresa** en què l'empresa és concebuda com la unitat de producció del sistema econòmic portada a terme mitjançant l'organització de capital i treball. En qualsevol cas, segons aquesta posició doctrinal tradicional, les normes jurídiques quan es refereixen a l'empresa al·ludeixen, segons els casos, a tres realitats distintes: una, de tipus subjectiu, una altra, d'índole objectiva, i una tercera, de caràcter funcional.

Les al·lusions contingudes en les normes a l'empresa en un sentit subjectiu, això és, com a subjecte de dret, són meres metonímies que designen l'empresa pel seu titular, l'empresari, en tant que persona física o jurídica amb aptitud per a ser titular dels drets i obligacions derivats de l'exercici d'una activitat empresarial. Aquesta **dimensió subjectiva de l'empresa** és el criteri que subjau en l'ordenació de les matèries que formen el contingut del denominat estatut de l'empresari mercantil (la imputació de l'activitat empresarial, la publicitat legal, l'organització comptable de l'activitat empresarial i els auxiliars de l'empresari), i de les que integren la disciplina de les diverses estructures d'organització de la titularitat dels drets i obligacions derivats de l'activitat empresarial (dret de societats).

Model neoclàssic d'empresa

En el model neoclàssic d'empresa l'empresa és concebuda com la unitat de producció del sistema econòmic portada a terme mitjançant l'organització de capital i treball.

L'**aspecte objectiu de l'empresa** al·ludeix l'empresa com un conjunt d'elements personals, materials i immaterials organitzats per l'empresari per a desenvolupar una activitat empresarial. Les normes que fan servir l'expressió empresa amb aquest significat no la configuren com un objecte unitari de dret, sinó que simplement persegueixen, mitjançant la utilització d'una hipòstasi, una simplificació dels enunciats jurídics que serien necessaris per a establir la disciplina dels elements que integren aquest aspecte de la realitat al·ludida.

En qualsevol cas, és clar que la diversitat i pluralitat dels elements que integren l'empresa en aquest sentit fa impossible la seva construcció unitària. La doctrina mercantil per a distingir aquesta dimensió objectiva de l'empresa de la dimensió funcional, que estudiarem a continuació, fa servir l'expressió establiment mercantil com a equivalent a empresa en sentit objectiu. Aquesta noció d'establiment mercantil permet d'ordenar les qüestions relatives a la disciplina de l'empresa com a objecte de tràfic jurídic.

La tercera de les dimensions de l'empresa és d'índole **funcional** i es refereix a l'**empresa com a activitat**. Aquesta activitat constitutiva d'empresa o activitat empresarial és l'activitat de producció o distribució de béns i serveis per al mercat i és la que qualifica el subjecte que la desenvolupa com a empresari. La funció ordenadora d'aquest aspecte funcional de l'empresa es projecta sobre la disciplina que configura el mercat i sobre la que estableix el règim dels negocis jurídics constitutius de l'activitat de l'empresari en el mercat.

Aquestes tres dimensions, **subjectiva**, **objectiva** i **funcional**, en què jurídicament es descompon la realitat de l'empresa es corresponen, per tant, respectivament, amb els conceptes **d'empresari**, **establiment mercantil** i **activitat constitutiva d'empresa en el mercat**. Aquests són els conceptes sobre els quals se sustenta la construcció del sistema extern del dret mercantil com a disciplina acadèmica.

2. La llibertat d'empresa des de les perspectives doctrinal i constitucional

La Constitució conté l'ordre jurídic bàsic dels diversos sectors de la vida social i política, de manera que prefigura un model de societat. La llibertat d'empresa integra un dels elements que configuren el disseny bàsic tant de la Constitució econòmica com de la Constitució social. El reconeixement de la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat, com a element configurador de la Constitució econòmica comporta, d'una banda, l'establiment d'una garantia institucional i, de l'altra, el reconeixement d'un dret fonamental. La precisió del significat d'aquests dos aspectes o dimensions és imprescindible per a la correcta comprensió de la llibertat d'empresa.

La **dimensió de garantia institucional** que comporta el reconeixement constitucional de la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat representa l'establiment d'un límit a la llibertat del legislador. Aquest límit consisteix en el fet que el legislador haurà de respectar sempre l'existència d'una economia de mercat en què els particulars gaudeixin de llibertat per a iniciar activitats empresarials. La garantia institucional, però, en cap cas no representa un límit respecte a la seva concreta configuració legal.

En l'ordre econòmic, el significat d'aquesta garantia institucional es correspon a la d'un **model econòmic de mercat pur** en què l'Estat no interfereix en les activitats dels particulars, llevat del cas que aquestes no es desenvolupin mitjançant transaccions en el mercat i per a fer possibles aquestes transaccions i garantir-ne el compliment. En aquest sistema correspon únicament als particulars prendre les decisions relatives a l'inici de qualsevol activitat, als béns o serveis que desitgin produir i a la manera en què ho vulguin fer, a organitzar la producció com vulguin i, finalment, també els correspon decidir com i quan parar en l'activitat.

En l'extrem oposat al model econòmic de mercat pur hi ha el **model econòmic de planificació pur**, vedat al legislador per la garantia institucional. En aquest segon model és l'Estat el que pren les decisions relatives a quines activitats es poden iniciar i a quines no, quins béns o serveis produir i quins no, de quina manera fer-ho, com organitzar-ne la producció i com no fer-ho i, finalment, com i quan parar en l'activitat.

És cert que el model econòmic de planificació pur està directament exclòs del programa constitucional, però no ho és menys que el model econòmic de mercat pur també n'està fora. Això últim és el que vol fer patent el discurs dirigit a la constitucionalització de la doctrina de l'empresa, quan posa de manifest els elements presents en la Constitució econòmica que permeten i obliguen a precisar el significat d'aquesta doctrina i a donar entrada als fenò-

Lectura complementària

I. De Otto (1988). "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución". A: Lorenzo Martín-Retortillo; Ignacio de Otto i Pardo. Derechos fundamentales y Constitución (pàg. 93-172). Madrid: Civitas.

mens d'intervenció econòmica, començant amb l'explicitació del significat de la clàusula de l'Estat social. La constitucionalització de la doctrina de l'empresa condueix, en definitiva, a constatar que el sistema econòmic configurat en la CE és l'anomenat d'economia social de mercat, això és, un sistema econòmic que no es correspon amb cap dels dos models purs abans descrits.

La **segona dimensió** del reconeixement constitucional de la llibertat d'empresa representa el **reconeixement d'un dret** el contingut del qual, desglossat doctrinalment en la llibertat d'accés, la llibertat d'exercici i la llibertat de cessació, correspon fixar al legislador dins els límits que la mateixa Constitució estableix, perquè la CE no conté un model acabat de llibertat d'empresa. En conseqüència, la llibertat d'empresa es pot configurar amb continguts diversos, sempre que no contravinguin els límits predisposats en la mateixa Constitució.

Establir els límits presents en la CE exigeix delimitar el contingut constitucional de la llibertat d'empresa. El primer pas per a portar a terme la tasca de la delimitació del contingut constitucional de la llibertat d'empresa consisteix a identificar l'àmbit de la realitat al·ludida, això és, fixar què s'ha d'entendre per llibertat d'empresa i diferenciar-ho d'allò que no es pot considerar inclòs en l'article 38 CE perquè no pertany al que aquest vol protegir específicament. El segon pas consisteix a fixar el tractament jurídic que l'article 38 dóna a la llibertat d'empresa, això és, el contingut i abast de la protecció constitucional. En la pràctica d'aquests dos passos s'ha de tenir present l'articulació de la llibertat d'empresa amb altres drets i amb altres normes constitucionals que incideixen tant en la porció de realitat a què aquesta es refereix com en el seu tractament jurídic. En definitiva, és necessari portar a terme una interpretació unitària i sistemàtica de la Constitució.

El resultat d'aquest esforç interpretatiu i sistemàtic de la Constitució sembla portar a la necessitat de distingir entre les qüestions següents:

a) la llibertat d'iniciar activitats empresarials, que, mentre constitueix la porció de realitat a què es refereix i que és objecte de protecció en l'article 38 CE, compta amb la tutela prevista en l'article 53.1 CE (reserva de llei i contingut essencial), i

b) la regulació de l'exercici de les distintes activitats empresarials que, en no constituir una regulació de la llibertat reconeguda i tutelada en l'article 38 CE no queda subjecta als requisits de l'article 53.1 CE.

Això no significa que les regulacions limitatives de les activitats empresarials quedin a l'arbitri de la potestat reglamentària de l'Administració, atès que aquestes poden estar subjectes a una reserva de llei en la mateixa Constitució i, en tot cas, el **principi constitucional de llibertat** (art. 1.1 CE) –que comporta que els particulars puguin arribar a portar a terme totes les activitats que la llei no prohibeixi o l'exercici de la qual no subordini a requisits o condicions

determinades– i el **principi de legalitat** (art. 9.3 i 103.1 CE) –que impedeix que l'Administració dicti normes sense la corresponent habilitació legal–, posen veda a aquesta possibilitat.

L'anàlisi de les dues dimensions constitucionals de la llibertat d'empresa deixa ben clar que el legislador és lliure de configurar tant el contingut de la institució com també el contingut, encara dins els límits constitucionals, de la llibertat en sentit tècnic. El legislador, en exercitar les potestats de configuració que presenta, persegueix determinades finalitats que afecten qualsevol dels tres aspectes en què doctrinalment es desglossa la llibertat d'empresa, això és, la **llibertat d'accés**, la **llibertat d'exercici** i la **llibertat de cessació**, i que porten a configurar el nostre sistema econòmic com un sistema que integra conjuntament i simultàniament elements dels dos models purs, per a situar-lo en aquest sistema que denominem d'economia social de mercat. L'element característic del sistema d'economia social de mercat es troba en el fet que en aquest les decisions relatives a les activitats empresarials són el resultat de la combinació conjunta i simultània de les decisions dels particulars en el marc del mercat i de les decisions de l'Estat en el marc de la intervenció normativa en l'economia.

Lectura complementària

A. Rojo (1983). "Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española". RDM (pàg. 309-341).

3. L'anàlisi econòmica de l'empresa

La noció d'empresa utilitzada per la doctrina mercantil per a complir les funcions de justificar, delimitar i ordenar les normes i institucions que formen el dret mercantil com a disciplina acadèmica, fa ja temps que ha estat superada per la teoria econòmica. La noció d'empresa utilitzada pels mercantilistes, com a organització de capital i de treball destinada a la producció o distribució de béns o de serveis per al mercat, es correspon amb la que en la teoria econòmica es qualifica com a model neoclàssic d'empresa.

La teoria econòmica de l'empresa en el **model neoclàssic** consisteix, esquemàticament, en l'anàlisi de la denominada funció de producció, això és, en l'estudi de les diferents possibilitats de combinar els factors de producció (entrades o inputs, com ara treball, matèries primeres, béns d'equip, etc.) per a obtenir els béns produïts per l'empresa (sortides o outputs). L'estudi de la funció de producció junt amb la hipòtesi que l'empresa té per finalitat maximitzar els beneficis, descriuen l'empresa en el model neoclàssic.

L'organització de l'activitat econòmica mitjançant una empresa és descrita en el model neoclàssic amb abstracció de la mateixa estructura interna de les empreses. La producció ocorre en l'interior de l'empresa però el model no diu res sobre la manera en què aquesta es porta a terme en el seu interior. El model neoclàssic tampoc no és capaç d'oferir una explicació global de les diferents formes d'organització de l'activitat econòmica: l'empresa i el mercat.

En la realitat econòmica, la producció i la distribució de béns o serveis a vegades es desenvolupa mitjançant el mecanisme dels preus, això és, en el mercat, i altres vegades, en canvi, es desenvolupa mitjançant una empresa.

La raó principal per la qual hi ha empreses resideix en els costos de la utilització del mercat per a portar a terme la producció o la distribució. L'empresa, com a forma alternativa de portar a terme la producció o la distribució, sorgeix quan els costos de produir o de distribuir els béns o serveis mitjançant transaccions en el mercat són superiors als costos d'organitzar la producció o la distribució mitjançant una empresa.

L'empresa en el **model contractual** no es distingeix del mercat perquè les dues formes d'organitzar l'activitat econòmica es desenvolupen mitjançant la conclusió de relacions contractuals. L'empresa, per tant, no és més que un com-

plex entramat de relacions contractuals. Les diferents estructures contractuals de cada empresa concreta no són altra cosa que el resultat de l'equilibri assolit entre els diversos subjectes que intervenen en l'empresa.

El que és correcte és contemplar ambdues maneres d'organitzar la producció o la distribució dels béns i serveis com la substitució d'uns tipus de contractes per altres. En aquest sentit, l'elecció d'una de les dues formes d'organitzar la producció o la distribució comporta l'elecció d'estructures contractuals distintes pel seu caràcter i contingut. El més important per a escollir la forma de producció o distribució és la selecció dels tipus de contractes per a portar-la a terme, ja que aquesta selecció determinarà els costos de producció o distribució.

Les empreses actuen en el mercat en competència. És clar, doncs, que el principal problema que qualsevol empresa ha d'afrontar per a sobreviure en el mercat consisteix a reduir els costos d'organitzar la producció o la distribució mitjançant aquesta complexa estructura contractual que denominem empresa, ja que, en el mercat, sols romandran aquelles empreses més eficients, és a dir, aquelles empreses que siguin capaces de produir o distribuir els béns o serveis demandats als preus més baixos cobrint els costos que hagin de suportar.

Els costos l'estudi dels quals resulta rellevant en aquest model són els que sorgeixen en establir el conjunt de relacions contractuals que configuren l'empresa entre subjectes que en perseguir maximitzar les seves pròpies utilitats es troben en una situació de conflicte d'interessos. Aquests costos són els denominats costos d'agència, que no són altra cosa que una especificació de la categoria més àmplia dels costos de transacció. L'expressió costos d'agència procedeix de la denominada relació d'agència en què una persona, el principal, encarrega a una altra persona, l'agent, fer alguna cosa en el seu nom. En perseguir tots dos, el principal i l'agent, la maximització de les seves pròpies utilitats, sembla raonable afirmar que l'agent no actuarà sempre d'acord amb els interessos del principal.

En conseqüència, en els costos d'agència estan compresos els costos que sorgeixen de la relació d'agència. Analíticament descompostos, aquests costos són els següents:

- els **costos de supervisió**, això és, els costos en què incorre el principal en supervisar l'activitat de l'agent per a evitar que aquest faci activitats que el perjudiquin;
- els **costos de garantia**, això és, els costos en què, si escau, incorre l'agent per a garantir al principal que no portarà a terme activitats que el perjudiquin;
- finalment, els **costos residuals**, això és, els costos en què incorre el principal a causa de la divergència d'interessos entre ambdós i que no pot evitar

Lectura complementària

R.H. Coase (1994). "La naturaleza de la empresa". A: La empresa, el mercado y la ley (pàg. 33-49). Madrid: Alianza.

mitjançant l'activitat de supervisió perquè el cost marginal d'aquesta és superior a la utilitat marginal que obtindria.

Les diverses relacions contractuals que constitueixin l'estructura de cada empresa són analitzades en aquest model com si es tractés d'altres tantes relacions d'agència. Aquesta equiparació, entre la relació d'agència i cadascuna de les relacions presents en l'empresa, permet d'utilitzar l'instrument dels costos d'agència per a explicar i descriure les distintes estructures contractuals que configuren l'empresa. La reducció dels costos d'agència és en aquest model la clau de la supervivència de l'empresa en el mercat i, per tant, la finalitat perseguida per tots els individus que s'integren en l'estructura contractual de l'empresa.

L'ús del model contractual de l'empresa i de la metodologia que el sustenta per a analitzar les normes i institucions que formen el dret mercantil permet, com veurem, d'enriquir el tipus de preguntes que ens podem formular, els procediments que hem de seguir per a respondre-les, les respostes que considerem acceptables i la terminologia que fem servir, i tot això sense alterar les regles vigents entre la comunitat de mercantilistes.

4. L'empresa i l'establiment mercantil

La distinció entre les nocions d'empresa i establiment mercantil compleix una funció ordenadora de la realitat econòmica prevista per les normes jurídiques. L'empresa és aquí sinònim d'una activitat econòmica de producció i distribució de béns i serveis per al mercat. El desenvolupament d'una activitat constitutiva d'empresa per part d'un subjecte el situa a la realitat econòmica en la condició d'empresari. Ara bé, no totes les activitats econòmiques constitutives d'empresa són rellevants per al dret mercantil sinó únicament algunes. En l'últim apartat d'aquest mòdul delimitarem les activitats constitutives d'empresa que obliguen a qualificar el subjecte que les desenvolupa com a empresari mercantil.

La relació entre l'empresa i l'establiment mercantil és una relació de mitjà a fi: l'establiment mercantil serveix per a desenvolupar una activitat econòmica constitutiva d'empresa.

L'establiment mercantil constitueix un conjunt complex d'elements personals, materials i immaterials organitzat per l'empresari per a desenvolupar una activitat econòmica constitutiva d'empresa. Allò que qualifica un subjecte com a empresari no és, això no obstant, la titularitat sobre els elements que componen un establiment mercantil així definit, sinó l'exercici d'una activitat constitutiva d'empresa. L'empresari no és necessàriament el titular dels mitjans de producció que formen l'establiment mercantil (capital i treball), sinó únicament el subjecte al qual se li imputen els drets i obligacions derivades de l'activitat empresarial.

La dissociació entre la titularitat de les relacions jurídiques produïdes pel desenvolupament d'una activitat empresarial i els mitjans de producció que integren l'establiment mercantil s'expressa en la noció d'establiment mercantil. L'establiment mercantil està format no pels elements que pertanyen a l'empresari sinó pel conjunt d'elements organitzat per l'empresari per al desenvolupament d'una activitat econòmica. L'empresari no és necessàriament el propietari dels elements que integren l'establiment mercantil, sinó que en té prou de tenir una titularitat jurídica que li permeti la seva utilització. Els títols jurídics que permeten a l'empresari la utilització dels elements que componen l'establiment mercantil poden ser títols obligatoris, títols de naturalesa real o una combinació de tots dos.

La pluralitat i diversitat tant dels elements que puguin integrar un establiment mercantil com dels títols jurídics que sobre aquests posseeix l'empresari, impedeixen atribuir a l'establiment mercantil una naturalesa unitària pròpia i

distinta de la inherent a cadascun dels elements. Els elements que integren l'establiment mercantil no són fixos sinó que depenen de circumstàncies diverses, com ara la naturalesa de l'activitat empresarial desenvolupada i les dimensions de l'empresa.

En qualsevol cas, entre els elements materials es poden trobar béns mobles (com ara màquines, mobiliari, utensilis, mercaderies i matèries primeres, etc.), béns immobles (com ara locals, magatzems, etc.), drets reals o de crèdit, títols de propietat industrial (com ara patents, signes distintius, etc.), i entre els elements personals s'han de destacar, sobretot, els derivats dels contractes de treball. El valor de l'establiment mercantil no és normalment l'equivalent a la suma dels valors individuals de cadascun dels elements que en concret l'integren. La diferència entre aquest últim valor i el d'establiment és el que s'atribueix a l'organització de tots aquests i al seu producte que dona lloc a un conjunt de béns immaterials com ara la reputació, la clientela o altres relacions de fet que reben la denominació de fons de comerç.

Béns immobles

Entre els elements materials resulta convenient detenir-se ara, per no ser objecte d'estudi en un altre lloc d'aquests materials, en els béns immobles on hi ha situat l'establiment mercantil. El títol jurídic que l'empresari pot tenir sobre aquests immobles, com sobre la resta de béns que componen l'establiment, pot ser un títol de propietat o un títol obligatori. El títol obligatori més freqüent que confereix a l'empresari el dret a fer servir l'immoble és el que proporciona el contracte d'arrendament.

La disciplina d'aquest contracte d'arrendament és l'establerta en la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans, per als contractes d'arrendament per a ús distint del d'habitatge i, en especial, per als celebrats per a exercir en la finca objecte del contracte una activitat empresarial (art. 1 i 3.2). El contingut obligacional d'aquests arrendaments és el que els contractants tinguin per convenient establir (art. 4.3). La llei sols fixa dues obligacions de naturalesa imperativa, l'obligació de formalitzar per escrit el contracte (art. 37) i l'obligació de l'arrendatari de prestar fiança (art. 36).

En defecte de pacte exprés s'apliquen amb caràcter supletori de la voluntat de les parts les normes contingudes en els articles 29 a 35 de la Llei i el que es disposa en els articles 1546 i seg. del Codi civil. En aquest règim supletori destaquen, per apartar-se del règim comú, el dret de l'arrendatari de subarrendar la finca o cedir el contracte sense el consentiment de l'arrendador a canvi del dret d'eleva la renda que s'atorga a aquest últim (art. 32); el dret de subrogar-se en el contracte d'arrendament fins a la seva extinció que s'atorga a l'hereu o legatari de l'arrendatari sempre que continuï l'activitat empresarial exercida per aquell (art. 33), i el dret de l'arrendatari a una indemnització a càrrec de l'arrendador quan el contracte s'extingeixi per causa del transcurs del terme convencional (art. 34).

La relació entre empresa i establiment mercantil és especialment rellevant per al dret administratiu, atès que segons la naturalesa de l'activitat empresarial desenvolupada en l'establiment hi ha diferents disciplines especials aplicables per a la creació i exercici d'activitats en aquests. En aquesta situació hi ha, entre altres, els establiments comercials, això és, els locals, construccions, quioscos o instal·lacions de qualsevol classe, de caràcter fix i permanent, destinats a l'exercici regular d'activitats comercials al detall (art. 2 de la Llei d'Ordenació del Comerç Minorista), atès que la seva instal·lació està subjecta a la prèvia obtenció d'una autorització administrativa de la corresponent administració autonòmica o municipal (art. 5 a 7 LOCM).

El dret mercantil únicament preveu una disciplina especial aplicable als establiments oberts al públic i als establiments secundaris o sucursals. Els establiments oberts al públic són botigues o magatzems en què es venen mercaderies i que el Codi de comerç contempla per a establir una disciplina especial de les compravendes fetes en aquests establiments.

Aquesta disciplina consisteix en l'establiment d'una presumpció iuris tantum del caràcter al comptat de les compres i vendes concloses en aquests establiments (art. 87) i en la tutela real a favor del venedor respecte a l'adquisició de la moneda en què es verifica el pagament de les mercaderies comprades al comptat (art. 86) i del comprador respecte a les mercaderies adquirides (art. 85.I). Únicament per a aquest últim cas es presumeixen iuris et de iure botigues o magatzems oberts al públic els establerts per comerciants inscrits en el Registre Mercantil i els establerts per comerciants no inscrits, sempre que s'hagi produït una publicitat de fet o bé perquè hagin romàs oberts al públic per espai de vuit dies consecutius, o bé perquè s'hagin anunciat per mitjà de rètols, mostres o títols en el mateix local, o per avisos repartits al públic inserits en els diaris de la localitat (art. 85.II).

El significat doctrinal de l'establiment mercantil, equivalent al de l'empresa en sentit objectiu, comprèn tots els elements organitzats per l'empresari per a l'exercici de l'activitat empresarial i, per tant, també tots els béns immobles on es desenvolupa aquesta activitat empresarial. En aquest sentit més restringit de béns immobles on es desenvolupa una activitat empresarial es pot distingir, formant part tots dos de l'establiment mercantil en sentit ampli, entre establiment principal i establiments secundaris o sucursals.

Els establiments secundaris o sucursals

El fenomen dels establiments secundaris atén a la necessitat de l'expansió territorial de les activitats empresarials. Aquesta necessitat està en funció de múltiples factors com ara la naturalesa de l'activitat empresarial i el desenvolupament dels mitjans de comunicació i transport. En qualsevol cas és un fenomen que està en competència, especialment pel que fa a l'establiment d'empresaris estrangers, amb la constitució de societats filials. L'establiment secundari o sucursal és el lloc en què es desenvolupen, totalment o parcialment, les corresponents activitats empresarials amb certa autonomia respecte a l'establiment principal i que compta amb un representant permanent de l'empresari (arg. ex art. 295 RRM).

La instal·lació de sucursals està subjecta a l'obligació d'inscripció en el Registre Mercantil (art. 81.1.j, RRM). La inscripció es practica en el mateix full de l'empresari i en un full propi obert per a la sucursal quan radiqui en una província diferent de la del domicili de l'empresari o quan, radicant en la mateixa província, el registrador el consideri necessari per a més claredat dels assentaments (art. 296 RRM). Aquest règim de publicitat legal de les sucursals s'explica per la finalitat de publicar la identitat i facultats dels representants permanents i d'aproximar aquesta informació al lloc en què radica.

5. L'establiment mercantil com a objecte del tràfic jurídic

En el discurs jurídic –de manera expressa– i econòmic –de manera tàcita–, se sol afirmar, recollint un fenomen de la realitat empresarial, que les empreses són susceptibles de transmissió, és a dir, que poden constituir l'objecte de negocis jurídics diversos que comporten que una persona succeeixi a una altra en l'exercici d'una activitat empresarial. Aquesta forma d'expressar el fenomen que s'esdevé en la realitat empresarial no es pot acollir perquè desbarata l'ordre dels conceptes tècnicament correcte. L'empresa és, com sabem, una activitat econòmica i respecte a una activitat no es pot produir una successió en termes jurídics. La successió únicament pot tenir lloc sobre les relacions jurídiques concretes produïdes com a conseqüència del desenvolupament d'una activitat empresarial. Aquestes relacions jurídiques són les que l'empresari manté amb cadascun dels elements organitzats que constitueixen l'establiment mercantil mitjançant el qual desenvolupa una activitat econòmica constitutiva d'empresa.

L'objecte del tràfic jurídic no pot ser l'empresa en tant que activitat, sinó les titularitats jurídiques sobre els elements que conformen l'establiment mercantil.

En aquest sentit, cal destacar la proximitat, sinó identitat, existent entre la realitat descrita pel model contractual de l'empresa, formulat per l'anàlisi econòmica, i les nocions d'empresa en sentit objectiu o establiment mercantil, formulades pels juristes. El model contractual de l'empresa no sols està pròxim a la noció jurídica d'empresa en sentit objectiu sinó que, a més, és un model realista perquè descriu la realitat jurídicament rellevant de l'empresa com a conjunt complex de relacions jurídiques el nexa d'unió de les quals és l'empresari com a titular actiu o passiu de totes les relacions que la formen.

L'establiment mercantil com a objecte del tràfic jurídic en el sentit indicat és una matèria que inclou l'estudi de la disciplina de tots els supòsits en què aquell constitueix l'objecte d'una transmissió. Els diversos supòsits de transmissió del conjunt de relacions jurídiques que integren un establiment mercantil es poden ordenar, d'acord amb les categories generals subministrades per la teoria general del negoci jurídic, com a supòsits de transmissió plena o limitada, de transmissió voluntària o forçosa, de transmissió inter vivos o mortis causa i de transmissió onerosa o gratuïta.

L'ordenament jurídic espanyol no conté una disciplina general relativa a l'establiment mercantil com a objecte del tràfic jurídic sinó únicament algunes normes fragmentàries que fixen el règim d'alguns aspectes de la transmissió. Aquesta situació de precarietat normativa i l'especificitat de l'objecte de la transmissió expliquen l'atenció que s'ha de prestar als problemes que presenta l'aplicació de la disciplina general dels contractes als supòsits de transmissió voluntària inter vivos de l'establiment mercantil.

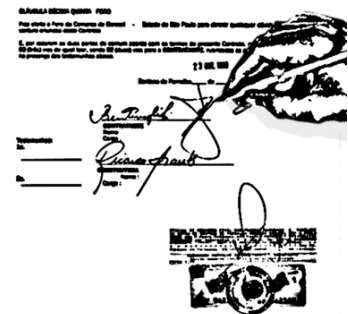
Aquests problemes són els que plantegen els actes següents:

- la transmissió de les titularitats reals sobre els béns,
- la cessió de les relacions jurídiques pendents d'execució,
- la cessió dels crèdits,
- l'assumpció dels deutes, i
- la transmissió del fons de comerç.

Aquests problemes enumerats sorgeixen qualsevol que sigui la modalitat negocial utilitzada amb el propòsit de transmetre un establiment mercantil. Un cop estudiats aquests problemes generals tractarem breument els específics que plantegen els tipus negocials utilitzats més freqüentment.

La **transmissió plena o limitada de la titularitat sobre els béns integrats en l'establiment mercantil** no es produeix en bloc com a conseqüència de la conclusió del negoci de transmissió. Aquests béns sols es transmeten quan per a cadascun d'aquests es compleixi amb la disciplina a què estan individualment subjectes, atès que l'establiment mercantil no es pot configurar com un objecte unitari de dret. Això no obstant no és necessària, encara que sí convenient, una enumeració de tots i cadascun dels béns que es transmeten, ja que aquests, en tant que constitueixen l'objecte del negoci de transmissió, queden delimitats per la seva adscripció funcional a l'establiment mercantil.

La regla general en el nostre ordenament és que la transmissió i adquisició derivativa de la propietat i altres drets reals sobre els béns exigeix la concurrència d'un títol, la tradició i la propietat del cedent. La transmissió dels béns integrats en l'establiment mercantil es produeix, per tant, mitjançant la conclusió d'un contracte, suficient per la seva naturalesa per a produir l'obligació de transmetre la propietat d'aquests béns o de constituir un dret real sobre aquests, i la tradició o lliurament sempre que el cedent en tingui la propietat. Ara bé, com queda dit, junt amb aquests requisits generals cal complir addicionalment amb els propis d'aquells béns que integrats en l'establiment mercantil estan subjectes a un règim especial de transmissió o bé respecte a la forma o bé en relació amb la publicitat legal.



Transmissió d'un establiment mercantil

Els béns integrats en un establiment mercantil no són necessàriament de propietat del transmetent sinó que aquest pot tenir sobre aquests únicament un títol obligacional. La transmissió de l'establiment mercantil, d'altra banda, no es limita a la mera transmissió dels béns organitzats i utilitzats per al desenvolupament de l'activitat empresarial, sinó que també inclou les relacions jurídiques producte de l'exercici d'aquesta activitat. En tots dos supòsits es presenta el problema del règim de la **cessió de les relacions jurídiques pendents d'execució o d'execució continuada**.

La transmissió d'aquestes relacions exigeix amb caràcter general no sols el consentiment del tradens i de l'acquiens de l'establiment mercantil sinó també el de la part cedida, atès que la transmissió de la relació a l'acquiens constitueix una modificació subjectiva de la relació original que únicament el pot vincular en la mesura que la consenti. Tanmateix, hi ha alguns supòsits en els quals la transmissió es produeix sense el concurs actual d'aquest consentiment. Aquests supòsits són els relatius a la cessió del contracte d'arrendament (art. 32.1 LAU) i a la cessió dels contractes de treball (art. 44 ET). La cessió de les relacions laborals es produeix ex lege quan es transmet l'establiment mercantil.

En canvi, la cessió del contracte d'arrendament es produeix sense necessitat de comptar amb el consentiment de l'arrendador sempre que no s'hagi exclòs expressament aquest dret de l'arrendatari en el contracte d'arrendament (art. 4.3 LAU). La previsió d'aquest dret de l'arrendatari amb caràcter supletori tutela l'interès privat de l'arrendador que exercita una activitat empresarial enfront de l'interès de l'arrendador de la finca que únicament s'explica per la finalitat d'afavorir la circulació d'empreses. La contrapartida d'aquesta tutela consisteix en el dret d'eleva la renda en vigor en un 20% que s'atorga a l'arrendador (art. 32.2 LAU) i per a l'exercici de la qual s'obliga a l'arrendatari cedent i al cessionari a notificar-li fefaentment la cessió en el termini d'un mes (art. 32.4).

El problema de la transmissió de les relacions jurídiques sols apareix quan estan pendents d'execució o són relacions d'execució continuada, atès que en el cas que l'empresari cedent de l'establiment mercantil hagués complert i l'altra part no, el primer serà titular d'un crèdit i, a l'inrevés, quan l'empresari no hagués complert i l'altra part de la relació sí, l'empresari serà deutor de la prestació. En aquests casos, la transmissió de l'establiment mercantil planteja el problema de la cessió dels crèdits i l'assumpció de deutes per l'adquirent de l'establiment mercantil. La **cessió dels crèdits** es produeix amb la conclusió del negoci de transmissió de l'establiment mercantil sempre que hagin estat inclosos com a objecte d'aquest i sense necessitat de consentiment del deutor (art. 347 C de C). La notificació de la cessió al deutor no és un element necessari perquè es produeixi la transmissió dels crèdits sinó per a posar en coneixement d'aquell la cessió (art. 1527 CC). L'**assumpció dels deutes** del tradens

de l'establiment mercantil per part de l'accipiens sí que exigeix, en canvi, el consentiment del creditor del tradens (art. 1205 CC), atès que es tracta d'un supòsit de modificació subjectiva de la relació obligatòria original.

Hi ha també excepcions pel que fa al règim exposat de l'assumpció de deutes. Aquestes excepcions són les relatives als deutes tributaris (art. 72 LGT), als deutes per prestacions de la Seguretat Social (art. 127.2 LGSS) i als deutes laborals (art. 44.1 ET). En tots aquests casos l'accipiens es constitueix en garant ex lege del compliment d'aquests deutes sense que sigui exigint el consentiment del creditor, atès que tampoc no cessa la responsabilitat del tradens per aquests deutes.

La transmissió del fons de comerç

La transmissió d'un establiment mercantil comprèn en les expectatives de les parts no sols la transmissió dels béns, materials i immaterials, les relacions jurídiques pendents d'execució o d'execució continuada, els crèdits i els deutes sinó també i de manera molt destacada la **transmissió del fons de comerç**. El fons de comerç comprèn com el valor inherent a l'organització de la resta d'elements que formen l'establiment mercantil i a la reputació de l'empresari transmetent no és susceptible de transmissió perquè sobre aquest no es pot posseir una titularitat jurídica. El valor de l'establiment mercantil, tanmateix, no és el que correspon a la suma dels valors individuals dels elements utilitzats i organitzats que el componen, sinó el que resulta de la capitalització dels beneficis que permeten obtenir. La diferència entre aquests dos valors és el corresponent al fons de comerç i d'allí l'interès de l'accipiens d'assegurar-se'n el gaudi.

El mitjà utilitzat per a assegurar que l'accipiens de l'establiment mercantil podrà gaudir del fons de comerç és l'**obligació de no-competència** que recau sobre el tradens. La validesa de l'obligació de no-competència, tant si s'imposa de manera expressa, mitjançant l'establiment d'un pacte de no-competència, com si no es pacta en el negoci de transmissió, no descansa en una norma específica, atès que en el nostre ordenament cap norma preveu expressament aquest supòsit, sinó que és el resultat de l'elaboració doctrinal i jurisprudencial.

La doctrina, després de fer explícita la finalitat i funció desenvolupada per aquesta obligació assenyala que el seu fonament normatiu s'ha de basar en la bona fe en la seva funció de clàusula d'integració contractual (art. 1255 CC i 57 C de C). La justificació de l'admissió de la validesa de l'obligació de no-competència queda justificada, per tant, per la funció que desenvolupa i, per això, és imprescindible assenyalar-la expressament. Aquesta funció queda posada de manifest si imaginem el supòsit en què aquesta obligació de no-competència no fos exigible: ningú estaria disposat a adquirir un establiment mercantil en aquestes condicions, atès que una vegada feta la transmissió, el tradens podria continuar exercint la mateixa activitat i perjudicar d'aquesta manera a l'accipiens que veuria reduït el valor de l'establiment. En canvi, mitjançant l'exigibilitat de l'obligació de no-competència, es facilita la transmissió i la continuïtat dels establiments mercantils els titulars dels quals, per la raó que sigui, no desitgen continuar explotant.

En qualsevol cas, també en relació amb aquesta obligació, la doctrina i la jurisprudència han destacat que, per a la seva validesa, a més de satisfer la funció referida, han d'estar limitats en el temps i en l'espai. Aquests **límits** necessaris per a la validesa de l'obligació no s'exigeixen arbitràriament sinó precisament perquè compleixi la finalitat que justifica l'admissió de la seva validesa. En concret, pel que fa al límit **temporal**, aquest no es pot estendre més enllà del necessari per a la tutela del fons de comerç de l'establiment mercantil adquirit i, pel que fa al límit **espacial**, no s'ha d'incloure un àmbit que excedeixi la possibilitat que es produeixi una competència efectiva.

5.1. La compravenda

La compravenda d'establiment mercantil és el contracte pel qual un empresari s'obliga a transmetre l'establiment mercantil a canvi d'un preu que el comprador s'obliga a satisfer. El significat jurídic de l'obligació de transmetre l'establiment mercantil es xifra en l'obligació de transmetre la titularitat de totes les relacions jurídiques que l'empresari venedor posseeix sobre els elements que formen l'establiment i sorgeix amb la conclusió d'aquest únic contracte de compravenda.

El contingut d'aquest contracte està integrat per les corresponents obligacions que les parts fixen en aquest a càrrec de l'empresari venedor i del comprador. En qualsevol cas, entre aquestes obligacions sempre hi ha les pròpies de la compravenda en general, encara que l'especificitat de l'objecte modalitza el seu contingut.

L'obligació assumida pel comprador es resumeix en el pagament del preu en les condicions i en els terminis expressament pactats en el contracte (art. 1500 CC). El venedor està, per la seva banda, obligat a lliurar l'establiment mercantil (art. 1461 i seg. CC), però, atesa la seva naturalesa plural, el compliment d'aquesta obligació es porta a terme, si escau, mitjançant el lliurament individual dels elements que el formen i d'acord amb el seu règim especial.

El venedor assumeix així mateix una obligació de col·laboració amb el comprador perquè aquest últim pugui portar a terme l'activitat empresarial per a l'exercici de la qual ha adquirit l'establiment mercantil. El venedor, finalment, assumeix també l'obligació de sanejament (art. 1461 i 1474 i seg. CC) per evicció (art. 1479 CC) i l'obligació de sanejament per vicis ocults (art. 1532 CC).

L'obligació de sanejament no s'estén sobre cadascun dels elements sinó sobre el conjunt dels que integren l'establiment mercantil, encara que amb la precisió que aquesta responsabilitat sorgeix no quan l'evicció o els vicis afecten tots o la major part d'aquests elements, sinó quan afecta la totalitat o algun dels elements essencials (arg. ex art. 39.3 LSA).

5.2. L'arrendament

L'arrendament d'establiment mercantil és el contracte pel qual un empresari s'obliga a transmetre l'ús o gaudi d'un establiment mercantil per temps determinat i a canvi d'un preu que s'obliga a satisfer l'arrendatari. La transmissió de l'ús o gaudi es produeix també en aquest contracte mitjançant la transmissió en aquest concepte de les corresponents relacions jurídiques. El contingut del contracte d'arrendament d'establiment mercantil és el que les parts pacten expressament i l'establert en el Codi civil pel que fa al contracte d'arrendament de coses (art. 1543 CC).

L'especial naturalesa de l'objecte del contracte obliga també aquí a assenyalar les peculiaritats de les obligacions que formen aquest contingut. L'empresari arrendador està obligat a lliurar tots els elements que formen l'establiment mercantil (art. 1554, 1 CC) d'acord amb el seu respectiu règim jurídic i, a més, està també obligat a col·laborar amb l'arrendador perquè pugui desenvolupar l'activitat empresarial de què l'establiment constitueix el mitjà. L'obligació de mantenir l'arrendatari en el gaudi pacífic de l'arrendament (art. 1554, 3 CC) és interpretada amb el significat de l'obligació de no-competència abans tractada, i l'obligació de fer les reparacions necessàries (art. 1554, 2 CC) sols s'ha d'estendre a les de caràcter extraordinari, mentre que les ordinàries queden a càrrec de l'arrendador (arg. ex art. 1555, 2 CC).

L'obligació principal que assumeix l'arrendatari és el pagament del preu o renda de l'arrendament en els termes convinguts (art. 1555, 1 CC) com a contrapartida de l'obligació de l'arrendador de transmetre el gaudi o ús de l'establiment mercantil. L'arrendatari està obligat a desenvolupar l'activitat empresarial que li permet l'adquisició de l'ús o gaudi de l'establiment mercantil (art. 1555, 2 CC), ja que d'altra manera no podria complir amb l'obligació de restituir l'establiment mercantil tal com el va rebre (art. 1561 CC) en finalitzar la durada de l'arrendament. Aquesta obligació de desenvolupar la corresponent activitat empresarial comporta l'atribució a l'arrendatari d'un poder de disposició sobre aquells elements de l'establiment l'alienació dels quals sigui inherent al compliment de l'obligació.

5.3. L'usdefruit

L'usdefruit d'establiment mercantil és una relació jurídica que es caracteritza per atorgar al seu titular el dret de fer servir i gaudir de tots els elements que integren l'establiment i els resultats de l'activitat empresarial que aquests permeten desenvolupar (art. 467 CC). La constitució de l'usdefruit d'establiment

mercantil no és un fenomen aïllat, sinó que es produeix amb relativa freqüència i pot tenir un origen legal (art. 160 i 834 CC) o convencional, tant per actes inter vivos com per actes mortis causa (art. 468 CC).

L'usdefruit d'establiment mercantil, més que un dret real limitat, que únicament es manifesta com a tal quan recau sobre els elements materials de l'establiment (art. 480 CC), constitueix una titularitat usufructuària que es descompon en una pluralitat de drets de diversa naturalesa quan recau sobre la resta d'elements que formen l'establiment. El dret real limitat d'usdefruit es constitueix sobre una cosa però, en no ser l'establiment mercantil un bé jurídic unitari, necessàriament es descompon en una pluralitat de drets d'usdefruit de diversa naturalesa (com ara usdefruit de béns mobles i immobles, usdefruit de coses consumibles, usdefruit de drets, usdefruit de disposició, etc.).

El compliment tant de l'obligació de conservar la forma i substància de l'objecte de l'usdefruit (art. 467 CC) com de l'obligació de restituir la cosa usufructuada (art. 522 CC) que pesen sobre l'usufructuari, comporten per a aquest, en l'usdefruit d'establiment mercantil, l'obligació addicional d'explotar l'empresa que li permet la titularitat usufructuària sobre l'establiment. L'usufructuari pot, per tant, aprofitar totes les utilitats de l'establiment mercantil i de l'activitat empresarial desenvolupada mitjançant aquest, mentre que el nu propietari té dret a rebre, en el moment de la restitució, o bé els mateixos béns objecte de l'usdefruit o bé uns altres d'exactament equivalents o el seu valor quan per la naturalesa d'aquests no és possible restituir-los (arg. ex art. 482 CC).

5.4. Els contractes de garantia

L'establiment mercantil no constitueix un bé jurídic unitari i, per tant, no pot constituir l'objecte d'un dret real de garantia que permeti que l'empresari titular de les relacions jurídiques que l'integren pugui utilitzar-lo per a obtenir crèdit mitjançant el reforçament de les expectatives de satisfacció dels seus creditors. Això no és obstacle, tanmateix, perquè alguns dels elements concrets que el formen es poden configurar com a objectes de negocis de garantia, però aquesta possibilitat no permet d'aprofitar el valor econòmic de l'organització creada i de la reputació adquirida per l'empresari.

La figura negocial més pròxima a un contracte de garantia sobre l'establiment mercantil en el sentit doctrinal exposat és la denominada **hipoteca mobiliària d'establiment mercantil**, el règim de la qual està establert en la Llei del 16 de desembre de 1954 sobre hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament de la possessió. Els requisits necessaris per a l'efectivitat de la hipoteca mobiliària d'establiment mercantil són els següents:

- que l'empresari sigui titular dominical o arrendatari amb dret de cessió del contracte d'arrendament del local en què es troba l'establiment (art. 19 LHM amb relació 32.1 LAU),
- la constitució en escriptura pública (art. 3.I i 24 LHM),
- la inscripció en el Registre de Béns Mobles (art. 3.III), i
- si escau, la notificació de la hipoteca constituïda a l'arrendador (art. 24. II, 26, 31 i 32).

La hipoteca mobiliària d'establiment mercantil subjecta, directament i immediatament, els béns sobre els quals s'imposa, qualsevol que en sigui el posseïdor, al compliment de l'obligació per a la seguretat de la qual es constitueix (art. 16 LHM). L'extensió de la hipoteca respecte a l'obligació garantida està fixada en els articles 5 i 23 de la LHM. L'extensió objectiva o els béns sobre els quals recau la hipoteca d'establiment mercantil mostra com aquesta no inclou tots els elements que el configuren doctrinalment. L'extensió mínima es refereix al dret de cessió del contracte d'arrendament en el cas que l'empresari fos arrendatari del local i al dret d'arrendament i a les instal·lacions fixes o permanents en el cas que fos el propietari del local (art. 20 i 28 LHM).

L'extensió normal de la hipoteca, que es produeix excepte que hi hagi pacte exprés en contrari, inclou, junt amb els anteriors drets, els béns esmentats en l'article 21 (com ara nom comercial, rètol d'establiment, marques, altres drets de propietat industrial o intel·lectual, màquines, mobiliari, utensilis i altres instruments de producció i treball) sempre que siguin de la propietat de l'empresari, que el seu preu d'adquisició estigui pagat i que estiguin destinats a satisfer les necessitats de l'empresa. L'extensió màxima es produeix quan hi ha pacte exprés sobre això i permet de comprendre en aquesta les mercaderies i matèries primeres sempre que siguin de la propietat de l'empresari i el seu preu d'adquisició estigui satisfet (art. 22 LHM).

La constitució d'una hipoteca sobre establiment mercantil obliga l'empresari hipotecant a mantenir el valor de l'establiment, mitjançant l'exercici de l'empresa de la qual l'establiment constitueix el mitjà (art. 27 LHM), i a mantenir en l'establiment mercaderies o matèries primeres en quantitat i valor igual o superior al que s'hagi determinat en l'escriptura de constitució (art. 22.II LHM). L'article 29 de la LHM estableix fins a nou causes especials que atorguen al creditor el dret de donar per vençuda l'obligació i, si s'escau, executar la hipoteca d'establiment.

5.5. La transmissió *mortis causa*

La transmissió *mortis causa* de l'establiment mercantil planteja nombrosos problemes que tradicionalment s'han agrupat al voltant de dues idees que resumeixen dues finalitats: la continuïtat i la conservació de l'empresa exercitada

mitjançant l'establiment mercantil transmès mortis causa. Aquests problemes sorgeixen perquè la successió per causa de mort no es produeix de manera instantània, la qual cosa repercuteix en la continuïtat de l'empresa i perquè normalment hi haurà una pluralitat de successors amb drets sobre l'establiment mercantil, la qual cosa incideix sobre la finalitat de conservació de l'empresa. La majoria dels problemes, tanmateix, es poden resoldre quan han estat expressament previstos en un testament.

La successió mortis causa en les titularitats sobre els elements que componen l'establiment mercantil no ofereix cap problema respecte als hereus, atès que aquests succeeixen al causant en totes les seves relacions (art. 661 CC), però sí que els presenta en relació amb els legataris, atès que en aquest cas serà precis el consentiment exprés dels creditors perquè tingui lloc la corresponent assumpció de deutes i la transmissió de les relacions jurídiques pendents d'execució (art. 1084 i 1257 CC). En ambdues situacions hi ha en joc, tanmateix, la **continuïtat de l'empresa** atès que la successió efectiva no es produeix, com a mínim, fins a l'acceptació de l'herència o el llegat. Aquesta situació no es presenta quan hi ha un factor designat abans de la mort del causant perquè els seus poders s'estimen subsistents mentre no li siguin expressament revocats (art. 290 C de C). En absència del factor, l'article 999.IV CC pot permetre la continuïtat de l'empresa mentre no es produeix l'acceptació perquè autoritza l'hereu a fer actes de mera conservació o administració provisional.

El problema de la **conservació de l'empresa** en el cas de pluralitat d'hereus és molt més complex i la seva resolució positiva passa necessàriament per l'establiment de les necessàries disposicions testamentàries. Aquestes poden consistir o bé en la constitució d'un llegat que tingui per objecte l'establiment mercantil, amb els problemes abans referits sobre assumpció de deutes i transmissió de les relacions jurídiques pendents d'execució, o bé en la designació d'un hereu únic de l'establiment amb la càrrega de satisfer en metàl·lic la porció hereditària dels altres legitimaris (art. 841 i seg. i 1056 CC).

En els casos en què no s'hagin fet aquestes previsions testamentàries i, tanmateix, els hereus continuïn col·lectivament l'exercici de l'empresa del causant sota una raó unificada no estem davant una comunitat hereditària, regida per la disciplina de la comunitat de béns, sinó que estem davant una societat que si el seu objecte és mercantil, haurà de quedar subjecta a la disciplina de la societat col·lectiva irregular, i si l'objecte és civil, a la de la societat civil.

6. La tipologia empresarial

L'empresa com a activitat de producció i distribució de béns i serveis per al mercat no és un fenomen uniforme sinó que en la realitat econòmica es presenta de manera plural. L'al·lusió a la tipologia empresarial persegueix recollir les realitats empresarials més freqüents en el tràfic que són rellevants des de la perspectiva jurídica. En primer lloc, fem referència a les qüestions que planteja la grandària de l'empresa com a fenomen de gran transcendència econòmica i que està adquirint cada vegada més també rellevància en el si de l'ordenament jurídic. La segona realitat referida és la relativa a la cooperació empresarial que té per finalitat mostrar que les activitats constitutives d'empresa freqüentment són desenvolupades en comú per dos o més empresaris. La tercera qüestió tractada té per objecte establir les distincions jurídicament rellevants dins els distints sectors de les activitats econòmiques.

6.1. La grandària de l'empresa

En la terminologia econòmica és normal trobar expressions referides a la grandària de les empreses per a descriure l'estructura empresarial d'un determinat mercat. L'estructura empresarial de les economies de mercat està amb caràcter general formada per un reduït nombre de grans empreses i per un nombre molt més elevat de petites i mitjanes empreses, i fins i tot de microempreses. Els fonaments teòrics que expliquen aquesta diversitat de la grandària de les empreses són els mateixos que expliquen l'existència de les empreses. L'empresa augmenta de mida quan l'empresari organitza una activitat de producció o distribució addicional en l'interior de l'empresa en lloc de portar-la a terme mitjançant una transacció en el mercat, i a l'inrevés, la mida de l'empresa decreix en la mesura que l'empresari abandona l'organització de qualsevol activitat de producció o distribució per a desenvolupar-la en el mercat mitjançant transaccions.

Ara bé, si la raó que explica l'existència de l'empresa són els costos de portar a terme una activitat econòmica mitjançant transaccions en el mercat és lògic preguntar-se per què no hi ha una sola gran empresa en què es portin a terme totes les activitats de producció i distribució de béns i serveis. La raó que no hi hagi una sola empresa està en els costos en què incorre l'empresari en organitzar l'activitat de producció o distribució mitjançant l'empresa. La principal causa que determina l'organització d'una activitat de producció o distribució més o menys mitjançant l'empresa rau, per tant, en els costos relatius de desplegar-la mitjançant l'empresa o per mitjà del mercat.

Les empreses creixen fins al punt que els costos d'organització d'una activitat de producció o distribució més dins l'empresa són iguals als costos de portar a terme aquesta mateixa activitat mitjançant transaccions en el mercat. Tot això comporta, al seu torn, que la mida de l'empresa no sigui una característica estàtica de les empreses sinó que constantment puguin augmentar o disminuir la mida segons la variació successiva que experimenten els costos relatius d'organització de la producció i distribució dels productes i serveis en l'empresa i els costos de transacció en el mercat.

La importància de les petites i mitjanes empreses resideix no sols a constituir el nombre més elevat del conjunt de les empreses desenvolupades en el sistema econòmic sinó en les funcions que compleixen. Aquestes funcions són tant de naturalesa estrictament econòmica, com factors de dinamisme del mateix sistema, com de caràcter social, com factors de creació d'ocupació i d'estabilitat social. Aquesta importància de les petites i mitjanes empreses, tancada en el seu nombre i funcions, és la que ha transcendit a la creixent legislació administrativa dirigida a fomentar i tutelar les petites i mitjanes empreses.

Les mesures contingudes en aquesta legislació administrativa constitueixen la plasmació d'una política econòmica que té el seu reflex en la mateixa organització de l'Administració pública de l'Estat. En el Ministeri d'Economia hi ha una secretaria d'estat amb competències relatives a la política de suport i promoció a les pime que, al seu torn, comprèn una direcció general de la política de la petita i mitjana empresa, quatre subdireccions generals i un observatori de la petita i mitjana empresa (RD 1371/2000, de 19 de juliol).

Els criteris utilitzats per a la delimitació de les nocions d'empreses grans, petites i mitjanes no són en la legislació nacional uniformes sinó que estan en funció de la naturalesa i finalitat perseguida amb cada concreta disposició. La normativa comunitària vigent, amb la mateixa finalitat de foment i tutela de les pime, en l'àmbit de la Unió Europea, ha establert, recentment, unes definicions de petites i mitjanes empreses amb validesa general i sobre la base d'uns llindars que giren al voltant del nombre de treballadors empleats, a la xifra anual de negocis i a l'import total de les partides de l'actiu del balanç anual (Annex I del Reglament (CE) Núm. 70/2001 de la Comissió de 12 de gener de 2001).

La distinció entre petites, mitjanes i grans empreses no està present en el dret mercantil. Els empresaris que desenvolupen activitats constitutives d'una empresa mercantil estan tots ells subjectes a una disciplina uniforme pel que fa al denominat estatut de l'empresari mercantil i això amb independència de la mida de l'empresa que exploten. Aquesta afirmació no perd validesa fins i tot

Web recomanat

Vegeu <http://www.ipyme.org>

quan en algunes disposicions es tingui present en alguna mesura la mida de les empreses, atès que en aquestes no hi ha present una finalitat dirigida a fer rellevant la mida de l'empresa sinó la racionalitat de la institució.

Els supòsits més destacats d'això últim són els que es refereixen al següent:

- el deure de portar una comptabilitat adequada a l'activitat de l'empresa (art. 25.1, C de C),
- el caràcter facultatiu de la inscripció dels empresaris individuals en el Registre Mercantil (art. 19.1, C de C), i
- en els procediments de fallida i suspensió de pagaments la possibilitat de designar, respectivament, un sol síndic o interventor en lloc dels tres previstos amb caràcter general (art. 1210 LEC 1881 i 4.VII LSP).

En canvi, en les disposicions relatives a la formulació i verificació dels comptes anuals de les societats anònimes i de responsabilitat limitada sí que es pot descobrir la voluntat de fer rellevant la mida de l'empresa en diferenciar la disciplina en tres nivells distints segons els llindars expressament establerts (art. 181, 190, 201 i 203.2, LSA). Aquesta voluntat està patent en la Llei 1/1994, d'11 de març, sobre règim jurídic de les societats de garantia recíproca, voluntat que posa de manifest l'exposició de motius i la mateixa funció del tipus societari creat. Aquesta llei estableix de manera indiscriminada una definició única tant per a les petites com per a les mitjanes empreses: les empreses el nombre de treballadors de les quals no excedeixi de dos-cents cinquanta.

6.2. La cooperació interempresarial

El desenvolupament de qualsevol activitat econòmica comporta sempre i necessàriament algun grau de cooperació. L'anàlisi econòmica mostra que l'empresa no és altra cosa que un conjunt complex de relacions contractuals que, mitjançant la cooperació de cadascuna de les parts que les integren, permeten el desenvolupament d'una activitat de producció i distribució de béns i serveis per al mercat. Ara bé, qualsevol activitat econòmica feta mitjançant una empresa pot, com hem vist, igualment fer-se mitjançant transaccions en el mercat que tanmateix impliquen la cooperació de les respectives parts que intervenen. L'opció entre organitzar l'activitat econòmica mitjançant empresa o mitjançant el mercat està en funció, com sabem, dels costos relatius d'organització de l'empresa o de transacció en el mercat. Aquests costos relatius expliquen que entre la cooperació en l'empresa i la competència en el mercat hi hagi en la realitat econòmica una pluralitat de fenòmens intermedis.

En aquest apartat i per raó de la matèria tractada en el mòdul ens interessa fixar l'atenció en els fenòmens de cooperació interempresarial que permeten de promoure o facilitar el desenvolupament d'altres empreses. La cooperació interempresarial té lloc perquè possibilita la maximització del benefici de les

empreses la promoció o desenvolupament de les quals constitueix la seva finalitat. L'activitat desenvolupada en cooperació i amb aquesta finalitat pot ser qualsevol activitat i, per tant, també una activitat econòmica constitutiva d'empresa. En general, les activitats que constitueixen l'objecte de la cooperació interempresarial poden ser, en relació amb les empreses beneficiades, o bé una part d'una activitat de producció o distribució, o bé una part de les activitats auxiliars d'una empresa o bé una part de la mateixa activitat empresarial.

L'ordenament jurídic espanyol conté la disciplina d'algunes estructures organitzatives la causa consorcial típica de les quals és la pròpia de la cooperació interempresarial. En l'àmbit mercantil destaca especialment la figura societària de les **agrupacions d'interès econòmic** la finalitat típica de les quals consisteix a facilitar el desenvolupament o millorar el resultat de l'activitat dels seus socis (art. 2.1, Llei 12/1991, de 29 d'abril). Una finalitat anàloga està present també en altres estructures organitzatives allunyades de la mercantilitat com són les cooperatives d'empresaris, de serveis o de transportistes (art. 77, 98, 100, Llei 27/1999, de 16 de juliol), i en les unions temporals d'empreses, regulades en l'article 7 de la Llei 18/1982, de 26 de maig.

Les **unions temporals d'empreses** estan definides com un sistema de col·laboració entre empresaris per al desenvolupament o execució d'una obra, servei o subministrament. La naturalesa jurídica d'aquesta modalitat de cooperació interempresarial no és dubtós que sigui societària, atès el fi comú perseguit pels empresaris membres de la unió temporal d'empreses. El caràcter empresarial de l'activitat que constitueix l'objecte de la unió temporal d'empreses portaria, al seu torn, a subjectar-la a la disciplina de la societat mercantil general, però el fet que la unió temporal d'empreses no tingui personalitat jurídica pròpia i actuï mitjançant un gerent únic amb prou poders de tots i cadascun dels membres, sembla allunyar-la d'aquesta disciplina, que pressuposa una societat amb personalitat jurídica i representació orgànica, i situar-la en la pròpia de la societat general.

La finalitat consorcial pròpia de la cooperació interempresarial es pot assolir tanmateix mitjançant la utilització de les estructures organitzatives que subministren els distints tipus societaris. El cas atípic més significatiu d'aquesta utilització és el de les denominades **joint ventures** o **societats conjuntes** que consisteixen en la constitució d'una societat filial comuna per dos empresaris, sota la forma de societat anònima o de responsabilitat limitada, per a la promoció o el desenvolupament de les seves respectives empreses. En general es pot afirmar que els acords de cooperació interempresarial que no hagin optat per adoptar una estructura organitzativa típica seran reconduïbles a la disciplina de la societat general, atès que en tots ells està present el fi comú consorcial perseguit per les parts amb l'acord.

6.3. L'empresa en els sectors de l'activitat econòmica

L'empresa com a activitat econòmica de producció i distribució de béns i serveis en el mercat pot ser desenvolupada en qualsevol dels tres grans sectors en què tradicionalment es divideixen les activitats econòmiques. Això representa l'existència d'empreses que, segons la naturalesa del sector econòmic considerat, es poden qualificar com a empreses agràries, empreses industrials i empreses de serveis. Aquesta generalització de l'activitat econòmica constitutiva d'empresa a tots els sectors de l'economia no troba reflex en els sectors de l'activitat econòmica que es poden considerar constitutius d'una activitat mercantil en sentit jurídic, ja que, per raons diverses, l'àmbit d'aplicació del dret mercantil no comprèn totes les activitats econòmiques constitutives d'empresa.

La delimitació de les activitats empresarials que constitueixin simultàniament activitats mercantils i dels sectors de l'activitat econòmica que tradicionalment han quedat exclosos del dret mercantil constitueix una qüestió de màxima importància tant pràctica com teòrica, atès que la condició jurídica d'empresari mercantil sols s'adquireix amb l'exercici professional d'alguna de les activitats econòmiques constitutives d'empresa mercantil.

L'activitat mercantil prototípica en el Codi de comerç és l'activitat comercial (art. 1, 1). El Codi, tanmateix, originalment contenia alguns preceptes que es referien, en tractar de l'objecte de les societats mercantils, a les activitats industrials i a les activitats de serveis (art. 117.II i 123). La construcció de la matèria mercantil entorn de l'activitat comercial troba la seva explicació en els orígens del dret mercantil com a dret corporatiu dels comerciants i en la subordinació de la resta d'activitats econòmiques al comerç.

En qualsevol cas, la connexió entre activitat mercantil i el sector de les activitats industrials continua plenament vigent en l'article 1, 2, i la relativa a les activitats del sector dels serveis deriva de la mateixa inclusió del sector comercial com a activitat mercantil i, sobretot, de tot el contingut del mateix Codi, que inclou les activitats d'aquesta naturalesa fetes en el moment de la seva promulgació (com ara transport, bancàries, assegurances, etc., vegeu art. 124, 175, 349) i que per analogia s'ha d'estendre al conjunt de les que integren aquest sector en l'actualitat. N'hi ha prou amb això per a poder afirmar amb seguretat que constitueixen **empreses mercantils** les **empreses industrials**, les **empreses comercials** i les **empreses de serveis**.

En tant que una espècie del gènere d'empreses industrials o comercials, també són mercantils les empreses immobiliàries, atès que, encara que les compravendes d'immobles no són mercantils (art. 326), no es pot dubtar del caràcter mercantil de l'activitat d'adquisició i construcció d'immobles per a la seva posterior comercialització en el mercat.

Les activitats econòmiques tradicionalment excloses del dret mercantil són les activitats del sector artesanal i les del sector agrari, ramader, pesquer i forestal.

L'exclusió del **sector agrari** és indubtable i no sols perquè el Codi de comerç negui la mercantilitat a les vendes que hagin fet els pagesos o ramaders, de les fruites o productes de les seves collites o bestiar (art. 326, 2), sinó, i sobretot, perquè en establir-se la disciplina de la societat agrària de transformació (RD 1176/1981, de 3 de març) se la sotmet expressament i amb caràcter supletori al règim de la societat civil.

L'explicació històrica d'aquesta exclusió és fàcil, ja que està vinculada a l'origen corporatiu del dret mercantil. En l'actualitat està poc justificada o gens quan les activitats del sector agrícola són plenament constitutives d'empresa. Les empreses agrícoles que desenvolupen una activitat de transformació de les fruites o productes de les seves collites o ramats i després els comercialitzen en el mercat no es diferencien en res de les empreses industrials o comercials.

Les **activitats artesanals** també estan tradicionalment excloses de l'àmbit d'aplicació del dret mercantil. Aquesta afirmació es posa de manifest de nou en el Codi de comerç que també reputa no mercantils les vendes que dels objectes construïts o fabricats pels artesans van fer aquests en els seus tallers (art. 326, 3). L'exclusió d'aquest sector està plenament justificada quan la intervenció personal de l'artesà constitueix el factor predominant de l'activitat de producció, transformació i reparació de béns o prestació de serveis (vegeu l'art. 1 RD 1520/1982, de 18 de juny). La justificació decau en la mesura que el factor personal deixa de ser el predominant i pren el seu lloc el factor capital, perquè en aquest cas desapareix també qualsevol diferència entre l'empresa artesanal i l'empresa industrial o comercial, en quedar l'activitat artesanal configurada com una activitat plenament constitutiva d'empresa.

El caràcter predominant de la intervenció personal és segurament el que també explica i justifica, al marge del recorregut origen històric d'aquesta branca de l'ordenament, l'exclusió de l'aplicació del dret mercantil a les **activitats professionals, artístiques i esportives**. El cert és que en l'actualitat, si bé no amb caràcter general, es pot afirmar que els serveis prestats pels professionals es despleguen pràcticament com a activitats constitutives d'empresa. Aquesta realitat és la que segurament hi ha darrere de l'expressa qualificació com a mercantil de l'activitat desenvolupada per alguns professionals, com els auditors de comptes, i de la progressiva aplicació indistinta a empresaris mercantils i a professionals d'un conjunt de normes mercantils, entre les quals mereixen destacar-se les que formen el dret de la competència.

Les empreses públiques

El desenvolupament d'activitats econòmiques constitutives d'empresa pot ser tant privada com pública. En el primer cas estem davant una manifestació de l'exercici de la llibertat d'empresa (art. 38 CE) i en el segon, de l'exercici de la potestat d'iniciativa pública econòmica (art. 128.2 CE) que dona lloc a les denominades empreses públiques. La noció d'empresa pública comprèn una pluralitat de manifestacions l'element comú de les quals resideix en el control de l'empresa per part de l'administració pública estatal, autonòmica o municipal.

Les empreses públiques es desenvolupen mitjançant una pluralitat i diversitat d'estructures organitzatives l'única característica comuna de les quals és la subjecció de la seva activitat al dret privat. Això no obstant s'ha d'advertir que si bé les empreses públiques poden desenvolupar activitats empresarials constitutives d'una empresa mercantil per la naturalesa de l'activitat, això no significa que totes aquestes i ni tan sols en la mateixa mesura quedin subjectes a la disciplina de l'estatut de l'empresari mercantil. Caldrà estar al seu règim jurídic per a la determinació d'això últim.

Resum

La doctrina de l'empresa com a paradigma ordenador de la disciplina juridicomercantil ha proporcionat els elements conceptuals entorn dels quals es construeix el sistema extern d'exposició del dret mercantil com a disciplina acadèmica. Aquests elements conceptuals són l'empresa en sentit subjectiu o empresari, l'empresa en sentit objectiu o establiment mercantil i l'empresa en sentit funcional o empresa com a activitat econòmica de caràcter mercantil. La primera dada normativa el significat de la qual és necessari establir davant dels esmentats elements conceptuals és la llibertat d'empresa expressament prevista en la Constitució espanyola. El significat jurídic constitucional de la llibertat d'empresa es xifra en l'establiment d'una garantia institucional les conseqüències econòmiques de la qual són exposades i en el reconeixement d'un dret que s'identifica amb l'empresa en sentit funcional i el contingut analític del qual es descompon doctrinalment en la llibertat d'accés, la llibertat d'exercici i la llibertat de cessació en les activitats econòmiques constitutives d'empresa.

Els fonaments teòrics de la doctrina de l'empresa estan en la teoria econòmica neoclàssica, que, en centrar el seu estudi en el mercat com a sistema de determinació dels preus, preveu l'empresa com un dels seus elements i la configura com la unitat de producció de béns i serveis per al mercat. Aquesta descripció de la realitat de l'empresa en l'anàlisi econòmica s'explica per la finalitat perseguida, però no és obstacle per a descripcions distintes adequades a altres finalitats. Aquest és el significat del model contractual de l'empresa formulat com a instrument per a explicar la racionalitat de les distintes estructures empresarials i que en configurar l'empresa com una estructura contractual complexa resulta també de gran utilitat per a l'anàlisi de la disciplina juridicomercantil que estableix el contingut de les diverses relacions jurídiques que configuren l'empresa segons aquest model econòmic.

L'estudi dels elements conceptuals sobre els quals descansa el sistema extern del dret mercantil ens ha portat a establir el significat i les relacions entre les nocions d'empresa i establiment mercantil. La primera com a sinònim d'activitat econòmica constitutiva d'empresa i la segona com un conjunt complex d'elements personals, materials i immaterials organitzats per l'empresari per a desenvolupar aquesta activitat. En l'anàlisi del significat jurídic de la noció d'establiment mercantil ens hem detingut en l'estudi de la naturalesa de les relacions de l'empresari amb els elements que l'integren i en la disciplina jurídica d'alguns d'aquests elements, i també de les distintes classes d'establiments mercantils. L'establiment mercantil amb el significat traçat anteriorment pot constituir l'objecte de diversos negocis jurídics que persegueixen la seva transmissió plena o limitada. El règim d'aquests negocis s'ha de construir partint de

la disciplina general dels contractes i de l'especial de cadascun dels diversos tipus generals, i sempre és necessària l'adaptació d'aquesta disciplina a l'especial naturalesa de l'objecte.

En l'estudi de la noció d'empresa entesa com a activitat econòmica constitutiva d'empresa ens hem detingut en l'exposició dels fonaments i el significat de la mida de l'empresa, i en la seva transcendència jurídica. Les activitats econòmiques constitutives d'empresa es poden desenvolupar no sols de manera aïllada pels diferents empresaris sinó també mitjançant la cooperació entre si. L'ordenament posa a disposició dels operadors econòmics figures jurídiques destinades a promoure o facilitar el desenvolupament de les seves activitats econòmiques constitutives d'una empresa mitjançant la cooperació entre empresaris. L'activitat empresarial consistent en la producció o distribució de béns i serveis per al mercat es descobreix en tots els sectors de la realitat econòmica però en el nostre ordenament únicament el desenvolupament d'aquesta activitat en alguns sectors és constitutiva d'una empresa mercantil.

Exercicis d'autoavaluació

1. Expliqueu el significat i les conseqüències del reconeixement constitucional de la llibertat d'empresa.
2. Enumereu les raons per les quals sols l'establiment mercantil i no l'empresa pot ser objecte del tràfic jurídic.
3. Expliqueu en què consisteix una activitat constitutiva d'empresa i quines empreses es poden qualificar com a mercantils.

Solucionari

1. El reconeixement de la llibertat d'empresa com a element configurador de la constitució econòmica comporta l'establiment d'una garantia institucional i el reconeixement d'un dret fonamental. La dimensió de garantia institucional imposa un límit al legislador consistent en el fet que haurà de respectar sempre l'existència d'una economia de mercat en què els particulars gaudeixen de llibertat per a iniciar activitats empresarials. La dimensió de dret fonamental de la llibertat d'empresa comprèn la llibertat d'accés, la llibertat d'exercici i la llibertat de cessació, i el seu contingut correspon fixar-lo al legislador dins els límits predisposats en la mateixa Constitució.

2. L'establiment mercantil i l'empresa constitueixen conceptes doctrinals el significat dels quals és divers. L'empresa designa una activitat econòmica mentre que l'establiment mercantil al·ludeix a un conjunt complex d'elements personals, materials i immaterials organitzats per l'empresari i sobre els quals posseeix titularitats de diversa naturalesa. L'empresa així entesa no pot constituir un objecte del tràfic jurídic perquè no és possible respecte a una activitat la successió en termes jurídics. La successió sols pot tenir lloc sobre les concretes relacions jurídiques produïdes com a conseqüència del desenvolupament d'una activitat empresarial. Aquestes relacions són precisament les que manté l'empresari amb els elements que constitueixen l'establiment mercantil i per això sols aquest últim o les titularitats que els conformen pot ser objecte del tràfic jurídic.

3. El significat d'una activitat constitutiva d'empresa s'identifica amb el d'una activitat econòmica de producció o distribució de béns i serveis per al mercat. Les activitats empresarials es desenvolupen en qualsevol dels tres grans sectors en què tradicionalment es divideixen les activitats econòmiques, i així podem parlar d'empreses agràries, empreses industrials i empreses comercials o de serveis. Aquesta generalització de l'activitat constitutiva d'empresa no troba, per raons diverses, reflex en els sectors de l'activitat econòmica que es poden qualificar com a constitutius d'una activitat mercantil. L'activitat mercantil prototípica és l'activitat comercial, però també es poden qualificar com a mercantils les activitats industrials i les activitats de serveis, mentre que queden excloses del dret mercantil les activitats artesanals, agràries, ramaderes, forestals i les activitats professionals, artístiques i esportives.

Bibliografia

Coase, R.H. (1994). "La naturaleza de la empresa". *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza.

Gondra Rezola, J.M. (1998). "La estructura jurídica de la empresa". *RDM* (pàg. 493-592).

Otto, I. (1988). "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución". A: Lorenzo Martín Retortillo; Ignacio de Otto y Pardo. *Derechos fundamentales y Constitución*. (pàg. 93-172). Madrid: Civitas.

Rojo, A. (1983). "Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española". *RDM* (pàg. 309-341).

