

# La empresa como categoría fundamental del Derecho mercantil

Josep-Oriol Llebot Majó

PID\_00144427



# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	6
<b>1. El significado ordenador de la doctrina de la empresa</b> .....	7
<b>2. La libertad de empresa desde las perspectivas doctrinal y constitucional</b> .....	9
<b>3. El análisis económico de la empresa</b> .....	12
<b>4. La empresa y el establecimiento mercantil</b> .....	15
<b>5. El establecimiento mercantil como objeto del tráfico jurídico</b> .....	19
5.1. La compraventa .....	23
5.2. El arrendamiento .....	24
5.3. El usufructo .....	24
5.4. Los contratos de garantía .....	25
5.5. La transmisión <i>mortis causa</i> .....	27
<b>6. La tipología empresarial</b> .....	28
6.1. El tamaño de la empresa .....	28
6.2. La cooperación interempresarial .....	30
6.3. La empresa en los sectores de la actividad económica .....	32
<b>Resumen</b> .....	35
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	37
<b>Solucionario</b> .....	38
<b>Bibliografía</b> .....	39



## Introducción

La empresa constituye una categoría fundamental del Derecho mercantil: en torno a sus distintos significados, la doctrina mercantil construye el sistema externo u ordenación teórica instrumental del Derecho mercantil como disciplina científica. El módulo arranca precisamente exponiendo esos **distintos significados de la empresa**, y la **función ordenadora que cada uno de ellos despliega** respecto de la materia que de acuerdo con los mismos forma el contenido doctrinal del Derecho mercantil. Una vez delimitados los significados de la empresa y su función ordenadora, pasamos a continuación a determinar el significado de **la libertad de empresa** reconocida en la Constitución española. Este reconocimiento permite situar a la empresa como eje del sistema externo del Derecho mercantil.

La noción de empresa empleada con el propósito de ordenar la disciplina mercantil encuentra su origen en un determinado estadio de la teoría económica. El desarrollo posterior del análisis económico en torno al significado de la empresa justifica que dediquemos también un apartado a estas cuestiones. Los resultados alcanzados también son de gran utilidad para el análisis y la comprensión de los problemas de las normas e instituciones jurídicas integradas en el sistema del Derecho mercantil de acuerdo con el paradigma de la empresa.

La materia ulterior del módulo la desarrollamos analizando con cierto detenimiento el contenido y significado jurídico de dos de los tres significados de la empresa: la **empresa en sentido objetivo o establecimiento mercantil** y la **empresa como actividad de producción o distribución de bienes y servicios** para el mercado. En relación con el primero de estos dos significados, prestamos especial atención a la disciplina de los negocios de transmisión del establecimiento mercantil. Con respecto al segundo, destacamos la delimitación de las actividades constitutivas de empresa que pueden calificarse como actividades mercantiles.

## Objetivos

Cuando hayáis finalizado el estudio de este módulo, deberíais ser capaces de:

- 1.** Entender la función ordenadora de los distintos significados de la empresa.
- 2.** Conocer el significado jurídico y económico del reconocimiento de la libertad de empresa.
- 3.** Comprender el carácter instrumental de las distintas teorías económicas de la empresa y su utilidad para el análisis jurídico.
- 4.** Entender el significado jurídico de la noción de establecimiento mercantil y conocer la disciplina de los diferentes negocios de transmisión del mismo.
- 5.** Comprender el significado de la expresión "tamaño de la empresa" y de las distintas formas de cooperación para el desarrollo de una actividad empresarial.
- 6.** Conocer el significado y la importancia jurídica de la distinción de la naturaleza de las distintas actividades constitutivas de empresa.

## 1. El significado ordenador de la doctrina de la empresa

En el primer módulo hemos tenido ocasión de exponer detenidamente que la empresa es la realidad material en torno a la cual la doctrina mercantil mayoritaria delimita, justifica y construye el sistema externo del Derecho mercantil como disciplina científica. Los referidos usos que la doctrina mercantil hace de la empresa ponen de manifiesto las distintas funciones que cumple. En el módulo anterior nos hemos fijado, sobre todo, en las funciones de **delimitación y justificación**, exponiendo las distintas posiciones doctrinales. En este módulo nos interesa destacar el significado y el contenido de la **función ordenadora de la doctrina de la empresa**.

Esta función ordenadora a la que ahora nos vamos a referir tiene por finalidad suministrar los conceptos sobre los cuales se sustenta la construcción del sistema externo del Derecho mercantil. En los esfuerzos tradicionales de la doctrina jurídica por aprehender jurídicamente la empresa, ha estado presente como punto de partida la idea de la unidad conceptual de la misma en el ámbito de la economía. La imposibilidad de reducir esa unidad económica a unidad jurídica ha llevado a la doctrina mercantil a descomponerla en distintos aspectos o dimensiones con relevancia jurídica.

Este punto de partida tradicional en el análisis jurídico de la empresa tiene su origen en el modelo de empresa que de forma contemporánea al desarrollo de esa doctrina jurídica era utilizado por los economistas. Este modelo no es otro que el **modelo neoclásico de empresa**, en el cual la empresa se concibe como la unidad de producción del sistema económico llevada a cabo mediante la organización de capital y trabajo. De cualquier manera, según esa posición doctrinal tradicional, las normas jurídicas, cuando se refieren a la empresa, aluden según los casos a tres realidades distintas: una de tipo subjetivo, otra objetiva y una tercera de carácter funcional.

### Modelo neoclásico de empresa

En el modelo neoclásico de empresa la empresa se concibe como la unidad de producción del sistema económico llevada a cabo mediante la organización de capital y trabajo.

Las alusiones contenidas en las normas a la empresa en un sentido subjetivo, es decir, como sujeto de derecho, son meras metonimias que la designan por su titular, el empresario, en tanto que persona física o jurídica con aptitud para ser titular de los derechos y las obligaciones que derivan del ejercicio de una actividad empresarial. Esta **dimensión subjetiva de la empresa** es el criterio que subyace en la ordenación de las materias que forman el contenido del denominado estatuto del empresario mercantil (por ejemplo la imputación de la actividad empresarial, la publicidad legal, la organización contable de la actividad empresarial y los auxiliares del empresario), y de las que integran

la disciplina de las diferentes estructuras de organización de la titularidad de los derechos y las obligaciones que derivan de la actividad empresarial (por ejemplo, Derecho de sociedades).

El **aspecto objetivo de la empresa** alude a ella como un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para desarrollar una actividad empresarial. Las normas que utilizan la expresión *empresa* con este significado no la configuran como un objeto unitario de derecho. Simplemente persiguen, mediante la utilización de una hipóstasis, una simplificación de los enunciados jurídicos que serían necesarios para establecer la disciplina de los elementos integradores de ese aspecto de la realidad aludida.

En cualquier caso, está claro que la diversidad y pluralidad de los elementos que integran la empresa en este sentido hace imposible su construcción unitaria. La doctrina mercantil para distinguir esta dimensión objetiva de la empresa de la dimensión funcional, que estudiaremos a continuación, utiliza la expresión *establecimiento mercantil* como equivalente a empresa en sentido objetivo. Esta noción de establecimiento mercantil permite ordenar las cuestiones relativas a la disciplina de la empresa como objeto de tráfico jurídico.

La tercera de las dimensiones de la empresa es de índole **funcional** y se refiere a la **empresa como actividad**. Esta actividad constitutiva de empresa o actividad empresarial es la actividad de producción o distribución de bienes y servicios para el mercado, y califica al sujeto que la desarrolla como empresario. La actividad ordenadora de este aspecto funcional de la empresa se proyecta sobre la disciplina que configura el mercado, y sobre la que establece el régimen de los negocios jurídicos constitutivos de la actividad del empresario en el mercado.

Estas tres dimensiones, **subjectiva, objetiva y funcional**, en las cuales se descompone jurídicamente la realidad de la empresa, se corresponden, por tanto, de forma respectiva, con los conceptos de **empresario, establecimiento mercantil y actividad constitutiva de empresa en el mercado**. Estos son los conceptos sobre los que se sustenta la construcción del sistema externo del Derecho mercantil como disciplina académica.



## 2. La libertad de empresa desde las perspectivas doctrinal y constitucional

La Constitución contiene el orden jurídico básico de los distintos sectores de la vida social y política, de modo que prefigura un modelo de sociedad. La libertad de empresa integra uno de los elementos que configuran el diseño básico tanto de la Constitución económica como de la constitución social. El reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como elemento configurador de la Constitución económica, comporta, por un lado, el establecimiento de una garantía institucional, y por el otro, el reconocimiento de un derecho fundamental. La precisión del significado de estos dos aspectos o dimensiones es imprescindible para la correcta comprensión de la libertad de empresa.

La **dimensión de garantía institucional** que comporta el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado supone el establecimiento de un límite a la libertad del legislador. Este límite consiste en que el legislador deberá respetar siempre la existencia de una economía de mercado en la cual los particulares gocen de libertad para iniciar actividades empresariales. La garantía institucional, sin embargo, en ningún caso supone un límite con respecto a su concreta configuración legal.

En el orden económico, el significado de esta garantía institucional se corresponde con la de un **modelo económico de mercado puro** donde el Estado no interfiere en las actividades de los particulares, excepto cuando éstas no se desarrollen mediante transacciones en el mercado, para hacerlas posibles y garantizar su cumplimiento. En este sistema únicamente corresponde a los particulares tomar las decisiones relativas al inicio de cualquier actividad, a los bienes o servicios que deseen producir y a la forma en que quieran hacerlo, a organizar la producción como gusten y, por último, a decidir cómo y cuándo cesar en la actividad.

En el extremo opuesto al modelo económico de mercado puro se encuentra el **modelo económico de planificación puro**, vedado al legislador por la garantía institucional. En este segundo modelo es el Estado el que toma las decisiones relativas a qué actividades pueden o no pueden iniciarse, qué bienes o servicios producir y cuáles no, de qué forma hacerlo, cómo organizar la producción de los mismos y cómo no hacerlo y, finalmente, cómo y cuándo cesar en la actividad.

Es cierto que el modelo económico de planificación puro está directamente excluido del programa constitucional, pero no lo es menos que el modelo económico de mercado puro también lo está. Esto último es lo que se quiere hacer patente con el discurso dirigido a la constitucionalización de la doctrina de

### Lectura complementaria

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". En: L. Martín-Retortillo; I. de Otto y Pardo (1988). *Derechos fundamentales y Constitución* (págs. 93-172). Madrid: Civitas.

la empresa, cuando pone de manifiesto los elementos presentes en la Constitución económica que permiten precisar el significado de esa doctrina y dar entrada a los fenómenos de intervención económica, empezando con la explicitación del significado de la cláusula del Estado social, y que obligan a ello. La constitucionalización de la doctrina de la empresa conduce, en definitiva, a constatar que el sistema económico configurado en la CE sea el denominado de economía social de mercado, esto es, un sistema económico que no se corresponde con ninguno de los dos modelos puros antes descritos.

**La segunda dimensión** del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa supone el **reconocimiento de un derecho** cuyo contenido, desglosado doctrinalmente en la libertad de acceso, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación, corresponde fijar al legislador dentro de los límites que la propia Constitución establece. Esto se debe a que la CE no contiene un modelo acabado de libertad de empresa. En consecuencia, la libertad de empresa puede configurarse con diferentes contenidos, siempre que no contravengan los límites predispuestos en la propia Constitución.

Establecer los límites presentes en la CE exige delimitar el contenido constitucional de la libertad de empresa. El primer paso para llevar a cabo la tarea de la delimitación del contenido constitucional de la libertad de empresa consiste en identificar el ámbito de la realidad aludida. Es decir, fijar qué debe entenderse por libertad de empresa y diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el artículo 38 CE, por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger. El segundo paso consiste en fijar el tratamiento jurídico que el artículo 38 da a la libertad de empresa, es decir, el contenido y alcance de la protección constitucional. En la práctica de estos dos pasos, se debe tener presente la articulación de la libertad de empresa con otros derechos y otras normas constitucionales que inciden tanto sobre la porción de realidad a la que ésta se refiere como sobre su tratamiento jurídico. En definitiva, es necesario llevar a cabo una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución.

El resultado de este esfuerzo interpretativo y sistemático de la Constitución parece llevar a la necesidad de distinguir entre:

a) la libertad de iniciar actividades empresariales, la cual, en cuanto constituye la porción de realidad a que se refiere y que es objeto de protección en el artículo 38 CE, cuenta con la tutela prevista en el artículo 53.1 CE (por ejemplo, reserva de ley y contenido esencial);

b) la regulación del ejercicio de las distintas actividades empresariales que, al no constituir una regulación de la libertad reconocida y tutelada en el artículo 38 CE, no queda sujeta a los requisitos del artículo 53.1 CE.

Esto no significa que las regulaciones limitativas de las actividades empresariales queden al arbitrio de la potestad reglamentaria de la Administración, pues pueden estar sujetas a una reserva de ley en la propia Constitución. En cualquier caso, el **principio constitucional de libertad** (art. 1.1 CE), el cual comporta que los particulares puedan llevar a cabo todas las actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas, y el **principio de legalidad** (arts. 9.3 y 103.1 CE), que impide que la Administración dicte normas sin la correspondiente habilitación legal, ponen coto a esa posibilidad.

El análisis de las dos dimensiones constitucionales de la libertad de empresa deja bien claro que el legislador es libre de configurar tanto el contenido de la institución como el de, aunque dentro de los límites constitucionales, la libertad en sentido técnico. El legislador, al ejercitar las potestades de configuración que ostenta, persigue determinadas finalidades que afectan a cualquiera de los tres aspectos en que doctrinalmente se desglosa la libertad de empresa. Es decir, **la libertad de acceso, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación**, los cuales llevan a configurar nuestro sistema como la integración conjunta y simultánea de elementos de los dos modelos puros, para situarlo en lo que denominamos un sistema de economía social de mercado. El elemento característico del sistema de economía social de mercado se encuentra en que las decisiones relativas a las actividades empresariales son el resultado de la combinación conjunta y simultánea de las decisiones de los particulares en el marco del mercado, y de las decisiones del Estado en el marco de la intervención normativa en la economía.

#### Lectura complementaria

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

### 3. El análisis económico de la empresa

La noción de empresa utilizada por la doctrina mercantil para cumplir las funciones de justificar, delimitar y ordenar las normas e instituciones que forman el Derecho mercantil como disciplina académica hace ya tiempo que ha sido superada por la teoría económica. La noción de empresa que usan los mercantilistas, como organización de capital y de trabajo destinada a la producción o distribución de bienes o de servicios para el mercado, se corresponde con lo que en la teoría económica se califica como modelo neoclásico de empresa.

La teoría económica de la empresa en el **modelo neoclásico** consiste, de forma esquemática, en el análisis de la denominada *función de producción*. Es decir, en el estudio de las distintas posibilidades de combinar los factores de producción (*inputs*, por ejemplo trabajo, materias primas, bienes de equipo, etc.) para obtener los bienes producidos por la empresa (*outputs*). El estudio de la función de producción junto con la hipótesis de que la empresa tiene por finalidad maximizar los beneficios describen la empresa en el modelo neoclásico.

La organización de la actividad económica mediante una empresa se describe en el modelo neoclásico con abstracción de la propia estructura interna de las empresas. La producción ocurre en el interior de la empresa, pero el modelo no dice nada sobre el modo en que ésta se lleva a cabo en su interior. El modelo neoclásico tampoco es capaz de ofrecer una explicación global de los distintos modos de organización de la actividad económica: la empresa y el mercado.

En la realidad económica, la producción y la distribución de bienes o servicios a veces se desarrolla mediante el mecanismo de los precios, es decir, en el mercado. Otras veces, en cambio, se desarrolla mediante una empresa.

La principal razón por la cual existen las empresas reside en los costes de la utilización del mercado para llevar a cabo la producción o la distribución. La empresa como modo alternativo de elaborar la producción o la distribución surge cuando los costes de producir o de distribuir los bienes o servicios mediante transacciones en el mercado son superiores a los costes de organizar la producción o la distribución mediante una empresa.

La empresa, en el **modelo contractual**, no se distingue del mercado, porque los dos modos de organizar la actividad económica se desarrollan mediante la conclusión de relaciones contractuales. La empresa, por tanto, no es más que

un complejo entramado de relaciones contractuales. Las distintas estructuras contractuales de cada empresa concreta no son otra cosa que el resultado del equilibrio alcanzado entre los distintos sujetos que intervienen en ella.

Lo correcto es contemplar los dos modos de organizar la producción o la distribución de los bienes y servicios como la sustitución de unos tipos de contratos por otros. En este sentido, la elección de uno de los dos modos de organizar la producción o la distribución comporta seleccionar estructuras contractuales distintas por su carácter y contenido. Lo importante en la elección del modo de producción o distribución será la selección de los tipos de contratos para llevarla a cabo, lo cual determinará los costes de producción o distribución.

Las empresas actúan en el mercado en competencia. Es evidente, por lo tanto, que el principal problema que cualquier empresa debe afrontar para sobrevivir en el mercado consiste en reducir los costes de organizar la producción o la distribución mediante esta compleja estructura contractual que denominamos *empresa*, ya que en el mercado, sólo permanecerán aquellas empresas más eficientes, esto es, aquellas empresas que sean capaces de producir o distribuir los bienes o servicios demandados a los precios más bajos, cubriendo los costes que deban soportar.

Los costes cuyo estudio resulta relevante en este modelo son los que surgen al establecer el conjunto de relaciones contractuales que configuran la empresa entre sujetos que, al perseguir la maximización de sus propias utilidades, se encuentran en una situación de conflicto de intereses. Estos costes son los denominados *costes de agencia*, y se trata de una especificación de la categoría más amplia de los costes de transacción. La expresión *costes de agencia* procede de la denominada *relación de agencia*, en la cual una persona, el principal, encarga a otra, el agente, hacer alguna cosa en su nombre. Al perseguir ambos, el principal y el agente, la maximización de sus propias utilidades, parece razonable afirmar que el agente no actuará siempre de acuerdo con los intereses del principal.

En consecuencia, en los costes de agencia están comprendidos los costes que surgen de la relación de agencia. Estos costes son, analíticamente descompuestos:

- los **costes de supervisión**. Es decir, aquellos en que incurre el principal al supervisar la actividad del agente para evitar que éste realice actividades que le perjudiquen;
- los **costes de garantía** o costes en los cuales, en su caso, incurre el agente para garantizar al principal que no llevará a cabo actividades que le perjudiquen;
- y, en fin, los **costes residuales**. Se trata de aquellos en los que incurre el principal a causa de la divergencia de intereses entre ambos, y que no

#### Lectura complementaria

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

puede evitar mediante la actividad de supervisión porque el coste marginal de ésta es superior a la utilidad marginal que obtendría.

Las diferentes relaciones contractuales que constituyen la estructura de cada empresa se analizan en este modelo como si se tratara de otras tantas relaciones de agencia. Esta equiparación, entre la relación de agencia y cada una de las relaciones presentes en la empresa, permite utilizar el instrumento de los costes de agencia para explicar y describir las distintas estructuras contractuales que configuran la empresa. La reducción de los costes de agencia es en este modelo la clave de la supervivencia de la empresa en el mercado y, por tanto, la finalidad perseguida por todos los individuos que se integran en la estructura contractual de la empresa.

El uso del modelo contractual de la empresa y de la metodología que lo sustenta para analizar las normas e instituciones que forman el Derecho mercantil permite, como veremos, enriquecer el tipo de preguntas que nos podemos formular, los procedimientos que debemos seguir para responderlas, las respuestas que consideramos aceptables y la terminología que utilizamos. Todo ello sin alterar las reglas vigentes entre la comunidad de mercantilistas.

## 4. La empresa y el establecimiento mercantil

La distinción entre las nociones de empresa y establecimiento mercantil cumple una función ordenadora de la realidad económica contemplada por las normas jurídicas. La empresa es aquí sinónimo de una actividad económica de producción y distribución de bienes y servicios para el mercado. El desarrollo de una actividad constitutiva de empresa por un sujeto le sitúa en la realidad económica ante la condición de empresario. Ahora bien, no todas las actividades económicas constitutivas de empresa son relevantes para el Derecho mercantil, sino únicamente algunas. En el último apartado de este módulo delimitaremos las actividades constitutivas de empresa que obligan a calificar al sujeto que las desarrolla como empresario mercantil.

La relación entre la empresa y el establecimiento mercantil tiene lugar de medio a fin: el establecimiento mercantil sirve para desarrollar una actividad económica constitutiva de empresa.

El establecimiento mercantil constituye un conjunto complejo de elementos personales, materiales e inmateriales, organizados por el empresario para desarrollar una actividad económica constitutiva de empresa. Lo que califica a un sujeto como empresario no es, sin embargo, la titularidad sobre los elementos que componen un establecimiento mercantil así definido, sino el ejercicio de una actividad constitutiva de empresa. El empresario no es necesariamente el titular de los medios de producción que forman el establecimiento mercantil (por ejemplo, capital y trabajo), sino únicamente el sujeto al quien se le imputan los derechos y las obligaciones que derivan de la actividad empresarial.

La disociación entre la titularidad de las relaciones jurídicas producidas por el desarrollo de una actividad empresarial y los medios de producción que integran el establecimiento mercantil se expresa en la noción de establecimiento mercantil. El establecimiento mercantil no está formado por los elementos que pertenecen al empresario, sino por el conjunto de elementos organizados por el empresario para el desarrollo de una actividad económica. El empresario no es necesariamente el propietario de los elementos que integran el establecimiento mercantil, sino que le basta con ostentar una titularidad jurídica que le permita su utilización. Los títulos jurídicos que permiten al empresario la utilización de los elementos que componen el establecimiento mercantil pueden ser títulos obligatorios, títulos de naturaleza real o una combinación de los dos.

La pluralidad y diversidad tanto de los elementos que pueden integrar un establecimiento mercantil como de los títulos jurídicos que sobre los mismos ostenta el empresario impiden atribuir al establecimiento mercantil una naturaleza unitaria propia, y distinta de la inherente a cada uno de los elementos. Los elementos que integran el establecimiento mercantil no son fijos, sino que están en función de distintas circunstancias, tales como la naturaleza de la actividad empresarial desarrollada y de las dimensiones de la empresa.

En cualquier caso, entre los elementos materiales se pueden hallar bienes muebles (por ejemplo, máquinas, mobiliario, utensilios, mercaderías y materias primas, etc.), bienes inmuebles (por ejemplo, locales, almacenes, etc.), derechos reales o de crédito y títulos de propiedad industrial (por ejemplo, patentes, signos distintivos, etc.). Entre los elementos personales deben destacarse, sobre todo, los derivados de los contratos de trabajo. El valor del establecimiento mercantil no es normalmente el equivalente a la suma de los valores individuales de cada uno de los elementos que en lo integran en concreto. La diferencia entre este último valor y el del establecimiento es el que se atribuye a la organización de todos ellos y a su producto, que da lugar a un conjunto de bienes inmateriales tales como la reputación, la clientela u otras relaciones de hecho que reciben la denominación de *fondo de comercio*.

### **Bienes inmuebles**

Entre los elementos materiales resulta conveniente detenerse ahora, por no ser objeto de estudio en otro lugar de estos materiales, en los bienes inmuebles donde está situado el establecimiento mercantil. El título jurídico que el empresario puede tener sobre estos inmuebles, como sobre los restantes bienes que componen el establecimiento, puede ser un título de propiedad o un título obligatorio. El título obligatorio más frecuente que confiere al empresario el derecho a usar el inmueble es el que proporciona el contrato de arrendamiento.

La disciplina de este contrato de arrendamiento es la establecida en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, para los contratos de arrendamiento en el uso distinto del de vivienda y, en especial, para los celebrados con el objetivo de ejercer en la finca objeto del contrato una actividad empresarial (arts. 1 y 3.2). El contenido obligacional de estos arrendamientos es el que los contratantes crean conveniente establecer (art. 4.3). La Ley sólo fija dos obligaciones de naturaleza imperativa: la obligación de formalizar por escrito el contrato (art. 37) y la obligación del arrendatario de prestar fianza (art. 36).

En defecto de pacto expreso, se aplican con carácter supletorio de la voluntad de las partes las normas contenidas en los artículos 29 a 35 de la Ley y lo dispuesto en los artículos 1546 y ss. del Código civil. En este régimen supletorio destacan, por apartarse del régimen común, el derecho del arrendatario de subarrendar la finca o ceder el contrato sin el consentimiento del arrendador, a cambio del derecho de elevar la renta que se otorga a este último (art. 32); el derecho de subrogarse en el contrato de arrendamiento hasta su extinción que se otorga al heredero o legatario del arrendatario siempre que continúe la actividad empresarial ejercida por aquél (art. 33); y el derecho del arrendatario a una indemnización a cargo del arrendador, cuando el contrato se extinga por causa del transcurso del término convencional (art. 34).

La relación entre empresa y establecimiento mercantil es especialmente relevante para el Derecho administrativo, pues en función de la naturaleza de la actividad empresarial desarrollada en el establecimiento existen distintas disciplinas especiales, aplicables para la creación y el ejercicio de actividades en él. En esta situación se encuentran, entre otros, los establecimientos comerciales: locales, construcciones, quioscos o instalaciones de cualquier clase, de carácter



fijo y permanente, destinados al ejercicio regular de actividades comerciales al por menor (art. 2 LOCM). Esto se debe a que su instalación está sujeta a la previa obtención de una autorización administrativa de la correspondiente Administración autonómica o municipal (arts. 5 a 7 LOCM).

El Derecho mercantil únicamente contempla una disciplina especial aplicable a los establecimientos abiertos al público y a los establecimientos secundarios o sucursales. Los establecimientos abiertos al público son tiendas o almacenes en los cuales se venden mercaderías que el Código de comercio contempla para establecer una disciplina especial de las compraventas realizadas en ellos.

Esta disciplina consiste en el establecimiento de una presunción *iuris tantum* del carácter al contado de las compras y ventas concluidas en estos establecimientos (art. 87). También consiste en la tutela real a favor del vendedor con respecto a la adquisición de la moneda en que se verifica el pago de las mercaderías compradas al contado (art. 86), y del comprador con respecto a las mercaderías adquiridas (art. 85.I). Únicamente para este último caso se presumen *iuris et de iure* tiendas o almacenes abiertos al público los establecidos por comerciantes inscritos en el Registro Mercantil y los establecidos por comerciantes no inscritos. Esto es así siempre que se haya producido una publicidad de hecho, bien porque hayan permanecido abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos, o bien porque se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el mismo local, o por avisos repartidos al público insertos en los diarios de la localidad (art. 85.II).

El significado doctrinal del establecimiento mercantil, equivalente al de la empresa en sentido objetivo, comprende todos los elementos organizados por el empresario para el ejercicio de la actividad empresarial y, por tanto, también todos los bienes inmuebles donde se desarrolle. En este sentido más restringido de bienes inmuebles donde se desarrolla una actividad empresarial puede distinguirse, formando parte todos ellos del establecimiento mercantil en sentido amplio, entre establecimiento principal y establecimientos secundarios o sucursales.

### **Los establecimientos secundarios o sucursales**

El fenómeno de los establecimientos secundarios atiende a la necesidad de la expansión territorial de las actividades empresariales. Esta necesidad está en función de múltiples factores, tales como la naturaleza de la actividad empresarial y el desarrollo de los medios de comunicación y transporte. En cualquier caso, se trata de un fenómeno que está en competencia, especialmente en lo que respecta al establecimiento de empresarios extranjeros, con la constitución de sociedades filiales. El establecimiento secundario o sucursal es el lugar en que se desarrollan, total o parcialmente, las correspondientes actividades empresariales con cierta autonomía con respecto al establecimiento principal, y que cuenta con un representante permanente del empresario (arg. *ex art.* 295 RRM).

La instalación de sucursales está sujeta a la obligación de inscripción en el Registro Mercantil (art. 81.1.j, RRM). La inscripción se practica en la misma hoja del empresario y en una hoja propia abierta para la sucursal cuando radique en una provincia distinta a la del domicilio del empresario, o cuando el registrador lo considere necesario para mayor claridad de los asientos aunque radique en la misma provincia (art. 296 RRM). Este régimen de publicidad legal de las sucursales se explica por la finalidad de publicar la identidad y las facultades de los representantes permanentes y de aproximar esta información al lugar en que radica.

## 5. El establecimiento mercantil como objeto del tráfico jurídico

En el discurso tanto jurídico, de modo expreso, como económico, de forma tácita, se suele afirmar, tomando un fenómeno de la realidad empresarial, que las empresas son susceptibles de transmisión. Es decir, que pueden constituir el objeto de diferentes negocios jurídicos que comportan que una persona suceda a otra en el ejercicio de una actividad empresarial. Este modo de expresar el fenómeno que acontece en la realidad empresarial no puede incluirse porque desbarata el orden de los conceptos técnicamente correcto. La empresa es, como sabemos, una actividad económica, y con respecto a una actividad no puede producirse una sucesión en términos jurídicos. La sucesión únicamente puede tener lugar sobre las concretas relaciones jurídicas producidas como consecuencia del desarrollo de una actividad empresarial. Estas relaciones jurídicas son las que el empresario mantiene con cada uno de los elementos organizados que constituyen el establecimiento mercantil, mediante el cual desarrolla una actividad económica constitutiva de empresa.

El objeto del tráfico jurídico no puede ser la empresa en tanto que actividad, sino las titularidades jurídicas sobre los elementos que conforman el establecimiento mercantil.

En este sentido debe destacarse la proximidad, si no identidad, existente entre la realidad descrita por el modelo contractual de la empresa, formulado por el análisis económico, y las nociones de empresa en sentido objetivo o establecimiento mercantil formuladas por los juristas. El modelo contractual de la empresa no sólo está próximo a la noción jurídica de empresa en sentido objetivo, sino que además es un modelo realista: describe la realidad jurídicamente relevante de la empresa como conjunto complejo de relaciones jurídicas, cuyo nexo de unión es el empresario como titular activo o pasivo de todas las relaciones que la forman.

El establecimiento mercantil, como objeto del tráfico jurídico en el sentido indicado, es una materia que abarca el estudio de la disciplina de todos los supuestos en que constituye el objeto de una transmisión. Los distintos supuestos de transmisión del conjunto de relaciones jurídicas que integran un establecimiento mercantil pueden ordenarse, de acuerdo con las categorías generales suministradas por la teoría general del negocio jurídico, como supuestos de transmisión plena o limitada, de transmisión voluntaria o forzosa, de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* y de transmisión onerosa o gratuita.

El ordenamiento jurídico español no contiene una disciplina general relativa al establecimiento mercantil como objeto del tráfico jurídico, sino únicamente algunas normas fragmentarias que fijan el régimen de algún aspecto de la transmisión. Esta situación de precariedad normativa y la especificidad del objeto de la transmisión explican la atención que debe prestarse a los problemas presentados por la aplicación de la disciplina general de los contratos a los supuestos de transmisión voluntaria *inter vivos* del establecimiento mercantil.

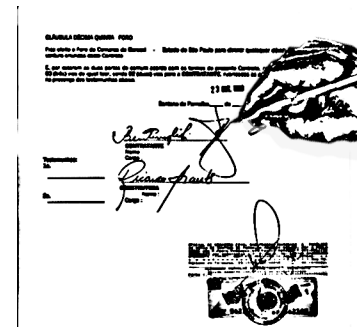
Estos problemas son los que plantean:

- la transmisión de las titularidades reales sobre los bienes,
- la cesión de las relaciones jurídicas pendientes de ejecución,
- la cesión de los créditos,
- la asunción de las deudas y
- la transmisión del fondo de comercio.

Estos problemas enumerados surgen cualquiera que sea la modalidad negocial empleada con el propósito de transmitir un establecimiento mercantil. Una vez estudiados estos problemas generales, abordaremos brevemente los específicos que plantean los tipos negociales utilizados con más frecuencia.

La **transmisión plena o limitada de la titularidad sobre los bienes integrados en el establecimiento mercantil** no se produce en bloque como consecuencia de la conclusión del negocio de transmisión. Estos bienes sólo se transmiten cuando para cada uno de ellos se cumple con la disciplina a la que están individualmente sujetos, pues el establecimiento mercantil no puede configurarse como un objeto unitario de derecho. A pesar de ello, no es necesaria, aunque sí conveniente, una enumeración de todos y cada uno de los bienes que se transmiten, pues éstos, en tanto que constituyen el objeto del negocio de transmisión, quedan delimitados por su adscripción funcional al establecimiento mercantil.

La regla general en nuestro ordenamiento es que la transmisión y adquisición derivativa de la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes exige la concurrencia de un título, la tradición y la propiedad del cedente. La transmisión de los bienes integrados en el establecimiento mercantil se produce, por tanto, mediante la conclusión de un contrato. Este contrato es suficiente por su naturaleza para producir la obligación de transmitir la propiedad de esos bienes o de constituir un derecho real sobre los mismos, y la tradición o entrega siempre que el cedente tenga la propiedad sobre ellos. Ahora bien, como queda dicho, junto a estos requisitos generales es necesario cumplir adicionalmente con los propios de aquellos bienes que, integrados en el establecimiento mercantil, están sujetos a un régimen especial de transmisión, ya sea con respecto a la forma o en relación con la publicidad legal.



Transmisión de un establecimiento mercantil.

Los bienes integrados en un establecimiento mercantil no son necesariamente de propiedad del transmitente, sino que éste puede tener sobre ellos únicamente un título obligacional. La transmisión del establecimiento mercantil, por otra parte, no se limita a la mera transmisión de los bienes organizados y utilizados para el desarrollo de la actividad empresarial, sino que también abarca las relaciones jurídicas producto de su ejercicio. En ambos supuestos se presenta el problema del régimen de la **cesión de las relaciones jurídicas pendientes de ejecución o de ejecución continuada**.

La transmisión de estas relaciones exige con carácter general no sólo el consentimiento del *tradens* y del *accipiens* del establecimiento mercantil, sino también el de la parte cedida. Esto se debe a que la transmisión de la relación al *accipiens* constituye una modificación subjetiva de la relación original, que únicamente puede vincularle en la medida en que la consienta. Existen, sin embargo, algunos supuestos en los cuales la transmisión se produce sin el concurso actual de ese consentimiento. Estos supuestos son los relativos a la cesión del contrato de arrendamiento (art. 32.1 LAU) y a la cesión de los contratos de trabajo (art. 44 ET). La cesión de las relaciones laborales se produce *ex lege* cuando se transmite el establecimiento mercantil.

En cambio, la cesión del contrato de arrendamiento se produce sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, siempre que no se hubiera excluido expresamente este derecho del arrendatario en el contrato de arrendamiento (art. 4.3 LAU). La previsión de este derecho del arrendatario con carácter supletorio tutela el interés privado del arrendador que ejercita una actividad empresarial frente al interés del arrendador de la finca, que únicamente se explica por la finalidad de favorecer la circulación de empresas. La contrapartida de esta tutela consiste en el derecho de elevar la renta en vigor en un 20% que se otorga al arrendador (art. 32.2 LAU), y para cuyo ejercicio se obliga al arrendatario cedente y al cesionario a notificarle de forma fehaciente la cesión en el plazo de un mes (art. 32.4).

El problema de la transmisión de las relaciones jurídicas sólo aparece cuando están pendientes de ejecución o son relaciones de ejecución continuada. Por ejemplo, en el caso de que el empresario cedente del establecimiento mercantil haya cumplido y la otra parte no, el primero será titular de un crédito; y, viceversa, cuando el empresario no haya cumplido y la otra parte de la relación sí, el empresario será deudor de la prestación. En estos casos, la transmisión del establecimiento mercantil plantea el problema de la cesión de los créditos y la asunción de deudas por el adquirente del establecimiento mercantil. La **cesión de los créditos** se produce con la conclusión del negocio de transmisión del establecimiento mercantil, siempre que hubieran sido incluidos como objeto del mismo y sin necesidad de consentimiento del deudor (art. 347 C. de c.). La notificación de la cesión al deudor no es un elemento necesario para que se produzca la transmisión de los créditos, sino para poner esta cesión en su conocimiento (art. 1527 CC). **La asunción de las deudas** del *tradens* del

establecimiento mercantil por parte del *accipiens* sí que exige, en cambio, el consentimiento del acreedor del *tradens* (art. 1205 CC), pues se trata de un supuesto de modificación subjetiva de la relación obligatoria original.

Existen también excepciones con respecto al régimen expuesto de la asunción de deudas. Estas excepciones son las relativas a las deudas tributarias (art. 72 LGT), a las deudas por prestaciones de la Seguridad Social (art. 127.2 LGSS) y a las deudas laborales (art. 44.1 ET). En todos estos casos, el *accipiens* se constituye en garante *ex lege* del cumplimiento de estas deudas sin que se exija el consentimiento del acreedor, pues tampoco cesa la responsabilidad del *tradens* por las mismas.

### La transmisión del fondo de comercio

La transmisión de un establecimiento mercantil comprende en las expectativas de las partes no sólo la transmisión de los bienes, materiales e inmateriales, las relaciones jurídicas pendientes de ejecución o de ejecución continuada, los créditos y las deudas. También, y de forma muy destacada, comprende la **transmisión del fondo de comercio**. El fondo de comercio, entendido como el valor inherente a la organización de los restantes elementos que forman el establecimiento mercantil, y a la reputación del empresario transmitente, no es susceptible de transmisión porque sobre él no puede ostentarse una titularidad jurídica. El valor del establecimiento mercantil, sin embargo, no es el que corresponde a la suma de los valores individuales de los elementos utilizados y organizados que lo componen, sino el que resulta de la capitalización de los beneficios que permiten obtener. La diferencia entre esos dos valores es el relativo al fondo de comercio, y de ahí el interés del *accipiens* en asegurarse su disfrute.

El medio utilizado para asegurar que el *accipiens* del establecimiento mercantil podrá disfrutar del fondo de comercio es la **obligación de no competencia** que recae sobre el *tradens*. La validez de la obligación de no competencia, tanto si se impone de modo expreso, mediante el establecimiento de un pacto de no competencia, como si no se pacta en el negocio de transmisión, no descansa en una norma específica. En nuestro ordenamiento ninguna norma contempla expresamente este supuesto, sino que es el resultado de la elaboración doctrinal y jurisprudencial.

La doctrina, después de hacer explícita la finalidad y función desempeñada por esta obligación, señala que su fundamento normativo debe residenciarse en la buena fe en su función de cláusula de integración contractual (arts. 1255 CC y 57 C. de c.). La justificación de la admisión de la validez de la obligación de no competencia tiene lugar, de este modo, por la función que desarrolla, y por ello es imprescindible señalarla expresamente. Esta función queda puesta de manifiesto si imaginamos el supuesto en el que esa obligación de no competencia no fuera exigible: nadie estaría dispuesto a adquirir un establecimiento mercantil en estas condiciones, pues una vez realizada la transmisión el *tradens* podría continuar ejerciendo la misma actividad y perjudicar de este modo al *accipiens*, que vería reducido el valor del establecimiento. En cambio, mediante la exigibilidad de la obligación de no competencia se facilita la transmisión y la continuidad de los establecimientos mercantiles cuyos titulares, por la razón que sea, no desean seguir explotando.

En cualquier caso, también en relación con esta obligación, la doctrina y la jurisprudencia han destacado que para su validez, además de satisfacer la función referida, deben estar limitados en el tiempo y en el espacio. Estos **límites** necesarios para la validez de la obligación no se exigen de forma arbitraria, sino precisamente para que cumpla la finalidad que justifica la admisión de su validez. En concreto, en lo que al límite **temporal** respecta, no se puede extender más allá de lo necesario para la tutela del fondo de comercio del establecimiento mercantil adquirido. Con respecto al **espacial**, no debe abarcar un ámbito que exceda la posibilidad de que se produzca una competencia efectiva.

## 5.1. La compraventa

La compraventa de establecimiento mercantil es el contrato por el cual un empresario se obliga a transmitir el establecimiento mercantil a cambio de un precio que el comprador se obliga a satisfacer. El significado jurídico de la obligación de transmitir el establecimiento mercantil se cifra en la obligación de transmitir la titularidad de todas las relaciones jurídicas que el empresario vendedor ostenta sobre los elementos que forman el establecimiento, y surge con la conclusión de ese único contrato de compraventa.

El contenido de este contrato está integrado por las correspondientes obligaciones que a cargo del empresario vendedor y del comprador fijan las partes en el mismo. En cualquier caso, entre esas obligaciones figuran siempre las propias de la compraventa en general, aunque la especificidad del objeto modaliza su contenido.

La obligación asumida por el comprador se resume en el pago del precio en las condiciones y los plazos expresamente pactados en el contrato (art. 1500 CC). El vendedor está, por su parte, obligado a entregar el establecimiento mercantil (art. 1461 y ss. CC). Sin embargo, dada su naturaleza plural, el cumplimiento de esta obligación se efectúa, en su caso, mediante la entrega individual de los elementos que lo forman y de acuerdo con su régimen especial.

El vendedor asume asimismo una obligación de colaboración con el comprador, con el fin de que este último pueda llevar a cabo la actividad empresarial para cuyo ejercicio ha adquirido el establecimiento mercantil. El vendedor, en fin, asume también la obligación de saneamiento (arts. 1461 y 1474 y ss. CC) por evicción (art. 1479 CC) y la obligación de saneamiento por vicios ocultos (art. 1532 CC).

La obligación de saneamiento no se extiende sobre cada uno de los elementos, sino sobre el conjunto de los que integran el establecimiento mercantil, aunque con la precisión de que esa responsabilidad no surge cuando la evicción o los vicios afectan al total o a la mayor parte de esos elementos, sino cuando lo hace a la totalidad o alguno de los elementos esenciales (arg. *ex art.* 39.3 LSA).

## 5.2. El arrendamiento

El arrendamiento de establecimiento mercantil es el contrato por el cual un empresario se obliga a transmitir el uso o goce de un establecimiento mercantil por tiempo determinado y a cambio de un precio que se obliga a satisfacer el arrendatario. La transmisión del uso o goce se produce también en este contrato mediante la transmisión en este concepto de las correspondientes relaciones jurídicas. El contenido del contrato de arrendamiento de establecimiento mercantil es el que las partes pacten expresamente y el establecido en el Código civil con respecto al contrato de arrendamiento de cosas (art. 1543 CC).

La especial naturaleza del objeto del contrato obliga también aquí a señalar las peculiaridades de las obligaciones que forman ese contenido. El empresario arrendador está obligado a entregar todos los elementos que forman el establecimiento mercantil (art. 1554, 1.º CC) de acuerdo con su respectivo régimen jurídico. Además, está también obligado a colaborar con el arrendador para que pueda desarrollar la actividad empresarial cuyo medio lo constituye el establecimiento. La obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento (art. 1554, 3.º CC) se interpreta con el significado de la obligación de no competencia antes tratada. La obligación de hacer las reparaciones necesarias (art. 1554, 2.º CC) sólo debe extenderse a las de carácter extraordinario, de modo que las ordinarias quedan a cargo del arrendador (arg. ex art. 1555, 2.º CC).

La obligación principal que asume el arrendatario es el pago del precio o la renta del arrendamiento en los términos convenidos (art. 1555, 1.º CC), como contrapartida de la obligación del arrendador de transmitir el goce o uso del establecimiento mercantil. El arrendatario está obligado a desarrollar la actividad empresarial que le permite la adquisición del uso o goce del establecimiento mercantil (art. 1555, 2.º CC). De otro modo, no podría cumplir con la obligación de restituir el establecimiento mercantil tal cual lo recibió (art. 1561 CC) al finalizar la duración del arrendamiento. Esta obligación de desarrollar la correspondiente actividad empresarial comporta la atribución al arrendatario de un poder de disposición, sobre aquellos elementos del establecimiento cuya enajenación sea inherente al cumplimiento de la obligación.

## 5.3. El usufructo

El usufructo de establecimiento mercantil es una relación jurídica, que se caracteriza por otorgar al titular del mismo el derecho de usar y disfrutar de todos los elementos que integran el establecimiento, así como de los resultados de la actividad empresarial que éstos permiten desarrollar (art. 467 CC). La constitución del usufructo de establecimiento mercantil no es un fenómeno



aislado, sino que se produce con relativa frecuencia y puede tener un origen legal (arts. 160 y 834 CC) o convencional, tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa* (art. 468 CC).

El usufructo de establecimiento mercantil, más que un derecho real limitado, que únicamente se manifiesta como tal cuando recae sobre los elementos materiales del establecimiento (art. 480 CC), constituye una titularidad usufructuaria que se descompone en una pluralidad de derechos de distinta naturaleza cuando recae sobre los restantes elementos que forman el establecimiento. El derecho real limitado de usufructo se constituye sobre una cosa, pero al no ser el establecimiento mercantil un bien jurídico unitario necesariamente se descompone en una pluralidad de derechos de usufructo de diferente naturaleza (por ejemplo, usufructo de bienes muebles e inmuebles, usufructo de cosas consumibles, usufructo de derechos, usufructo de disposición, etc).

El cumplimiento tanto de la obligación de conservar la forma y sustancia del objeto del usufructo (art. 467 CC) como de restituir la cosa usufructuada (art. 522 CC) que pesan sobre el usufructuario comportan para el mismo, en el usufructo de establecimiento mercantil, la obligación adicional de explotar la empresa que le permite la titularidad usufructuaria sobre el establecimiento. El usufructuario puede, por tanto, aprovechar todas las utilidades del establecimiento mercantil y de la actividad empresarial desarrollada mediante el mismo. Por otro lado, el nudo propietario tiene derecho a recibir, en el momento de la restitución, o los mismos bienes objeto del usufructo u otros exactamente equivalentes, o su valor cuando por su propia naturaleza no es posible la restitución de los mismos (arg. *ex art.* 482 CC).

#### **5.4. Los contratos de garantía**

El establecimiento mercantil no constituye un bien jurídico unitario. Por lo tanto, no puede constituir el objeto de un derecho real de garantía que permita que el empresario titular de las relaciones jurídicas que lo integran lo utilice para obtener crédito mediante el reforzamiento de las expectativas de satisfacción de sus acreedores. Esto no es obstáculo, sin embargo, para que algunos de los concretos elementos que lo forman puedan configurarse como objetos de negocios de garantía. No obstante, esta posibilidad no permite aprovechar el valor económico de la organización creada y de la reputación adquirida por el empresario.

La figura comercial más próxima a un contrato de garantía sobre el establecimiento mercantil, en el sentido doctrinal expuesto, es la denominada **hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil**, cuyo régimen está establecido en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión. Los requisitos necesarios para la efectividad de la hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil son:

- que el empresario sea titular dominical o arrendatario con derecho de cesión del contrato de arrendamiento del local en que se encuentra el establecimiento (arts. 19 LHM en relación con 32.1 LAU);
- la constitución en escritura pública (arts. 3.I y 24 LHM);
- la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (art. 3.III);
- en su caso, la notificación de la hipoteca constituida al arrendador (arts. 24. II, 26, 31 y 32).

La hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil sujeta, de forma directa e inmediata, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye (art. 16 LHM). La extensión de la hipoteca con respecto a la obligación garantizada se fija en los artículos 5 y 23 de la LHM. La extensión objetiva o los bienes sobre los cuales recae la hipoteca de establecimiento mercantil muestran como ésta no abarca todos los elementos que lo configuran doctrinalmente. La extensión mínima se refiere al derecho de cesión del contrato de arrendamiento en el caso de que el empresario fuese arrendatario del local, y al derecho de arrendamiento y a las instalaciones fijas o permanentes en el caso de que fuese el propietario (arts. 20 y 28 LHM).

La extensión normal de la hipoteca, que se produce salvo que exista pacto expreso en contrario, abarca, junto con los anteriores derechos, los bienes mencionados en el artículo 21 (por ejemplo, nombre comercial, rótulo de establecimiento, marcas, otros derechos de propiedad industrial o intelectual, máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo). Esto ocurre siempre que sean de la propiedad del empresario, que su precio de adquisición esté pagado y que se hallen destinados a satisfacer las necesidades de la empresa. La extensión máxima se produce cuando existe pacto expreso al respecto y permite comprender en la misma a las mercaderías y materias primas siempre que sean de la propiedad del empresario y su precio de adquisición esté satisfecho (art. 22 LHM).

La constitución de una hipoteca sobre establecimiento mercantil obliga al empresario hipotecante a mantener el valor del establecimiento, por medio del ejercicio de la empresa cuyo medio lo constituye el establecimiento (art. 27 LHM). También le obliga a mantener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de constitución (art. 22.II LHM). El artículo 29 de la LHM establece hasta nueve causas especiales que otorgan al acreedor el derecho de dar por vencida la obligación y, en su caso, ejecutar la hipoteca de establecimiento.

### 5.5. La transmisión *mortis causa*

La transmisión *mortis causa* del establecimiento mercantil plantea numerosos problemas que tradicionalmente se han agrupado en torno a dos ideas que resumen dos finalidades: la continuidad y la conservación de la empresa ejercitada mediante el establecimiento mercantil transmitido *mortis causa*. Estos problemas surgen porque la sucesión por causa de muerte no se produce de forma instantánea, lo cual repercute en la continuidad de la empresa. También porque normalmente habrá una pluralidad de sucesores con derechos sobre el establecimiento mercantil, lo que incide sobre la finalidad de conservación de la empresa. La mayoría de los problemas, sin embargo, pueden resolverse cuando han sido expresamente previstos en un testamento.

La sucesión *mortis causa* en las titularidades sobre los elementos que componen el establecimiento mercantil no ofrece ningún problema con respecto a los herederos, pues éstos suceden al causante en todas sus relaciones (art. 661 CC). Sin embargo, sí que los presenta en relación con los legatarios, pues en tal caso será preciso el consentimiento expreso de los acreedores para que tenga lugar la correspondiente asunción de deudas y la transmisión de las relaciones jurídicas pendientes de ejecución (arts. 1084 y 1257 CC). En ambas situaciones está en juego, sin embargo, la **continuidad de la empresa**, pues la sucesión efectiva no se produce como mínimo hasta la aceptación de la herencia o el legado. Esta situación no se presenta cuando existe un factor nombrado antes de la muerte del causante, porque sus poderes se estiman subsistentes mientras no le sean expresamente revocados (art. 290 C. de c.). En ausencia del factor, el artículo 999.IV CC puede permitir la continuidad de la empresa mientras no se produce la aceptación, porque autoriza al heredero a realizar actos de mera conservación o administración provisional.

El problema de la conservación de la empresa en el caso de pluralidad de herederos es mucho más complejo, y su resolución positiva pasa necesariamente por el establecimiento de las necesarias disposiciones testamentarias. Éstas pueden consistir en la constitución de un legado que tenga por objeto el establecimiento mercantil, con los problemas antes referidos sobre asunción de deudas y transmisión de las relaciones jurídicas pendientes de ejecución. También puede consistir en el nombramiento de un heredero único del establecimiento, con la carga de satisfacer en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios (arts. 841 y ss. y 1056 CC).

En los casos en que no se han realizado estas previsiones testamentarias y, sin embargo, los herederos continúan colectivamente el ejercicio de la empresa del causante con una razón unificada, no nos encontramos ante una comunidad hereditaria, regida por la disciplina de la comunidad de bienes. Por el contrario, estaremos ante una sociedad que, en el caso de que su objeto sea mercantil, deberá quedar sujeta a la disciplina de la sociedad colectiva irregular. Si el objeto es civil, lo hará a la de la sociedad civil.

## 6. La tipología empresarial

La empresa como actividad de producción y distribución de bienes y servicios para el mercado no es un fenómeno uniforme, sino que en la realidad económica se presenta de forma plural. La alusión a la tipología empresarial persigue reunir las realidades empresariales más frecuentes en el tráfico que son relevantes desde la perspectiva jurídica. En primer lugar, hacemos referencia a las cuestiones que plantea el tamaño de la empresa como fenómeno de gran trascendencia económica, y que está adquiriendo cada vez más también relevancia en el seno del ordenamiento jurídico. La segunda realidad referida es la relativa a la cooperación empresarial, que tiene por finalidad mostrar que las actividades constitutivas de empresa frecuentemente son desarrolladas en común por dos o más empresarios. La tercera cuestión abordada tiene por objeto establecer las distinciones jurídicamente relevantes dentro de los distintos sectores de las actividades económicas.

### 6.1. El tamaño de la empresa

En la terminología económica es normal encontrar expresiones referidas al tamaño de las empresas para describir la estructura empresarial de un determinado mercado. La estructura empresarial de las economías de mercado está generalmente formada por un reducido número de grandes empresas y por un número mucho más elevado de pequeñas y medianas empresas, e incluso de microempresas. Los fundamentos teóricos que explican esa diversidad del tamaño de las empresas son los mismos que lo hacen con la existencia de las empresas. La empresa aumenta de tamaño cuando el empresario organiza una actividad de producción o distribución adicional en su interior, en lugar de llevarla a cabo mediante una transacción en el mercado. Inversamente, el tamaño de la empresa decrece en la medida en que el empresario abandona la organización de cualquier actividad de producción o distribución para desarrollarla en el mercado mediante transacciones.

Ahora bien, si la razón que explica la existencia de la empresa son los costes de llevar a cabo una actividad económica mediante transacciones en el mercado, es lógico preguntarse por qué no existe una sola gran empresa en la que se realicen todas las actividades de producción y distribución de bienes y servicios. La razón de que no sea así se encuentra en los costes en que incurre el empresario al organizar la actividad de producción o distribución mediante la empresa. La principal causa que determina la organización de una actividad de producción o distribución más o menos por medio de la empresa reside, por tanto, en los costes relativos de desplegarla de esta forma o mediante el mercado.

Las empresas crecen hasta el punto en que los costes de organización de una actividad de producción o distribución más dentro de la empresa son iguales a los costes de llevar a cabo esa misma actividad mediante transacciones en el mercado. Lo anterior comporta, a su vez, que el tamaño de la empresa no es una característica estática de las empresas, sino que constantemente puede aumentar o disminuir. Lo hará en función de la variación sucesiva que experimenten los costes relativos de organización de la producción y distribución de los productos y servicios en la empresa y los costes de transacción en el mercado.

La importancia de las pequeñas y medianas empresas no sólo reside en constituir el número más elevado del conjunto de las empresas desarrolladas en el sistema económico, sino también en las funciones que cumplen. Estas funciones pueden ser de naturaleza estrictamente económica, como factores de dinamismo del propio sistema, o de carácter social, como factores de creación de empleo y de estabilidad social. Esta importancia de las pequeñas y medianas empresas, encerrada en su número y funciones, es la que ha trascendido a la creciente legislación administrativa dirigida a fomentarlas y tutelarlas.

Las medidas contenidas en esa legislación administrativa constituyen la plasmación de una política económica que tiene su reflejo en la propia organización de la Administración pública del Estado. En el Ministerio de Economía existe una Secretaría de Estado con competencias relativas a la política de apoyo y promoción a las PYME. Ésta, a su vez, comprende una Dirección General de la Política de la Pequeña y Mediana Empresa, cuatro Subdirecciones Generales y un Observatorio de la Pequeña y Mediana Empresa (RD 1371/2000, de 19 de julio).

Los criterios utilizados para la delimitación de las nociones de empresas grandes, pequeñas y medianas no son en la legislación nacional uniformes, sino que están en función de la naturaleza y finalidad perseguida con cada concreta disposición. La normativa comunitaria vigente, con la misma finalidad de fomento y tutela de las PYME, en el ámbito de la Unión Europea, ha establecido, recientemente, unas definiciones de pequeñas y medianas empresas con validez general, y sobre la base de unos umbrales que giran en torno al número de trabajadores empleados, a la cifra anual de negocios y al importe total de las partidas del activo del balance anual (anexo I del Reglamento CE, núm. 70/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001).

La distinción entre pequeñas, medianas y grandes empresas no está presente en el Derecho mercantil. Los empresarios que desarrollan actividades constitutivas de una empresa mercantil están sujetos a una disciplina uniforme en lo que respecta al denominado estatuto del empresario mercantil, y ello con independencia del tamaño de la empresa que exploten. Esta afirmación no pierde validez aunque en algunas disposiciones se tenga presente en alguna

**Web recomendada**

Véase <http://www.ipyme.org>

medida el tamaño de las empresas. En ellas no está presente una finalidad dirigida a hacer relevante el tamaño de la empresa, sino la propia racionalidad de la institución.

Los supuestos más destacados de esto último son los que hacen referencia a:

- el deber de llevar una contabilidad adecuada a la actividad de la empresa (art. 25.1, C. de c.);
- el carácter facultativo de la inscripción de los empresarios individuales en el Registro Mercantil (art. 19.1, C. de c.);
- en los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos, la posibilidad de nombrar, respectivamente, un solo síndico o interventor en lugar de los tres previstos con carácter general (arts. 1210 LEC 1881 y 4.VII LSP).

En cambio, en las disposiciones relativas a la formulación y verificación de las cuentas anuales de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, sí que puede descubrirse la voluntad de hacer relevante el tamaño de la empresa al diferenciar la disciplina en tres niveles distintos según los umbrales expresamente establecidos (arts. 181, 190, 201 y 203.2, LSA). Esta voluntad se encuentra patente en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, y pone de manifiesto la exposición de motivos y la propia función del tipo societario creado. Esta Ley establece de forma indiscriminada una definición única tanto para las pequeñas como para las medianas empresas: las empresas cuyo número de trabajadores no exceda de doscientos cincuenta.

## **6.2. La cooperación interempresarial**

El desarrollo de cualquier actividad económica comporta siempre y necesariamente algún grado de cooperación. El análisis económico muestra que la empresa no es otra cosa que un conjunto complejo de relaciones contractuales las cuales, mediante la cooperación de cada una de las partes que las integran, permiten el desarrollo de una actividad de producción y distribución de bienes y servicios para el mercado. Ahora bien, cualquier actividad económica realizada mediante una empresa puede, como hemos visto, igualmente efectuarse por medio de transacciones en el mercado que asimismo implican la cooperación de las respectivas partes que intervienen. La opción entre organizar la actividad económica mediante empresa o por el mercado está en función, como sabemos, de los costes relativos de organización de la empresa o de transacción en el mercado. Estos costes relativos explican que entre la cooperación en la empresa y la competencia en el mercado exista en la realidad económica una pluralidad de fenómenos intermedios.

En este apartado, y por razón de la materia abordada en el módulo, nos interesa fijar la atención en los fenómenos de cooperación interempresarial que permiten promover o facilitar el desarrollo de otras empresas. La cooperación interempresarial tiene lugar porque posibilita la maximización del beneficio de las empresas, cuya promoción o desarrollo constituye su finalidad. La actividad desarrollada en cooperación y con esta finalidad puede ser cualquiera y, por tanto, también una actividad económica constitutiva de empresa. En general, las actividades que constituyen el objeto de la cooperación interempresarial pueden ser, en relación con las empresas beneficiadas, una parte de una actividad de producción o distribución, una parte de las actividades auxiliares de una empresa o bien una parte de la propia actividad empresarial.

El ordenamiento jurídico español contiene la disciplina de algunas estructuras organizativas cuya causa consorcial típica es la propia de la cooperación interempresarial. En el ámbito mercantil, destaca especialmente la figura societaria de las **agrupaciones de interés económico**, cuya finalidad típica consiste en facilitar el desarrollo o mejorar el resultado de la actividad de sus socios (art. 2.1, Ley 12/1991, de 29 de abril). Una finalidad análoga está presente también en otras estructuras organizativas alejadas de la mercantilidad, como por ejemplo las cooperativas de empresarios, de servicios o de transportistas (arts. 77, 98, 100, Ley 27/1999, de 16 de julio), y en las uniones temporales de empresas, reguladas en el artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

Las **uniones temporales de empresas** se definen como un sistema de colaboración entre empresarios para el desarrollo o la ejecución de una obra, un servicio o un suministro. No es dudoso que la naturaleza jurídica de esta modalidad de cooperación interempresarial sea societaria, dado el fin común perseguido por los empresarios miembros de la unión temporal de empresas. El carácter empresarial de la actividad que constituye el objeto de la unión temporal de empresas llevaría, a su vez, a sujetarla a la disciplina de la sociedad mercantil general. Sin embargo, la unión temporal de empresas no tiene personalidad jurídica propia, y actúa mediante un gerente único con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros. Este hecho parece que la aleja de esa disciplina, la cual presupone una sociedad con personalidad jurídica y representación orgánica, y que la sitúa en la propia de la sociedad general.

La finalidad consorcial propia de la cooperación interempresarial puede alcanzarse asimismo mediante la utilización de las estructuras organizativas que suministran los distintos tipos societarios. El caso atípico más significativo de esa utilización es el de las denominadas **joint ventures o sociedad conjunta**, que consiste en la constitución de una sociedad filial común por dos empresarios, con la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, para la promoción o el desarrollo de sus respectivas empresas. En general puede afirmarse que los acuerdos de cooperación interempresarial que no hayan optado por

adoptar una estructura organizativa típica serán reconducibles a la disciplina de la sociedad general. En todos ellos está presente el fin común consorcial perseguido por las partes con el acuerdo.

### **6.3. La empresa en los sectores de la actividad económica**

La empresa como actividad económica de producción y distribución de bienes y servicios en el mercado puede desarrollarse en cualquiera de los tres grandes sectores en que tradicionalmente se dividen las actividades económicas. Lo anterior supone la existencia de empresas las cuales, según la naturaleza del sector económico considerado, pueden calificarse como empresas agrarias, empresas industriales y empresas de servicios. Esta generalización de la actividad económica constitutiva de empresa a todos los sectores de la economía no encuentra reflejo en los sectores de la actividad económica que pueden considerarse constitutivos de una actividad mercantil en sentido jurídico. Esto se debe a que, por distintas razones, **el ámbito de aplicación del Derecho mercantil no comprende todas las actividades económicas constitutivas de empresa.**

La delimitación de las actividades empresariales que constituyen simultáneamente actividades mercantiles y de los sectores de la actividad económica que tradicionalmente han quedado excluidos del Derecho mercantil constituye una cuestión de máxima importancia, tanto práctica como teórica. La condición jurídica de empresario mercantil sólo se adquiere con el ejercicio profesional de alguna de las actividades económicas constitutivas de empresa mercantil.

La actividad mercantil prototípica en el Código de comercio es la actividad comercial (art. 1, 1.º). El Código, sin embargo, contenía originalmente algunos preceptos que se referían, al tratar del objeto de las sociedades mercantiles, a las actividades industriales y a las actividades de servicios (arts. 117.II y 123). La construcción de la materia mercantil en torno a la actividad comercial encuentra su explicación en los orígenes del Derecho mercantil como Derecho corporativo de los comerciantes, y en la subordinación de las restantes actividades económicas al comercio.

En cualquier caso, la conexión entre actividad mercantil y el sector de las actividades industriales sigue plenamente vigente en el artículo 1, 2.º. La relativa a las actividades del sector de los servicios deriva de la propia inclusión del sector comercial como actividad mercantil y, sobre todo, del entero contenido del propio Código. Este contenido abarca las actividades de esta naturaleza realizadas en el momento de su promulgación (por ejemplo, transporte, bancarias, seguros, etc., cfr., arts. 124, 175, 349), y que por analogía debe extenderse al conjunto de las que integran este sector en la actualidad. Lo anterior



debe servir para afirmar con seguridad que **constituyen empresas mercantiles las empresas industriales, las empresas comerciales y las empresas de servicios.**

En tanto que una especie del género de empresas industriales o comerciales, también son mercantiles las empresas inmobiliarias: aunque las compraventas de inmuebles no son mercantiles (art. 326), no puede dudarse del carácter mercantil de la actividad de adquisición y construcción de inmuebles para su posterior comercialización en el mercado.

Las actividades económicas tradicionalmente excluidas del Derecho mercantil son las del sector artesanal y las del sector agrario, ganadero, pesquero y forestal.

La exclusión del **sector agrario** es indudable, y no sólo porque el Código de comercio niegue la mercantilidad a las ventas que hicieren los labradores o ganaderos, de los frutos o productos de sus cosechas o ganados (art. 326, 2.º). Sobre todo, tiene lugar porque al establecerse la disciplina de la sociedad agraria de transformación (RD 1176/1981, de 3 de marzo) se la somete expresamente y con carácter supletorio al régimen de la sociedad civil.

La explicación histórica de esta exclusión es fácil, pues está vinculada al origen corporativo del Derecho mercantil. En la actualidad está poco o nada justificada cuando las actividades del sector agrícola son plenamente constitutivas de empresa. Las empresas agrícolas que desarrollan una actividad de transformación de los frutos o productos de sus cosechas o ganados y después los comercializan en el mercado no se diferencian en nada de las empresas industriales o comerciales.

Las **actividades artesanales** también están tradicionalmente excluidas del ámbito de aplicación del Derecho mercantil. Esta afirmación se pone de manifiesto de nuevo en el Código de comercio, que también reputa no mercantiles las ventas que de los objetos construidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres (art. 326, 3.º). La exclusión de este sector está plenamente justificada cuando la intervención personal del artesano constituye el factor predominante de la actividad de producción, transformación y reparación de bienes o prestación de servicios (cfr., art. 1 RD 1520/1982, de 18 de junio). La justificación decae en la medida en que el factor personal deja de ser el predominante y toma su lugar el factor capital. En tal caso, desaparece también cualquier diferencia entre la empresa artesanal y la empresa industrial o comercial, al quedar la actividad artesanal configurada como una actividad plenamente constitutiva de empresa.

El carácter predominante de la intervención personal es seguramente el que también explica y justifica, al margen del recurrido origen histórico de esta rama del ordenamiento, la exclusión de la aplicación del Derecho mercantil a las **actividades profesionales, artísticas y deportivas**. Lo cierto es que en la actualidad, si bien no con carácter general, puede afirmarse que los servicios

prestados por los profesionales se despliegan prácticamente como actividades constitutivas de empresa. Esta realidad es la que seguramente está detrás de la expresa calificación como mercantil de la actividad desarrollada por algunos profesionales, por ejemplo los auditores de cuentas, y de la progresiva aplicación indistinta a empresarios mercantiles y a profesionales de un conjunto de normas mercantiles, entre las cuales merecen destacarse las que forman el Derecho de la competencia.

### **Las empresas públicas**

El desarrollo de actividades económicas constitutivas de empresa puede ser tanto privado como público. En el primer caso estamos ante una manifestación del ejercicio de la libertad empresa (art. 38 CE), y en el segundo del ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica (art. 128.2 CE), que da lugar a las denominadas empresas públicas. La noción de empresa pública comprende una pluralidad de manifestaciones cuyo elemento común reside en el control de la empresa por parte de la administración pública estatal, autonómica o municipal.

Las empresas públicas se desarrollan mediante una pluralidad y diversidad de estructuras organizativas, cuya única característica común es la sujeción de su actividad al Derecho privado. A pesar de ello, debe advertirse que si bien las empresas públicas pueden desarrollar actividades empresariales constitutivas de una empresa mercantil por la naturaleza de la actividad, no todas ellas, y ni siquiera en la misma medida, quedan sujetas a la disciplina del estatuto del empresario mercantil. Habrá que conocer su régimen jurídico para la determinación de esto último.

## Resumen

La doctrina de la empresa como paradigma ordenador de la disciplina juridicomercantil ha proporcionado los elementos conceptuales en torno a los cuales se construye el sistema externo de exposición del Derecho mercantil como disciplina académica. Estos elementos conceptuales son la empresa en sentido subjetivo o empresario, la empresa en sentido objetivo o establecimiento mercantil y la empresa en sentido funcional o empresa como actividad económica de carácter mercantil. El primer dato normativo cuyo significado es necesario establecer a la luz de los referidos elementos conceptuales es la libertad de empresa expresamente contemplada en la Constitución española. El significado jurídico constitucional de la libertad de empresa se cifra en el establecimiento de una garantía institucional cuyas consecuencias económicas son expuestas. También en el reconocimiento de un derecho que se identifica con la empresa en sentido funcional, y cuyo contenido analítico se descompone doctrinalmente en la libertad de acceso, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación en las actividades económicas constitutivas de empresa.

Los fundamentos teóricos de la doctrina de la empresa se encuentran en la teoría económica neoclásica. Ésta, al centrar su estudio en el mercado como sistema de determinación de los precios, contempla a la empresa como uno de sus elementos y la configura como la unidad de producción de bienes y servicios para el mercado. Esta descripción de la realidad de la empresa en el análisis económico se explica por la finalidad perseguida, pero no es obstáculo para descripciones distintas adecuadas a otras finalidades. Éste es el significado del modelo contractual de la empresa formulado como instrumento para explicar la racionalidad de las distintas estructuras empresariales. Al configurar la empresa como una estructura contractual compleja, resulta también de enorme utilidad para el análisis de la disciplina juridicomercantil establecedora del contenido de las distintas relaciones jurídicas que configuran la empresa según este modelo económico.

El estudio de los elementos conceptuales sobre los cuales descansa el sistema externo del Derecho mercantil nos ha llevado a establecer el significado y las relaciones entre las nociones de empresa y establecimiento mercantil. La primera como sinónimo de actividad económica constitutiva de empresa, y la segunda como un conjunto complejo de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para desarrollar esa actividad. Durante el análisis del significado jurídico de la noción de establecimiento mercantil, nos hemos detenido en el estudio de la naturaleza de las relaciones del empresario con los elementos que lo integran, y en la disciplina jurídica de algunos de estos elementos así como de las distintas clases de establecimientos mercantiles. El establecimiento mercantil con el significado trazado anteriormente puede constituir el objeto de distintos negocios jurídicos que persiguen

su transmisión plena o limitada. El régimen de estos negocios debe construirse partiendo de la disciplina general de los contratos y de la especial de cada uno de los diferentes tipos generales. Siempre será necesaria la adaptación de esta disciplina a la especial naturaleza del objeto.

En el estudio de la noción de empresa entendida como actividad económica constitutiva de empresa nos hemos detenido en la exposición de los fundamentos y el significado del tamaño de la empresa, y en su trascendencia jurídica. Las actividades económicas constitutivas de empresa pueden ser desarrolladas no sólo de forma aislada por los distintos empresarios, sino también mediante la cooperación entre ellos. El ordenamiento pone a disposición de los operadores económicos figuras jurídicas destinadas a promover o facilitar el desarrollo de sus actividades económicas constitutivas de empresa mediante la cooperación entre empresarios. La actividad empresarial consistente en la producción o distribución de bienes y servicios para el mercado se descubre en todos los sectores de la realidad económica, pero en nuestro ordenamiento únicamente el desarrollo de esa actividad en algunos sectores es constitutiva de una empresa mercantil.

## **Ejercicios de autoevaluación**

1. Explicad el significado y las consecuencias del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa.
2. Enumerad las razones por las cuales sólo el establecimiento mercantil y no la empresa puede ser objeto del tráfico jurídico.
3. Explicad en qué consiste una actividad constitutiva de empresa y qué empresas pueden calificarse como mercantiles.

## Solucionario

1. El reconocimiento de la libertad de empresa como elemento configurador de la Constitución económica comporta el establecimiento de una garantía institucional y el reconocimiento de un derecho fundamental. La dimensión de garantía institucional impone un límite al legislador, consistente en que deberá respetar siempre la existencia de una economía de mercado en la cual los particulares gocen de libertad para iniciar actividades empresariales. La dimensión de derecho fundamental de la libertad de empresa comprende la libertad de acceso, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación, y su contenido corresponde fijarlo al legislador, dentro de los límites predispuestos en la propia Constitución.

2. El establecimiento mercantil y la empresa constituyen conceptos doctrinales cuyo significado es distinto. La empresa designa una actividad económica, mientras que el establecimiento mercantil alude a un conjunto complejo de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario y sobre los cuales ostenta titularidades de distinta naturaleza. La empresa así entendida no puede constituir un objeto del tráfico jurídico, porque no es posible con respecto a una actividad la sucesión en términos jurídicos. La sucesión sólo puede tener lugar sobre las concretas relaciones jurídicas producidas como consecuencia del desarrollo de una actividad empresarial. Estas relaciones son precisamente las que mantiene el empresario con los elementos que constituyen el establecimiento mercantil, y por ello sólo éste último o las titularidades que los conforman pueden ser objeto del tráfico jurídico.

3. El significado de una actividad constitutiva de empresa se identifica con el de una actividad económica de producción o distribución de bienes y servicios para el mercado. Las actividades empresariales se desarrollan en cualquiera de los tres grandes sectores en los cuales tradicionalmente se dividen las actividades económicas, y así podemos hablar de empresas agrarias, empresas industriales y empresas comerciales o de servicios. Esta generalización de la actividad constitutiva de empresa no encuentra, por diferentes razones, reflejo en los sectores de la actividad económica que pueden calificarse como constitutivos de una actividad mercantil. La actividad mercantil prototípica es la actividad comercial, pero también pueden calificarse como mercantiles las actividades industriales y las actividades de servicios. Por el contrario, quedan excluidas del Derecho mercantil las actividades artesanales, agrarias, ganaderas, forestales y las actividades profesionales, artísticas y deportivas.

## Bibliografía

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

**Gondra Rezola, J.M<sup>a</sup>** (1998). "La estructura jurídica de la empresa". *RDM* (págs. 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". En: L. Martín Retortillo; I. de Otto y Pardo. *Derechos fundamentales y Constitución*. (págs. 93-172). Madrid: Civitas.

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

