

Estudios de Derecho



Introducción al Derecho mercantil



Universitat de les
Illes Balears

Tema 7. La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa

ÍNDICE

Presentación	3
Contenidos	4
1. Elementos configuradores de la empresa	4
a) Empresa y establecimiento mercantil	4
b) Naturaleza jurídica de la empresa	5
c) Elementos integrantes de la empresa. El fondo de comercio	6
d) La empresa como elemento patrimonial sobre el que celebrar negocios jurídicos	7
2. La transmisión de la empresa	8
a) Diferentes modos de transmisión de la empresa	8
b) La venta de la empresa y su problemática	9
c) Referencia a la transmisión de las relaciones jurídicas	11
3. El arrendamiento de empresa	12
4. El usufructo de empresa	14
5. La hipoteca sobre el establecimiento mercantil	15
Recursos	17
Resumen	18

PRESENTACIÓN

A lo largo de las páginas del presente módulo se profundizará en el concepto jurídico de empresa a partir, fundamentalmente, de su concepción económica. De hecho, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento positivo debemos tomar como válido el concepto económico de empresa, que ha de ser también el jurídico, *como conjunto organizado de elementos personales, materiales e inmateriales destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado*. A continuación, nos detendremos en el estudio de su naturaleza jurídica, haciendo necesaria mención a la todavía no resuelta confrontación entre las denominadas *teorías unitarias* y las *teorías atomistas*, para seguidamente tratar de describir los diversos elementos integrantes de la empresa centrándonos en su vertiente patrimonial, como elemento o conjunto de elementos sobre los que celebrar negocios jurídicos: nos estamos refiriendo a los elementos personales, a los elementos materiales e inmateriales, sin olvidar la necesaria referencia a otros aspectos irremediablemente unidos a la idea de empresa, como el fondo de comercio o la clientela. Finalmente, nos detendremos en el estudio de la empresa como específica modalidad de riqueza productiva o valor patrimonial de explotación que puede ser objeto de tráfico o transmisión en los sistemas de economía de mercado. Efectivamente, la compraventa, el arrendamiento, el usufructo y otras modalidades negociales de disposición y gravamen como la aportación social de empresas o la hipoteca sobre establecimientos mercantiles tienen cabida en este concreto ámbito.

CONTENIDOS

1. Elementos configuradores de la empresa

a) Empresa y establecimiento mercantil

Debemos comenzar advirtiendo que, si bien la *empresa* tiene hoy una trascendental significación jurídica como concepto normativo delimitador de la concepción jurídica y contenido moderno y actual del Derecho mercantil, no es menos cierto que no encontramos un concepto jurídico positivo de *empresa* en el ordenamiento jurídico español. De hecho, ni siquiera en el Derecho mercantil existe una concepción unívoca clara de *empresa*. Y es que no resulta sencillo enfrentarse a un término que, dependiendo del concreto contexto, es utilizado para hacer referencia a realidades distintas. Efectivamente, se habla de *empresa* para referirnos al sujeto de la actividad empresarial (y aun cuando no debemos olvidar que la *empresa* no es sujeto de Derecho, careciendo de personalidad jurídica pues es el empresario el titular de los derechos y obligaciones que surgen en el entorno de la misma); pero también se recurre al término *empresa* para hacer referencia a una unidad económica organizada, es decir, a una organización socioeconómica objeto de derechos y por ello susceptible de transmisión unitaria y de garantía real (GARRIGUES, BROSETA, SÁNCHEZ CALERO); sin olvidar que también se habla de *empresa* en términos de la actividad misma empresarial (URÍA, MASSAGUER) Precisamente, para URÍA aparece distinto de la *empresa* como actividad, el concepto de *establecimiento mercantil*, pues el empresario, salvo casos excepcionales, no puede desarrollar su actividad sino a través de un conjunto de bienes y derechos por él organizados y este conjunto de bienes y derechos es lo que en el Derecho español se llama *establecimiento mercantil*. La *empresa*, según el citado autor, es una actividad, y el *establecimiento mercantil*, un objeto, más bien, una serie de cosas o derechos organizados por el empresario.

Pero dejando al margen este intento de conceptualización estrictamente jurídico de la *empresa*, quizás resulte más satisfactorio acudir al término económico de *empresa* pues, siendo ésta en su esencia natural una realidad económica y, en su explicación racional y lógica, un concepto económico, posiblemente podamos trasladar el concepto económico de empresa al plano jurídico. Así, desde un punto de vista económico, la *empresa* puede conceptuarse como un *conjunto organizado de capital y de trabajo destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado o*, como señala MOSSA, *un organismo económico formado por la aportación de capital y trabajo*. Mas específico, el jurista suizo WIELAND, a quien debemos la formulación de la concepción del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, se decanta por una concepción más restringida, centrada en el *empleo de factores económicos para la consecución de una ganancia patrimonial indeterminada*, lo que nos pone sobre la pista de una empresa caracterizada por el recurso al trabajo ajeno y por la presencia del ánimo de lucro como motor de la actividad. No obstante, el hecho de que existan gran número de empresas que no persiguen un fin lucrativo, tal y como sucede en el caso de las empresas

públicas o las cooperativas, parece dirigirnos hacia un concepto jurídico de empresa que habrá de coincidir con el económico y caracterizarse por ser una actividad de producción de bienes y servicios dirigida al mercado, planificada con arreglo a un criterio de economicidad. Por tanto, parece lógico pensar que para el ordenamiento positivo debemos tomar como válido el concepto económico de empresa, que ha de ser también el jurídico, *como conjunto organizado de elementos personales, materiales e inmateriales destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado.*

Y contemplada así la *empresa*, como organización o actividad organizadora del empresario, queda claro que la misma recaerá sobre una serie de elementos personales (trabajadores) y sobre un conjunto de bienes que son el medio necesario para obtener la finalidad económica. Pues bien, ese conjunto de bienes, de diversa naturaleza, es lo que viene a denominarse *aspecto objetivo de la empresa, negocio o establecimiento mercantil*. Es la empresa en sentido objetivo o negocio que, como tal, puede ser objeto de tráfico jurídico, tal y como veremos a lo largo del presente módulo (venta, arrendamiento, usufructo, liquidación concursal...) En este sentido, la norma 19 de la segunda parte del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establece que *“negocio es un conjunto de elementos patrimoniales constitutivos de una unidad económica dirigida y gestionada con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos a sus propietarios o partícipes”*.

b) Naturaleza jurídica de la empresa

Se ha discutido mucho acerca de esta cuestión y existe una larga y no resuelta confrontación entre las denominadas *teorías unitarias* y las *teorías atomistas*. Las primeras consideran que la *empresa* es un bien único, distinto de los singulares elementos materiales y personales de que se compone. Como consecuencia de esta naturaleza, se defiende que el empresario en cuanto titular de la organización, ostenta sobre ese bien unitario un derecho de propiedad, que coexistirá con los derechos que a su vez ostenta sobre cada uno de los elementos integrantes de la empresa. Y por otro lado, las *teorías atomistas* conciben la empresa como una simple pluralidad o suma de elementos privados de unidad jurídica, cada uno de los cuales mantiene su individualidad (muebles, inmuebles, propiedad industrial, créditos, deudas, relaciones contractuales, clientes, fondo de comercio...)

Otros autores, como FERNÁNDEZ-NOVOA, defienden una *concepción espiritualista* de la empresa y afirman que ésta, en su sentido objetivo, es el bien inmaterial o intangible resultante de la actividad empresarial, el resultado de la actividad organizadora del empresario. Y, finalmente, una última posición intermedia afirma que la empresa es una simple *unidad funcional* a la que en ocasiones se considera como su fuera una verdadera unidad, especialmente cuando sobre ella se estipulan negocios jurídicos. Así, aunque no exista un reconocimiento legal a su unidad jurídica, los operadores jurídicos trafican con ella considerándola, cuando es necesario, como una auténtica unidad funcional, de manera que un único negocio de compraventa, por ejemplo, generará la obligación de transmitir todos y cada uno de los elementos de la

empresa, si bien la entrega efectiva se llevará a cabo de forma individual a tenor de la ley de circulación propia de cada uno de ellos.

c) Elementos integrantes de la empresa. El fondo de comercio

La empresa es fruto o resultado de la actividad creadora y organizativa del empresario e instrumento por medio del cual éste realiza una determinada actividad de relación económica con el mercado, mediante la organizada utilización del trabajo ajeno. Y es que la empresa, entendida como un conjunto organizado de elementos personales, materiales e inmateriales para la producción o intercambio de bienes o servicios en el mercado está integrada por elementos de diversa naturaleza:

- Elementos personales: están integrados en la empresa en virtud de contratos de trabajo, cuyo régimen jurídico se estudia por el Derecho Laboral. No obstante, aun podemos encontrar un aspecto concreto del régimen de esos elementos personales que es específica del Derecho Mercantil que determina la incidencia de la actuación de esos elementos personales en la relación del empresario con otros operadores económicos o con los consumidores en el mercado. Nos estamos refiriendo a las cuestiones relativas a los colaboradores del empresario.
- Por otra parte, en la empresa existen bienes materiales muebles o inmuebles (utillaje y edificios), cuyo régimen jurídico concreto encontraremos en el Código Civil.
- Además, se dan cita en la empresa otra clase de bienes, inmateriales, los derechos de propiedad industrial como las patentes, las marcas, los modelos de utilidad y secretos industriales no patentables (*know how*), protegidos por el Derecho Mercantil.
- Y, finalmente, no debe olvidarse que también forman parte de la empresa ciertas relaciones jurídicas de origen contractual que permiten al empresario disponer de los elementos esenciales para el desarrollo de su actividad (arrendamiento de locales de negocio, licencias de explotación de patentes...)

Ni el *fondo de comercio* ni la *clientela* son elementos integrantes de la empresa susceptibles de titularidad jurídica autónoma, pero no cabe duda de que son dos factores consustanciales a la empresa. El fondo de comercio se refiere al mayor valor que tiene el conjunto organizado que es la empresa y que excede de la suma de los valores que corresponden a los elementos patrimoniales que la integran aisladamente considerados. Tradicionalmente, el fondo de comercio se ha venido identificando con la clientela, en cuanto conjunto de personas que mantienen con la empresa relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios, generadores de los ingresos habituales y típicos. No obstante adentrándose en una concepción más económica del fondo de comercio como generador de ingresos, en el concepto deben incluirse también la organización y las expectativas que presenta la estructura y organización empresarial en

cuanto a obtención de beneficios en el futuro. La capacidad que tenga para lograr unos beneficios superiores a los normales en el sector de actividad, influirá sin duda en el valor de este activo. Nota característica del fondo de comercio es que no es un objeto de derecho aislado, ya que forma parte intrínseca de la empresa y no se puede entender ésta sin existir aquel, sin perjuicio de que en ocasiones, sobre todo en el caso de empresas poco desarrolladas desde el punto de vista administrativo, pueda asociarse a algún elemento patrimonial concreto, como puede ser la marca, un derecho de traspaso o un activo tangible. Por tanto, es obvio que el fondo de comercio no tiene autonomía, puesto que no es en sí mismo ningún elemento patrimonial y sólo podrá transmitirse junto a la empresa, siendo realmente el concepto por el que se paga una parte del precio de adquisición de la empresa.

La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea y el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, han introducido importantes cambios en lo que se refiere a la contabilización del fondo de comercio pasa a contemplarse como un intangible no amortizable que anualmente debe someterse al denominado test de deterioro. En caso de tal deterioro, debe registrarse con el carácter de irreversible la oportuna corrección de valor. Además, el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas elimina las normas de registro y valoración relativas a ciertas operaciones que se consideran de escasa realización por las Pymes y entre ellas destacan las normas o apartados relativos al fondo de comercio.

d) La empresa como elemento patrimonial sobre el que celebrar negocios jurídicos

La empresa, como específica modalidad de riqueza productiva o valor patrimonial de explotación es, con frecuencia, objeto de tráfico o transmisión en los sistemas de economía de mercado. Efectivamente, la compraventa, el arrendamiento, el usufructo y otras modalidades negociales de disposición y gravamen como la aportación social de empresas o la hipoteca sobre establecimientos mercantiles tienen cabida en este concreto ámbito. No obstante, resulta evidente que los problemas derivados de las carencias conceptuales relativos a la *empresa* habrán de manifestarse ahora peligrosamente: por una parte, debe determinarse qué es lo que se transmite o sobre qué se celebra el concreto negocio jurídico; y en segundo lugar, debe clarificarse el régimen jurídico aplicable a cada negocio relativo a la empresa, cuestión ésta no exenta de severas complicaciones, en la medida que nuestro ordenamiento jurídico carece de un cuadro de normas reguladoras de los mismos.

Para resolver los conflictos jurídicos que se plantean en este terreno (algunos tan importantes como los que se presentan en las transmisiones *inter vivos* de empresa y que tienen que ver con las consecuencias de la operación en lo que respecta a las cesiones de créditos, a las deudas y los contratos en curso o



todo lo que se refiere a la prohibición de competencia), será necesario conjugar, con ponderación y prudencia, la ya apuntada atipicidad de tales negocios, la autonomía de la voluntad de las partes y la aplicación de las normas civiles y mercantiles propias de las figuras contractuales tipificadas para aplicarlas a los negocios jurídicos sobre la empresa. En este sentido, en nuestro ordenamiento jurídico sólo podemos encontrar algunas normas que de forma aislada tienden a garantizar el mantenimiento de la unidad económica y jurídica de la empresa y la continuidad de su administración y funcionamiento, tanto en negocios *inter vivos* (como por ejemplo, el artículo 44 ET o los artículos 100.2, 148.1 y 149 LC), como *mortis causa* (como el artículo 290 del CdC o el artículo 1056 CC)

2. La transmisión de la empresa

a) Diferentes modos de transmisión de la empresa

Podemos diferenciar dos modos fundamentales de transmisión de empresa:

- En primer lugar, la empresa puede transmitirse *mortis causa*, sea a título de herencia o a título de legado. En este tipo de transmisión, parece quedar claro el deseo del legislador, manifestado a través de varios artículos tanto del CdC como del CC, de velar por la *conservación* de la empresa y que la misma no se extinga con su titular, sino que sea continuada por sus herederos. En el caso de que la empresa esté en manos de un empresario individual, entra en juego el artículo 5 CdC. Además, esta aspiración de la conservación de la empresa se consagra, por ejemplo, en el artículo 1056.2 CC, en que el padre, en interés de su familia, puede conservar *indivisa* una explotación agrícola, industrial o fabril y disponer que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos. Se trata de una modificación del CC operada por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, sobre Sociedad Limitada Nueva Empresa, señalando que, en atención a la *conservación de la empresa* o en interés de la familia, para preservar indivisa una explotación económica o para mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas, podrá el testador disponer que se *pague en metálico su legítima a los demás interesados*. Ahora bien, no será necesario que *exista metálico suficiente* en la herencia para el pago, pudiéndose realizar el abono con efectivo *extrahereditario*. El testador o, en su caso, el contador-partidor por él designado, pueden establecer el abono aplazado siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador.

- Y, en segundo lugar, la empresa puede transmitirse *inter vivos*. En este caso, a su vez, puede producirse una transmisión *voluntaria*, lo más habitual, o bien *forzosa*, sin la voluntad del titular de la empresa o aún contra su voluntad. En el caso de una transmisión *voluntaria*, ésta puede tener lugar a título oneroso (compraventa, permuta, aportación a sociedad, dación en pago...) o a título gratuito (donación), mientras que en el caso de la transmisión *forzosa*, puede producirse como

consecuencia de un procedimiento de ejecución individual (judicial o administrativo) o colectivo, como consecuencia de un concurso.

No obstante, y antes de profundizar en el estudio de la concreta forma de transmisión operada a través de la venta de empresa, hay que señalar que cuando el titular de la misma es una sociedad, lo que ocurre con mucha frecuencia actualmente, se consiguen finalidades similares a la compraventa de empresa por la transmisión al comprador de las acciones o participaciones de que fuera titular el vendedor. Por lo tanto, y desde este punto de vista, puede establecerse una nueva clasificación en lo que se refiere a los procedimientos de adquisición de empresas, diferenciando entre los *share deals*, también llamados *compra de sociedad* o *compra de capa*, en que se adquieren la totalidad de acciones o participaciones de una sociedad, o de un número suficiente de ellas para obtener el control sobre aquella, y que desde una perspectiva jurídica formal no es sino un contrato de cesión de derechos de socio; y, por otra parte, los *asset deals* o *compra de empresa*, en que se transmiten la totalidad de los activos y pasivos de una empresa, cuyo titular en este caso puede ser una sociedad, un empresario individual u otra persona jurídica (cooperativa, fundación...) En este último caso, nos hallamos en presencia de una compraventa de cosa productiva, de empresa.

b) La venta de la empresa y su problemática

Este contrato es seguramente uno de los supuestos más importantes de entre los casos en que el negocio puede ser objeto de tráfico. Sin embargo, es un supuesto problemático, en la medida que, por una parte, queda clara la especial configuración de la cosa vendida (una empresa) y, por otra, nuestro Derecho no regula con carácter general este contrato. No obstante, la reciente Ley Concursal tipifica y regula la *enajenación unitaria* de la empresa sometida a concurso, confiriendo así tipicidad legal (aun en un ámbito muy particular) al contrato de compraventa de empresa.

Concretamente, la problemática que genera esta modalidad contractual en atención a lo especial de su objeto puede quedar sintetizada en los siguientes puntos:

- Ya ha quedado constatado que no es tarea fácil alcanzar una delimitación conceptual unitaria de empresa. En este concreto contrato, se entiende que sólo cuando lo que se transmite definitivamente es un conjunto organizado de elementos en funcionamiento, una unidad de explotación económica formada por capital y trabajo y dirigida y organizada por su titular, el empresario transmitente, podrá existir compraventa de empresa. Si se transmiten elementos patrimoniales inconexos y desorganizados no habrá compraventa de empresa.

- Atendiendo a la especial naturaleza de este objeto jurídico empresarial, el título jurídico que liga al empresario con la empresa no se puede reducir de modo simplista al de *propietario* de la misma, sino más bien al de *titular de la empresa*, y con la compraventa se transmite al adquirente la *titularidad* de cada uno de los elementos y relaciones fácticas y jurídicas que ligan al empresario con cada uno de los

elementos que ligan al empresario transmitente con el complejo objeto jurídico empresarial.

- La naturaleza eminentemente mercantil del objeto de la venta (empresa), se erige en elemento interpretativo fundamental que hace reconocer mayoritariamente a la doctrina la naturaleza mercantil del contrato de compraventa de empresa, en virtud de la analogía establecida en el artículo 2 CdC.

- Se trata de un contrato que no está sujeto a formalidad esencial o constitutiva (art. 51 CdC), aunque es recomendable que se formalice en escritura pública, incluyendo en ésta el inventario de los elementos que forman la empresa.

- Por último, la naturaleza especial y compleja de la empresa como objeto de transmisión se comunica también al régimen obligacional, por la dificultad de transmitir elementos inmateriales de la empresa (organización, clientela, expectativas...) y porque la entrega o cesión de la empresa se ha de articular a través de una pluralidad de *modos traditorios* sujetos a distintos regímenes jurídicos según la naturaleza propia de cada uno de los bienes que deban transmitirse, tal y como vamos a abordar a continuación:

* Desde una vertiente positiva, la entrega del negocio no es sólo dar una cosa, sino *entregar una empresa en funcionamiento o apta para funcionar*. Así, será preciso que el vendedor describa detalladamente todos los elementos que integran la empresa, en el escrito que documenta la empresa y, con mayor precisión en un inventario (art. 133.1 RRM) Además, el vendedor no sólo está obligado a entregar al comprador los distintos componentes de la empresa, como los libros de contabilidad, sino que también debe informarle sobre la misma (por ejemplo, le entregará la lista de proveedores, de clientes, o la correspondencia) En este sentido, el vendedor está obligado a entregar las patentes, facilitar las necesarias indicaciones sobre cómo es el funcionamiento ordinario del negocio y mostrar al comprador los procedimientos de cómo hacer y de cómo utilizar determinados elementos técnicos (*know how*) De hecho, con frecuencia, se precisa la asistencia del vendedor durante un cierto periodo de tiempo a fin de facilitar toda esta labor.

Sobre este particular, y dado que en nuestro Derecho el contrato de compraventa no produce directamente efectos traditorios, sino sólo obligacionales, destacar que la entrega de la empresa conllevará una pluralidad de transmisiones particulares de los distintos elementos simples: los bienes inmuebles se transmiten mediante otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad; los bienes muebles sólo requieren entrega material o puesta a disposición o entrega simbólica; el local de negocio que el cedente utilizara a título arrendaticio se transmite por cesión del contrato de arrendamiento o por subarriendo de la finca notificándolo al arrendador....

* Desde una perspectiva negativa, sobre el vendedor pesa, además, la obligación de abstenerse de hacer la competencia al comprador en el tiempo preciso para que el negocio transmitido se consolide y no se perjudique por la atracción por el enajenante de la antigua clientela. Esta obligación de abstención de concurrencia tiene dos límites claros: por una parte, el transmitente podrá dedicarse a una actividad empresarial diversa a la señalada para el empresa vendida, o dedicarse a una actividad semejante en un lugar geográfico distinto que implique que no hay competencia (mercado relevante) Por otra parte, esta obligación se considera limitada en el tiempo (si las partes no han fijado un plazo, debe entenderse que la obligación se extingue cuando el adquirente haya podido consolidar su posición y la constitución de un nuevo establecimiento por el enajenante implique una competencia similar a al que pudiera hacer cualquier tercero.

c) Referencia a la transmisión de las relaciones jurídicas

No cabe duda que en las compraventas de empresas resulta de especial importancia conocer qué sucede con los contratos, las deudas y los créditos existentes en el momento de producirse la venta del negocio, teniendo siempre en cuenta que nos hallamos ante una materia compleja y que falta una regulación general adecuada en nuestro ordenamiento acerca de tales cuestiones. Es por ello que existen diversos planteamientos y distintas soluciones al respecto.

- En lo que se refiere a la cuestión referente a los contratos celebrados por el empresario con anterioridad a la venta, que nacen de la actividad misma de la empresa y que, en ocasiones, son indispensables para su explotación o para su propia subsistencia (ejemplo: contrato de arrendamiento de local de negocio o de suministro de materias primas o de licencia de patentes o marcas), no encuentra una solución clara en el Derecho español. Lógicamente, como efecto de la voluntad de las partes, parece que con la venta del negocio se pretende también transmitir el resto de contratos nacidos como consecuencia del ejercicio de la empresa. Pero aunque quisiera presumirse que normalmente esa es la voluntad de las partes, la cesión de esos contratos no puede tener lugar automáticamente pues dicha cesión implica la subrogación de un tercero (el adquirente de la empresa) en la posición contractual del cedente (el vendedor de la empresa), y una modificación de tal calibre no puede tener lugar sin contar con el consentimiento de la otra parte contratante, salvo que otra cosa pueda deducirse del contrato o algo distinto establezca la Ley.

Precisamente, en este sentido, en nuestro Derecho positivo existen algunos casos especiales en que con la transmisión de la empresa se ceden automáticamente al adquirente ciertos contratos (tal es el caso del artículo 44 ET que decreta la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del cedente en los casos de cambio de titularidad de empresa; o de los artículos 280 y 290 CdC para el factor y el comisionista ante la transmisión *mortis causa* de la empresa del principal y del comitente...)

- Y en lo que se refiere a la asunción de deudas y cesión de créditos, ante el silencio del legislador, debemos acudir a las normas generales. En cuanto a los créditos ostentados frente a terceros por el empresario que vende su empresa, no se transmiten automáticamente con ella al adquirente. Es indispensable que la cesión de créditos sea expresamente convenida entre comprador y vendedor sin que se precise, sin embargo, consentimiento del deudor al que, simplemente, se le notificará el cambio de acreedor (art. 347 CdC)

Finalmente, respecto de las deudas que el transmitente de la empresa pudiera haber contraído con terceros, ante el silencio del CdC, debe concluirse que tampoco se transmiten de forma automática al adquirente de la empresa, pues es imprescindible que así se pacte de forma expresa, debiendo observarse, además, el requisito establecido en el art. 1205 CC, en virtud del cual, para la novación que consiste en sustituir un deudor en lugar del primitivo es necesario el consentimiento del acreedor. Faltando este consentimiento, el pacto de asunción de deuda entre transmitente y adquirente de la empresa tan sólo producirá efectos *inter partes*, pero no frente al acreedor, al que no le es indiferente la personalidad del deudor.

3. El arrendamiento de empresa

a) Concepto: constituye una forma de transmisión temporal y limitada, por la cual su titular cede el uso o explotación de la empresa a un tercero, por tiempo determinado y precio cierto. Mientras el contrato dura, la condición de empresario pasa al arrendatario y deja de ostentarla el arrendador pues es aquél el que desarrolla la actividad mercantil.

b) Distinción entre arrendamiento de empresa y arrendamiento de local de negocio: tal distinción vino a establecerse en la LAU de 1964 con la finalidad de excluir al arrendamiento de empresa de su régimen jurídico, que era especialmente tuitivo para los arrendatarios de locales de negocio (se les reconocía los derechos de prórroga forzosa y traspaso) Hoy la distinción de ambos tipos de contratos encuentra su justificación también por su diverso régimen jurídico pues aun cuando ambos contratos se rigen, en principio, por lo pactado entre las partes, la LAU de 1994 (no aplicable a los arrendamientos de empresa) concede a los arrendatarios de locales de negocio una particular protección (derechos de cesión y subarriendo del local, de subrogación del heredero o legatario del arrendatario fallecido...)

En cualquier caso, atendiendo al objeto y finalidad de ambas figuras contractuales, mientras el contrato de arrendamiento de local de negocio tiene por objeto el simple goce o uso de una edificación para ejercitar en ella una actividad empresarial, en el contrato de empresa se pretende la continuación de la explotación de la empresa objeto de arrendamiento, como compleja organización patrimonial. En este sentido, el TS ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversas sentencias sobre esta problemática y ha venido a establecer lo siguiente: existirá arrendamiento de empresa cuando el objeto arrendado sea un local y el negocio o industria en él instalado; cuando todo ello constituya una unidad patrimonial dotada de vida propia; y cuando la finalidad

del arrendamiento sea continuar la explotación de la actividad económica realizada por el arrendador con aquel conjunto organizado, y no iniciarse por el arrendatario la explotación de otra actividad.

c) Regulación: el arrendamiento de empresa no está regulador en nuestro Derecho positivo, limitándose el art. 3.2 LAU de 1994, a incluir el arrendamiento de empresa dentro de los arrendamientos “*para uso distinto del de vivienda*”, con la consecuencia de que la propia LAU le puede llegar a resultar de aplicación a través de una compleja trama de remisiones. Así, al contrato de arrendamiento de empresa le será de aplicación, primeramente, lo dispuesto por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. En su defecto, lo establecido en los arts. 29 a 35 LAU y, supletoriamente, el régimen contenido en el CC para el arrendamiento (art. 4.3 LAU)

d) Contenido del contrato: dejando a salvo lo específicamente establecido por las partes en uso de la autonomía de la voluntad, el contenido será básicamente el general de todo contrato de arrendamiento, si bien con algunas especialidades que vienen impuestas, como no puede ser de otra manera, por lo característico del objeto arrendado:

- *Obligaciones del arrendador*: entregar la cosa, hacer en ella las reparaciones necesarias y asegurar su goce pacífico, de acuerdo con el artículo 1554 CC. Además, y teniendo en cuenta la especial naturaleza del objeto, el arrendador conferirá al arrendatario un poder de disposición sobre las materias primas, mercaderías y enseres que deban transformarse o enajenarse para explotar la empresa arrendada (por tanto, no se aplicará el art. 1545 CC), prestará especial colaboración al arrendatario a fin de entregar todos los elementos esenciales de la empresa y cuanto sea necesario para explotarla, de forma similar a la apuntada en la compraventa de empresa y, finalmente, mantendrá al arrendatario en el goce pacífico de la empresa, por aplicación del mandato específico contenido en el art. 1554.3 CC.

- *Obligaciones del arrendatario*: tiene la obligación de explotar la empresa pues en caso contrario puede solicitarse su desahucio. Además, dicha explotación habrá de producirse con la diligencia propia de un buen comerciante, sin cambiar ni alterar su objeto. Finalmente, la empresa habrá de ser restituida al término del arrendamiento en el mismo estado en que fue recibida, lo que no deja de ser de difícil cumplimiento en su interpretación más literal, por cuanto la explotación a buen seguro habrá cambiado la configuración de la empresa y porque no pueden restituirse cosas que, recibidas con la empresa, ya se han consumido. Por ello, bastará que el arrendatario restituya los elementos esenciales, la organización recibida y el *tantumdem ejusdem generis*, de modo que el conjunto tenga un valor al recibido al inicio del contrato.

En el caso de que se produzca un deterioro o una pérdida de valor de la empresa, el arrendatario deberá indemnizar al arrendador, a no ser que pruebe

que se han ocasionado tales pérdidas por causas no imputables a su culpa (arts. 1563 y 1564 CC) Por el contrario, los incrementos de valor producidos por el arrendatario deberán dar lugar a una indemnización a su favor a cargo del arrendador.

d) Extinción del contrato: se extingue por las causas generales de extinción de los contratos de arrendamiento, entre las que destacan el transcurso del tiempo pactado (art. 1581.2 CC) y la resolución por incumplimiento de las obligaciones por parte de alguno de los contratantes. Por el contrario, no pone fin al contrato la declaración de fallecimiento del arrendatario, a salvo de lo que puedan haber previsto las partes de forma específica, pudiendo subrogarse el heredero en el contrato (art. 33 LAU)

La destrucción del negocio o en general su pérdida dará lugar a la extinción del contrato (art. 1560 CC) Esto sucederá cuando se produce una revocación administrativa para el ejercicio por parte del arrendatario de la actividad empresarial por medio del negocio, cuando se produce una expropiación o cuando, por cualquier causa, sea manifiesta la imposibilidad de continuar tal ejercicio.

4. El usufructo de empresa

El usufructo es un derecho que se constituye sobre una cosa ajena y que permite disfrutar de ella a condición de respetar su forma y sustancia (art. 467 CC) y la posibilidad de aceptar el usufructo de empresa y su alcance dependerá de la propia *concepción de empresa* que examinemos. Si tomamos como empresa todo el conjunto organizado de elementos de diversa índole y naturaleza, la empresa no será, en sentido estricto, una cosa susceptible de soportar unitariamente derechos reales, por lo que el usufructo de empresa será único en su momento constitutivo y se descompondrá, como señalan BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, en tantas relaciones de usufructo cuantas cosas o bienes compongan la empresa (habrá un usufructo propio sobre los inmuebles, un usufructo sobre cosas consumibles, un usufructo de disposición y otro de derechos) Por el contrario, admitida la unidad de la empresa y su consideración jurídica como universalidad, señala SÁNCHEZ CALERO que se hace posible la constitución de un derecho de usufructo sobre todo el conjunto de la empresa.

En todo caso, el usufructo de empresa puede ser, por razón de su origen, *convencional* (pudiendo constituirse por contrato o y por testamento) y *legal* (es el caso del cónyuge supérstite) El usufructuario tiene el derecho de gozar de los beneficios que produzca la empresa y la obligación de conservar su forma y sustancia, lo que lleva consigo el deber de mantener su explotación, pues en otro caso el negocio se destruiría. Ello hace que el usufructuario adquiera la condición de empresario mercantil, que pierde el nudo propietario, y tenga la facultad de enajenar y sustituir determinados elementos (mercancías, maquinaria deteriorada...) para poder administrar debidamente la empresa. Otras obligaciones del usufructuario se contemplan, y se pueden aplicar al usufructo de empresa, en los artículos 500 y siguientes del CC, como la obligación de hacer reparaciones ordinarias o advertir al propietario de la

necesidad urgente de hacer reparaciones extraordinarias. En general, se requiere que el usufructuario cuide la cosa como un buen padre de familia (art. [497](#) CC, respondiendo ante el nudo propietario por dolo o negligencia. El nudo propietario debe atender las reparaciones extraordinarias, recayendo sobre él la responsabilidad, pero ésta puede ser asumida por el usufructuario cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, teniendo derecho al aumento de valor que haya experimentado a consecuencia de las reparaciones efectuadas (art. [502](#) CC)

Finalmente, en cuanto a la transmisión de los contratos, créditos y deudas al usufructuario, serán de aplicación los criterios apuntados para el caso de venta de empresa, si bien debe tenerse en cuenta que si se ha pactado que el usufructuario pague las deudas del nudo propietario, únicamente quedarán incluidas las anteriores a la constitución del usufructo, y que si no se ha pactado nada sobre las deudas, se produce la transmisión si el nudo propietario no se hubiera reservado bienes suficientes para el pago. Para acabar, señalar que cuando el usufructo se extingue, el usufructuario tendrá derecho a los aumentos de valor a los que nos hemos referido al hablar del arrendamiento.

5. La hipoteca sobre el establecimiento mercantil

a) Noción: En cuanto al derecho real de garantía de hipoteca, no se concibe en nuestro Derecho, como tal, unitariamente. Sin embargo, se señala como figura singular de hipoteca, la del *establecimiento mercantil*, regulada en la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 (arts. 19 a 35) Esta ley ha seguido el sistema de reducir la posibilidad de la constitución de hipoteca únicamente sobre algunos elementos muebles que constituyen parte de la empresa y sólo sobre un establecimiento mercantil, de modo que si un empresario tiene una empresa que cuenta con diversas sucursales, habrá de constituir tantas hipotecas mobiliarias cuantos establecimientos tenga. Por todo ello, esta Ley de 1954 ha sido tomada como referencia por quienes se muestran partidarios de la concepción *atomista* de la empresa, si bien, los seguidores de la teoría *unitaria* ven en ella tan sólo una excepción a la regla general.

La hipoteca mobiliaria sólo puede constituirse sobre un establecimiento mercantil que esté instalado en un local de negocio del que el titular sea dueño o arrendatario con facultad de traspasarlo, comprendiendo la hipoteca, como mínimo, el arrendamiento del local en que está instalado el establecimiento, así como las instalaciones fijas o permanentes, cuando pertenezcan a su titular.

b) Extensión: la hipoteca que se constituya ha de tener una extensión sobre ciertos bienes que variarán según el concreto supuesto:

- Extensión necesaria: la hipoteca comprende el derecho de arrendamiento sobre el local y las instalaciones fijas y permanentes (se excluye el propio local) (art. 20)

- Extensión normal: salvo pacto en contrario, la hipoteca del establecimiento comprenderá el nombre comercial, el rótulo del establecimiento y demás derechos de propiedad industrial o intelectual y las máquinas, mobiliarios, utensilios y demás medios de producción de trabajo que sean propiedad del titular del establecimiento y cuyo precio de adquisición esté pagado (art. 21)

- Extensión convencional: si expresamente se pacta, la hipoteca alcanzará a las mercancías y materias primas destinadas a la explotación propia del arrendamiento, siempre que se repongan debidamente (art. 22)

Finalmente, debemos realizar dos puntualizaciones finales. En primer lugar, advertir que la constitución de la hipoteca del establecimiento mercantil debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de modo que la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede la Ley. Y, en segundo lugar, debemos distinguir la hipoteca mobiliaria sobre la empresa o establecimiento de la hipoteca inmobiliaria sobre el bien inmueble propiedad del empresario en que se asienta la empresa (hipoteca ordinaria que no es objeto de atención de la Ley de 1954)



RECURSOS

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, 8ª edición, 2007.
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho mercantil*, Editorial Tecnos, 14ª edición, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Editorial Mac Graw Hill, Madrid. 2003.

RESUMEN

En este módulo se presentan las diversas acepciones del término *empresa*, que tiene hoy una trascendental significación jurídica como concepto normativo delimitador de la concepción jurídica y contenido moderno y actual del Derecho mercantil, pero constatando que no puede encontrarse un concepto jurídico positivo de *empresa* en el ordenamiento jurídico español. De hecho, ni siquiera en el Derecho mercantil existe una concepción unívoca clara de *empresa*. Y es que no resulta sencillo enfrentarse a un término que, dependiendo del concreto contexto, es utilizado para hacer referencia a realidades distintas. Así y todo, a lo largo de estas páginas se ha optado por tomar como válido el concepto económico de empresa, que ha de ser también el jurídico, *como conjunto organizado de elementos personales, materiales e inmateriales destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado*. A continuación, hemos detenido en el estudio de su naturaleza jurídica, haciendo necesaria mención a la todavía no resuelta confrontación entre las denominadas *teorías unitarias* y las *teorías atomistas*, para seguidamente tratar de describir los diversos elementos integrantes de la empresa centrándonos en su vertiente patrimonial, como elemento o conjunto de elementos sobre los que celebrar negocios jurídicos. Finalmente, hemos abordado el estudio de la empresa como específica modalidad de riqueza productiva o valor patrimonial de explotación que puede ser objeto de tráfico o transmisión en los sistemas de economía de mercado, examinando de forma particular la compraventa de empresa, el arrendamiento de empresa, el usufructo de empresa y la hipoteca sobre establecimiento mercantil.