

## TEMA 8. EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

### I. CONCEPTO.

Concepto: se puede definir el establecimiento mercantil como el conjunto organizado de bienes y derechos con los cuales el empresario lleva a cabo su actividad empresarial.

Los bienes y derechos pueden ser de cualquier índole: inmuebles, maquinarias, vehículos, existencias, derechos de alquiler, marcas, patentes, "know-how", licencias, etc. Incluso las relaciones contractuales con terceros y con los empleados constituyen, en tanto que elementos con valor patrimonial, un componente del establecimiento. Cada conjunto de bienes y derechos constituye un establecimiento. Así, una fábrica, una tienda y un almacén constituyen cada uno un establecimiento distinto, aunque su propietario sea el mismo.

La propuesta de Código Mercantil lo define en el artículo 131-3 como “*los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad*”.

Por razón del objeto o de la actividad empresarial a la que sirve, el establecimiento puede ser comercial, industrial o de servicios. Esta clasificación tiene importancia para la legislación administrativa, no así para la legislación mercantil.

Naturaleza jurídica: Se discute si el establecimiento es un bien único, distinto de los singulares elementos que lo integran, que se integra en la categoría de los bienes inmateriales, sobre el que el empresario ostenta un derecho de propiedad que coexiste con los derechos – reales o meramente obligacionales – que ostente sobre cada uno de los elementos del establecimiento (teoría unitaria), o si, por el contrario, el establecimiento es una simple pluralidad de bienes funcionalmente organizados por el empresario (teoría atomista) sobre los cuales puede ostentar títulos jurídicos heterogéneos.

En realidad en el Derecho positivo español no existe base suficiente para defender que el establecimiento constituye un bien distinto de los elementos de que se compone, por mucho que esos elementos, una vez organizados, formen una “unidad patrimonial con vida propia” o unidad funcional –que sí reconoce nuestro Derecho positivo- lo cual es muy distinto a sostener que esa unidad constituye un bien diferente y autónomo. Por otro lado, el establecimiento tiene reconocimiento legal en nuestro Derecho en diversas normas (CC, C.Com., LSC, Estatuto de los Trabajadores, Ley Hipotecaria, Ley de Marcas, etc.).

Empresa y establecimiento: El establecimiento constituye el instrumento de la actividad empresarial. Desde esta perspectiva una empresa resulta de la explotación de uno o varios establecimientos por un empresario para producir bienes o prestar servicios en un mercado con ánimo de lucro o, al menos, de rentabilidad económico-social. Pero no debe confundirse empresa y establecimiento, aunque el legislador en ocasiones caiga en este error. La relación entre aquélla y éste es instrumental: la empresa utiliza el establecimiento como instrumento o medio de su actividad. La relación jurídica entre el empresario y el establecimiento suele ser de propiedad, más no necesariamente. El empresario puede utilizar el establecimiento a título de arrendatario, usufructuario o cualquier otro que le permita su goce y disfrute (por ej. concesionario de un servicio público o del uso de un bien de dominio público - Parque de Atracciones de Madrid, kioscos y chiringuitos instalados en las calles).

Para la LSC, “Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación” (art. 9.1).

Sucursales y establecimientos. Tanto el empresario individual como la sociedad mercantil pueden ser titulares de uno o varios establecimientos a través de los cuales ejercitan la misma actividad o actividades distintas. Los diversos establecimientos radican normalmente en distintos lugares geográficos pero nada se opone a que dos o más establecimientos se encuentren en la misma población. Los establecimientos que tienen una clientela propia identificada, han sido dotados de unos fondos por el empresario (impropiamente calificados de "asignación de capital") para desarrollar su actividad, y cuentan con una representación permanente, se catalogan como sucursales. La existencia de representación permanente es precisamente lo que justifica que la apertura y el cierre de sucursales se inscriban en el Registro Mercantil de la provincia en la que radiquen, para facilitar a los terceros que contraten con las personas que estén al frente de la sucursal el conocimiento de las facultades conferidas por el empresario.

En el uso del término "sucursal" se cae a menudo en una cierta imprecisión terminológica. Nótese, por ejemplo, como las comúnmente llamadas "sucursales bancarias", no son tales al no disfrutar de una autonomía patrimonial –dotación individual de fondos-. Sí lo serían sin embargo las sucursales de países no comunitarios, a los que la vigente legislación bancaria les exige mantener una dotación de recursos propios. Tampoco debe confundirse la sucursal con los locales e instalaciones accesorias o complementarias de la actividad principal, por ejemplo los almacenes en los que se guardan y conservan las mercancías a la espera de trasladarlas a los establecimientos abiertos al público.

## **II. EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS.**

La empresa en su conjunto, o uno o varios de sus establecimientos, pueden ser transmitidos por cualquier clase de título traslativo (compraventa, permuta, donación, mortis causa, arrendamiento, etc.).

Cuando el empresario es una sociedad, también se puede transmitir la propiedad de la sociedad, como alternativa a la transmisión de la empresa. En este caso, la empresa no cambia, sino que pervive, y lo que se modifica es la titularidad de la sociedad empresaria. En la práctica española, la transmisión de la sociedad titular es mucho más frecuente que la transmisión de la empresa o de sus establecimientos. Sin embargo, este tipo de operaciones también se efectúan en los siguientes supuestos:

- en ocasiones, la transmisión de la empresa (o de activos de ésta) es fiscalmente preferible a la transmisión de la sociedad;
- en el caso de empresarios individuales, o de transmisión de una parte de los establecimientos de una empresa, no es posible transmitir la sociedad empresario.

Título y modo: En nuestro ordenamiento, la transmisión de bienes exige título y modo [art. 609 C.c.]. La transmisión de un establecimiento (o de todos los establecimientos de una empresa, lo que se conoce como "transmisión de los activos y pasivos") tiene una particularidad

en cuanto al título y al modo: aquél es único (Ej.: un único contrato de compraventa) mientras que el modo tiene lugar por distintos medios. El título suele ser un contrato traslativo del dominio. En principio el contrato es válido cualquiera que sea la forma en que se otorgue. Sin embargo, para la inscripción de la transmisión de inmuebles o de la propiedad industrial (marcas, patentes) en los correspondientes Registros hará falta escritura pública, a cuyo otorgamiento las partes pueden compelerse [art. 1279 C.c.].

El modo o entrega con efecto traslativo de los bienes que componen el patrimonio de la empresa o establecimiento depende de la naturaleza de cada uno de ellos:

- bienes muebles e inmuebles: deben ser objeto de entrega material, escrituraria o simbólica, según su respectivo régimen legal;
- títulos valores a la orden: deben ser endosados; títulos al portador, deben ser entregados; títulos nominativos, deberán ser expedidos de nuevo, salvo que la ley permita su endoso (cambiarrios, acciones).

Eficacia frente a terceros: Además, de cara a la plena eficacia ante terceros de la transmisión, deberán observarse los requisitos propios de cada elemento patrimonial:

- Bienes inmuebles: deben inscribirse en el Registro de la Propiedad.
- Otros bienes registrables (Ej.: propiedad industrial): debe procederse a su registro.
- Derechos de crédito: ha de cursarse comunicación al deudor para que no quede liberado pagando al anterior acreedor [arts. 347 C.Com y 1527 C.c.].

Transmisión de las deudas: El adquirente puede asumir cumulativamente las deudas (o una parte de ellas), siempre que así se haya pactado. Pero esta asunción de deuda no libera al transmitente, excepto si el acreedor consiente la subrogación [art. 1205 C.c.] (la llamada subrogación convencional).

La responsabilidad del adquirente y del transmitente de un establecimiento se atribuye como sigue:

(i) Por regla general, el transmitente responde de todas las deudas de la empresa surgidas con anterioridad a la transmisión, y el adquirente de las que surjan con posterioridad.

(ii) El principio general presenta, sin embargo, cuatro excepciones que constituyen supuestos de subrogación legal:

- En el ámbito fiscal, el art. 13 Reglamento General de Recaudación establece que el adquirente de una empresa responde de las deudas derivadas del ejercicio de una explotación económica realizada antes de la adquisición.

- En el ámbito laboral, el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores establece la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario durante tres años por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

- En el ámbito de la Seguridad Social, el art. 127 de la Ley General de la Seguridad Social establece que transmitente y adquirente responden solidariamente del pago de las prestaciones de Seguridad Social causadas antes de la transmisión.

- Finalmente, conforme al art. 34 de la Ley del Contrato de Seguro, transmitente y adquirente responden solidariamente del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión de aquellos contratos de seguro del establecimiento o de elementos singulares del mismo.

Saneamiento: La responsabilidad del transmitente de un establecimiento será, salvo pacto en contrario, la prevista en el art. 1532 C.c. El transmitente responderá de la legitimación con que transmite el todo en general. No lo hará, en cambio, respecto de cada uno de los elementos patrimoniales que integran el establecimiento, salvo en caso de evicción del todo o de la mayor parte.

En un sentido parecido se expresa el art. 66.1 LSC respecto de la responsabilidad del socio que aporte un establecimiento o empresa a la sociedad de capital como desembolso de su capital. Responderá del saneamiento del conjunto si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación y también del saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

Arrendamiento del establecimiento mercantil: Un caso particular de transmisión de un establecimiento es el de cesión temporal del mismo a título de arrendamiento permitiendo su goce y disfrute a un tercero contra una remuneración o precio (la renta). También se denomina arrendamiento de “industria” o de “negocio” y no debe confundirse con el arrendamiento de local que se rige por la Ley de Arrendamientos Urbanos. El arrendamiento de establecimiento se diferencia del arrendamiento común en que incluye también la facultad de disposición sobre las mercaderías y materias primas existentes, que el arrendatario podrá enajenar a diferencia del arrendamiento común que sólo permite el goce y disfrute. Al vencimiento del contrato, el arrendatario deberá haber repuesto unas existencias equivalentes a las que recibió.

El C.c. regula en su art. 1579 el arrendamiento "por aparcería" de establecimientos fabriles o industriales. Se trata del supuesto en que la renta no sea una cantidad fija, sino que consista en una participación en beneficios. Para tal caso, el C.c. prevé que no serán de aplicación las normas del contrato de arrendamiento, sino las del contrato de sociedad: el Código ve la aparcería como una sociedad, en la que el propietario aporta el uso del establecimiento, y el arrendatario su propia actividad en la gestión.

Hipoteca de establecimiento: Esta figura poco utilizada en la práctica, aunque prevista en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (Ley de 16 de diciembre de 1954) se asemeja a la que en derecho inglés se denomina “*floating charge*”. La escasa utilización de la hipoteca de establecimiento se debe a la inflexibilidad de esta institución como modo de garantía, ya que ante el incumplimiento del deudor, el acreedor que ejecuta la hipoteca adquiere el establecimiento como un todo, es decir, todos los bienes, derechos y empleados, con la consiguiente responsabilidad derivada del pago de los salarios de éstos.

Frente a este inconveniente, las figuras tradicionales de garantía sobre bienes concretos (Ej.: hipoteca del inmueble, prenda sobre mercancías) permiten ejecutar la garantía y adquirir la titularidad de la misma sin necesidad de continuar con la explotación (es decir, se adquiere el inmueble, o los stocks, etc.).

(i) Constitución. La hipoteca mobiliaria se constituye mediante escritura pública que deberá inscribirse en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

(ii) Objeto. Se extiende (a) obligatoriamente (extensión esencial) al uso del local y sus instalaciones fijas (para que pueda constituirse una hipoteca mobiliaria es necesario que el establecimiento sea propiedad del hipotecante o al menos éste sea arrendatario con facultad de

ceder el contrato de arrendamiento); (b) salvo pacto en contrario (extensión natural) a los derechos de propiedad industrial, intelectual, maquinaria y utillaje, siempre que sean propiedad del hipotecante, que el precio de adquisición esté pagado y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación; (c) por pacto expreso (extensión accidental o máxima) a las mercaderías y materias primas, siempre que sean propiedad del hipotecante y que el precio de adquisición esté pagado. La posibilidad de que la hipoteca se extienda a las mercancías y a las materias primas probablemente es el punto más delicado del sistema legal, porque unas y otras están llamadas a transformarse, consumirse o ser enajenadas, y ni constituyen fácil objeto de identificación registral, ni ofrecen posibilidad de *reipersecutoriedad* dado que están a salvo los derechos de quien las hubiera adquirido en establecimiento mercantil abierto al público. Por ello, el deudor debe tener en el establecimiento materias primas o mercancías en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente según los usos.

(iii) Obligaciones del deudor. Está obligado a continuar la empresa y a mantener mercancías y materias primas de igual valor a las consignadas en la escritura e informar al acreedor de la marcha de la empresa. El acreedor al ejecutar la hipoteca espera poder ejercer el comercio que en el establecimiento se desarrollaba y a que el deudor no le haga la competencia “robándole” su clientela. Por ello, la Ley establece que el hipotecante tiene la obligación de continuar el ejercicio de la actividad empresarial en el establecimiento hipotecado. Asimismo, aunque no exista disposición legal expresa que así lo disponga, debe entenderse que el hipotecante deberá abstenerse de hacer competencia al acreedor una vez ejecutado, durante el plazo de tiempo que resulte razonable atendiendo a las circunstancias.

(iv) Derechos del acreedor. Tiene derecho a inspeccionar el establecimiento en el plazo y forma estipulado y a ejercitar acciones en defensa de sus derechos, incluida la ejecución de la hipoteca en caso de impago. Aquí surge otra explicación de su falta de utilización, por cuanto en caso de ejecución, no adquiere el acreedor del hipotecante que fuera dueño del establecimiento la titularidad de éste, sino tan solo un derecho de arrendamiento sobre el local.

(v) Ejecución. Para hacer efectivo el crédito garantizado, la Ley regula un procedimiento judicial sumario y un procedimiento extrajudicial de venta en subasta notarial. Por último hay que tener en cuenta que si el deudor no es el propietario del local en el que se asienta el establecimiento, el titular del local podrá aumentar la renta un 5% al tiempo de la constitución de la hipoteca y otro 30% en caso de traspaso del local (por ejecución de la hipoteca, se entiende).

Usufructo del establecimiento. El usufructo de establecimiento se constituye no sobre una cosa concreta, sino sobre tantos bienes como derechos, bienes o cosas compongan la empresa. Parece que del tenor del art. 480 del C.c. el usufructuario adquiere la condición de empresario, ya que si fuera de otro modo no tiene sentido que al usufructuario se le conceda la posesión y gestión del bien. Por último hay que indicar que el usufructuario (a diferencia del arrendatario) está obligado a efectuar las reparaciones ordinarias y extraordinarias en caso de que el titular del establecimiento no las hubiese llevado a cabo.

Arrendamiento de local de negocio. Ha sido una aspiración de todos los empresarios el contar con locales bien situados en los que ejercer su actividad, sin estar sometidos a la incertidumbre de la renovación del arrendamiento a su vencimiento. De ahí la vieja aspiración de consolidar el arrendamiento de los locales, como forma de amortizar los gastos e inversiones.

Tradicionalmente, el conflicto entre arrendadores (propietarios del inmueble) y arrendatarios (titular del negocio asentado en el local) había sido resuelto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 a favor de los arrendatarios, que además gozaban de un derecho de traspaso, es decir, de un derecho a ceder el arrendamiento a un tercero, que, a cambio de pagar un precio (frecuentemente sustancial) al cedente, quedaba subrogado en el contrato.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (*B.O.E.* núm. 282, de 25 de noviembre de 1994) dio un giro radical a la postura tradicional, al estar el arrendamiento del local de negocio sujeto a la autonomía de la voluntad en vez de a las normas protectoras de esta Ley. En la LAU todo arrendamiento que no es de vivienda se cataloga como “para uso distinto de la vivienda”, desapareciendo el tradicional “arrendamiento de local de negocio”. Como es sabido, se ha establecido un régimen distinto para aquellos arrendamientos firmados a partir del 1 de abril de 2015, pero es una materia que no forma parte del contenido de este curso.

Tan sólo existen dos normas imperativas que constituyen excepción a la amplia autonomía de la voluntad: la facultad indisponible del arrendador y del arrendatario para compelerse recíprocamente para la formalización por escrito del contrato, y la obligatoriedad del arrendatario de prestar una fianza en metálico equivalente a dos mensualidades. La duración del contrato y la existencia o inexistencia de derecho de traspaso quedan pues sujetas a los pactos que se establezcan entre las partes.

Es importante distinguir esta figura de la del arrendamiento de industria. La doctrina jurisprudencial (entre otras, la STS, Sala de lo civil, de 25 de marzo de 2011) ha proclamado que:

*“los arriendos de locales para negocio se diferencian de los de industria en que, respecto a los primeros, lo que se cede es el elemento inmobiliario, en cambio, en los segundos, el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora; por un lado, el local, como soporte material; y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, que conforman un todo patrimonial autónomo”.*

Durante los años 2021 y 2022, con motivo de la crisis económica y social provocada por la pandemia debida a la Covid-19, desde que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declarara el Estado de Alarma en España, se han planteado ante la jurisprudencia muchos conflictos relativos a arrendamientos de local de negocio, en el sentido de si era aplicable la conocida cláusula *rebus sic stantibus* al pago de la renta de un local que, por motivos de fuerza mayor, no se estaba explotando el negocio para el que se arrendó.

Las sentencias dictadas hasta la fecha, tanto en primera instancia como en sede de apelación, han sido de lo más dispares, concediendo en unos casos la razón al arrendador, y en otros al arrendatario, y apoyándose en motivos varios, a veces contradictorios, por lo que es imposible extraer un criterio jurisprudencial claro.