



**JOSE ANTONIO
DORAL GARCIA**

**LA EMPRESA
ENTRE LA ECONOMIA Y EL DERECHO**

C U A D E R N O S

EMPRESA Y HUMANISMO

I N S T I T U T O

14

INDICE

1. Capítulo Introductorio
- II. PLANTEAMIENTO
 - 2.1. Significado técnico jurídico y técnico económico de los términos en cuestión
 - 2.2. Alcance de la expresión «propietarlo de la empresa»
- III. ENFOQUE METODOLOGICO
 3. 1. El problema
 - 3.2. La valoración
- IV. AMBITO CORRESPECTIVO
 - 4.1. Concepto «estático» de propiedad y «dinámico» de empresa
 - 4.2. Economía y Derecho patrimonial
 - 4.2.1. Economía preindustrial
 - 4.2.2. Economía industrial
- V. ASPECTOS DIFERENCIALES
 - 5.1. Criterios clasificatorios
 - 5.2. Mercaderías y «res extra commercium»
 - 5.3. Propiedad y contrato
- VI. LA PROPIEDAD Y LA NATURALEZA DE LAS COSAS
- VII. PROPIEDAD Y LIBERTAD
- VIII. DERECHO Y ECONOMIA
- IX. SI ES TRASLADABLE LA PROBLEMATICA DE LA PROPIEDAD A LA EMPRESA
- X. LA UBICACION DE LA EMPRESA EN EL DERECHO PRIVADO
- XI. EL EMPRESARIO Y EL «BUEN PADRE DE FAMILIA»: ADMINISTRACION Y RIESGO
- XII. EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA: LIBERTAD, NECESIDAD, CONTROL
- XIII. LA EMPRESA EN CUANTO COMUNIDAD DE PERSONAS
- XIV. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA EMPRESA: LA CLIENTELA
- XV. LOS FACTORES DE LUGAR Y TIEMPO
- XVI. EMPRESA Y EXPLOTACION
- XVII. PROPIEDAD Y EMPRESA
- XVIII. VALORACION: UBICACION SISTEMATICA DE LA EMPRESA
- XIX. VALORACION DEL TRABAJO
- XX. LIBERTAD DE DOMINIO, LIBERTAD CONTRACTUAL, LIBERTAD DE EMPRESA, EL ORDEN PUBLICO
- XXI. EL LLAMADO ORDEN PUBLICO ECONOMICO EUROPEO
- XXII. EMPRESA Y HERMENEUTICA JURIDICA
- XXIII. POSTULADOS DEL NUEVO DERECHO DE LA EMPRESA
- XXIV. SINOPSIS
- BIBLIOGRAFIA
- NOTA BIOGRAFICA

1. Capítulo Introductorio

Estudiar la empresa en sus relaciones con la Economía y el Derecho ofrece interés por muchos motivos. En rigor, la Economía interesa siempre como abarcante de relaciones sociales y éstas son a su vez las que el Derecho contempla. A la vez, la empresa es «centro de imputación» de relaciones y efectos jurídicos.

La empresa misma -no sólo el concepto- es obra del hombre, que añade a la naturaleza de las cosas que transforma un valor nuevo, un valor económico. Ese valor añadido otorga a la potencialidad natural de las cosas un factor multiplicador, que amplía también paulatinamente las relaciones sociales y, por tanto, el marco del derecho, cuyos mecanismos de adaptación son más lentos.

El Derecho positivo sigue a la vida -también económica-, pero difícilmente la precede. Entendido éste como regulación supone la existencia de la materia que ha de ser regulada, y entendido como juicio presupone una previa controversia.

Sólo precede a la vida la justicia, que por ser un valor permanente tiene incesante actualidad: lo justo indica relación a la justicia como su medida, como el peso alude a la unidad de medida en el mercado.

Así que cada sistema económico se corresponde con un sistema jurídico, y los códigos vigentes reflejan una economía basada en un triple «equilibrio»:

1.1.1.- *Equilibrio de las prestaciones en los contratos*, esto es la igualdad económica entre las partes contratantes y la equivalencia entre lo que cada uno da y recibe.

1.1.2.- *Equilibrio de los patrimonios*, en cuya virtud lo que «entra» y lo que «sale» de un patrimonio a otro ha de tener una justificación, un título o causa, una razón suficiente (cambio, servicio, remuneración, liberalidad, etc.).

1.1.3.- *Equilibrio entre producción y consumo*.

Este triple equilibrio clásico se ha roto en la economía moderna,- de ahí los «desajustes» del sistema jurídico aun vigente,- así como el abuso de posición dominante.

El desequilibrio introducido por el riesgo técnico y el desequilibrio económico entre producción y consumo, dan origen a propuestas de nuevos modelos jurídicos más permeables a las relaciones sociales, afectadas por los modelos económicos.

1.2. De modo más concreto, el estudio de la empresa en sus relaciones con la economía y el Derecho presenta un triple interés.

1.2.1. En primer lugar, el «fenómeno empresarial» es, ante el Derecho, susceptible de diversos enfoques (mercantil, civil, económico, laboral, administrativo), lo que conlleva una inevitable dispersión de puntos de vista sobre la misma realidad social. Parece, por tanto, necesario un estudio interdisciplinar de la empresa entendida como un todo.

Pero considerar la empresa como un todo, siendo esa unidad fruto de la abstracción, requiere profundizar en el fundamento de dicha *consideración unitaria*; ¿qué razones permiten la unidad de lo que se presenta como un conjunto?, ¿personas (empresarios)?, ¿bienes (fondo de comercio)?, ¿organización?, ¿actividad? incluso se discute si es posible un concepto jurídico de empresa y su oportunidad. ¿No es suficiente un concepto económico ya de por sí complejo?

1.2.2. En segundo lugar, el concepto de empresa relaciona el derecho con la actividad comercial e industrial y esa misma actividad se muestra como proceso, como algo que se proyecta hacia adelante: la vida misma de la empresa apunta al futuro. La diferencia entre «derechos abstractos» de socio y «derechos

concretos» de terceros indica un ciclo, una sucesión de operaciones, de intereses, de decisiones, de gestión.

Pero la empresa es algo más que un proceso económico, y así, entre la actividad constitutiva de la empresa -inherente al empresario como sujeto de derecho- y la liquidación de la empresa, se interpone el centro de referencia más específico del derecho: la responsabilidad patrimonial y social de la empresa.

Responde el empresario del cumplimiento de sus obligaciones -art. 1911 del C.C.- y responde con su patrimonio a través de su organización empresarial.

La empresa, como objeto que es, no responde, sino el empresario, el sujeto o grupo de sujetos, persona jurídica o moral, el titular.

1.2.3. Finalmente, el titular empresario adquiere derechos y obligaciones cuyo ejercicio se sujeta a unos límites intrínsecos y extrínsecos. La aportación patrimonial no puede ser la razón o causa de sus derechos, sencillamente porque los resultados del trabajo no son una «accesión», algo incorporado o añadido a la «propiedad». Sus derechos y obligaciones se generan a través de la actividad productiva de bienes o servicios del ente «empresa» por él creado o dirigido.

1.3. Sin otro efecto que el de una previa sistematización del trabajo se establece, por vía de hipótesis, la contraposición entre: a) *los sujetos o titulares* de la empresa, el elemento personal, propietario -empresario-, y b) *el objeto*, bienes-empresa, establecimiento- esto es, el titular del poder y el objeto sobre el que se proyecta ese poder.

En esta hipótesis resultan comprendidos acuciantes problemas que la práctica resuelve sin tener en cuenta una valoración crítica, o su fundamento.

Así, la propiedad congrega aspectos tan relacionados entre sí y con ella como

1.3.1. El alcance, contenido, extensión y límites de los derechos inherentes a la actividad de la empresa (como sujeto de derecho), en orden a la responsabilidad del empresario.

1.3.2. La extensión del objeto (bienes-empresa-establecimiento), por aumento o incorporación, la llamada «accesión», los frutos, el resultado del trabajo remunerado o asalariado. Ahora bien, '¿en qué medida es aplicable a la empresa el concepto de la accesión, que se ha desarrollado a partir de la propiedad?

1.3.3. Los títulos de transferencia y objetos transmisibles, contratos relativos al estableci-

miento, a la clientela, a su tutela,- si es aplicable la evicción y las reglas de concurrencia, (algo así como la eficacia absoluta o relativa del poder de actuación del empresario y sus limitaciones respecto de terceros). ¿Quiénes son esos terceros? ¿en qué medida pueden serlo otras empresas (las no concurrentes)?, ¿y los consumidores?

No menos interés suscitan otras nociones como la aplicación del abuso de derecho, la buena fe, o la interpretación, «el signo social», que en la propiedad suele entenderse como responsabilidad en el ejercicio de los derechos dominiales.

De otra parte se nos presenta la crítica a la perspectiva publicista de la empresa. Esto es, si el poder político es capaz de «subrogarse» en el poder económico de la empresa so pretexto de asegurar o restablecer la igualdad efectiva en la concurrencia, o si debe más bien, quedar relegado a simple garante del mínimo imprescindible para que la empresa proyecte y realice el balance social.

1.4. Desde el punto de vista *científico*, la aproximación de la empresa a la propiedad tiene el pie forzado de la codificación. En efecto:

1.4.1. La clasificación de bienes que recoge el C.C. art. 335 1.5. piensa, sobre todo, en aquellos que pueden ser susceptibles de apropiación y, por tanto, objeto de derechos reales, entre los que no se han contemplado muchos bienes inmateriales: marca, el secreto industrial (como objeto), la creación industrial, etc. Esas categorías intermedias no encajan bien en la clasificación legal (así se reconoce en la sentencia del 5 de abril de 1961).

1.4.2. Con respecto al trabajo humano, la elasticidad y extensión del dominio fundamenta la accesión, como aplicación analógica –analogía imperfecta– a los aumentos y productos del trabajo asalariado la accesión civil sobre todo, piensa en cosas y en las modificaciones que éstas experimentan por obra de la naturaleza, o sea, una accesión natural. La intervención del hombre es allí más casual que programada. Por tanto, sólo forzando el concepto de accesión, daremos cabida a la actividad humana remunerada.

1.4.3. Los derechos de exclusividad sobre los modelos industriales, patentabilidad, etc., recuerdan el carácter excluyente de la propiedad sobre cosas. Pero considerados dentro del proceso productivo, su valor económico depende de la incorporación a la empresa y de su explotación o uso comercial.

1.4.4. Las garantías reales (hipoteca, etc.), sujetan una cosa a la función de garantía del cobro de un crédito preexistente. La cuestión es la siguiente: ¿es adecuada a la empresa una garantía real?, ¿admite la hipoteca sobre elementos patrimoniales de una empresa el pacto de extensión a la empresa misma como estructura productiva?

1.4.5. La empresa figura en la clasificación tradicional de bienes como «mueble» (propiedad mobiliaria). Pero resulta difícil aplicar a la empresa las notas características de los bienes muebles, como la localización, el desplazamiento de un lugar a otro .(art. 336 del Código Civil).

1.5. Finalmente, una definición de empresa recogida de una sentencia del Tribunal Europeo de Justicia dice que «consiste en un complejo unitario de elementos personales, materiales e inmateriales, que da lugar a un sujeto jurídico, autónomo y dirigido de modo duradero a perseguir un determinado fin económico». El concepto de «pequeña empresa» se determina en el Reglamento CEE, n° 1017, del 19 de julio de 1968, del Consejo, según un cuestionable criterio de «dimensión» de la actividad (modesta y familiar).

Así, la noción comunitaria de empresa no es reconducible a la española, si por sujeto

jurídico se entiende persona moral o sujeto colectivo.

II. PLANTEAMIENTO

2.1. Significado técnico jurídico y técnico económico de los términos en cuestión

Propiedad y empresa son términos de uso imprescindible en el lenguaje profesional de juristas y economistas. Creemos que tiene mayor relieve jurídico (por sus connotaciones histórico-culturales), la propiedad, y acaso mayor resonancia económica e ímpetu social, la empresa.

Al evocar posibles significados susceptibles de tergiversar el sentido en que aquellas expresiones se toman (el económico, el social, el jurídico, etc.), la combinación entre ambos términos, para formar expresiones tales como «propietario de la empresa», «abandono de la empresa por el propietario», «incapacidad del propietario para el ejercicio de empresa», «perjuicio a la propiedad por el administrador

de empresa», etc., sugieren no pocas cuestiones.

Cuanto esos términos se utilizan en el argot técnico, adquieren matices distintos según que se empleen conforme a una perspectiva jurídica o económica. En definitiva, son muestra inequívoca de la oportunidad de adecuar, en este punto, el lenguaje de juristas y economistas al de filósofos, políticos y hombres de empresa.

No es, por tanto, inoportuna esta llamada a la necesaria colaboración de economistas y juristas. Ya hace años, algunos civilistas, como Savatier, hicieron hincapié en esa necesidad, y sugirieron puntos de reflexión, que no han sido desatendidos por la doctrina más reciente.

Ahora son los mercantilistas quienes proponen esa colaboración con los civilistas, para el estudio conjunto de formas contractuales modernas, exponentes de la renovación de las técnicas económicas y del plan económico de la empresa: contratos de cooperación comercial, de aprovisionamiento, de crédito interempresa, etc.

2.2. Alcance de la expresión «propietario de la empresa»

En concreto, la expresión aludida «propietario de la empresa», anuda dos conceptos, propiedad y empresa, de difícil acoplamiento.

De una parte, la *propiedad*, al menos en su fisonomía clásica, apunta a la relación del propietario con las cosas, ya sean éstas corporales -donde la utilidad está en la cosa misma- (automóvil, maquinaria, etc.), o incorporeales (propiedad industrial, propiedad intelectual, propiedad de la letra de cambio, etc.), porque la naturaleza de la cosa determina en la propiedad el contenido y límites del ejercicio de los derechos.

De otra parte, con el término *empresa*, se denomina más bien la actividad desplegada por personas implicadas en un mismo quehacer, en una aventura común, en un proyecto o programa que realizar, o bien, los resultados de dicha actividad: de modo que el objeto social, el «giro o tráfico», es el soporte de la actividad y de la organización de la empresa.

¿En qué medida el término propiedad se adecúa a la empresa?, ¿puede acaso la empresa ser objeto de un poder real, siendo así que no requiere, como la propiedad, preexis-

tencia de una cosa?, ¿qué sentido tiene en nuestros días un poder de dominación abarcante de personas?, ¿por qué cauces jurídicos puede el propietario desposeído recuperar la empresa?, ¿los bienes aportados por el legítimo propietario a una actividad de empresa, adquieren un nuevo valor jurídico? He aquí algunas de las preguntas que el estudio de la cuestión plantea.

2.2.1. Cabe también preguntar si la relación de la propiedad con la empresa es de contenido idéntico, esto es, si la empresa se corresponde con la propiedad, en cuanto núcleo básico de deberes y derechos.

En caso afirmativo, podrá advertirse un lugar de encuentro entre las relaciones que podemos designar «de dominación», de las que es exponente la propiedad y las relaciones «de transformación técnica» de los insumos, entre las que se comprendería la empresa.

La misma jurisprudencia del Tribunal Supremo emplea la expresión «propiedad de la empresa». Así, refiriéndose a los contratos celebrados por el factor, declara que se entenderán hechos por cuenta del propietario de la empresa a la que notoriamente pertenecía, confirmando con esta doctrina lo dispuesto en el artículo 286 del Código Mercantil que textualmente expresa: «los contratos celebrados

por el factor de un establecimiento o empresa comercial, cuando pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, ... »

2.2.2. Por otro lado, la propiedad, mejor todavía el dominio o titularidad dominial, «atrae» hacia sí las consecuencias del ejercicio efectivo del derecho. En esa medida el propietario responde del ejercicio no razonable de su derecho que perjudique a terceros. Por el contrario, en la empresa la fase de creación y la fase de efectividad suelen estar distanciadas y a eso se debe que la empresa reciba una consideración autónoma como centro de imputación de relaciones y efectos jurídicos, lo que implica una cierta disociación de titular.

Además, las reglas jurídicas que rigen la creación de la empresa no coinciden con las que rigen su eficiencia económica. Estas últimas se inspiran más bien en las reglas y directrices del mercado, es decir, vienen de fuera. Pero, sobre todo, el derecho de empresa se afirma como tal respecto del «otro», que no es el empresario sino el *consumidor*, o *si se quiere*, el cliente.

La justicia de la empresa como alteridad supone el «otro», que es, en expresión tomada del profesor Suárez Llanos, «el consumidor,

protagonista actual de la vida económica». Naturalmente, esto no justifica la lectura de las normas que rigen el allende de la empresa con la lente deformada del economicismo que propende a modelar el ordenamiento jurídico según las directrices del mercado (economic analysis of law).

III. ENFOQUE METODOLOGICO

3. 1. El problema

Delimitar con corrección un problema, ya sea éste jurídico, económico, aun filosófico, es un paso decisivo para encontrar la solución.

En este estudio se pretende apuntar las múltiples cuestiones adheridas o conexas a la relación empresa-propiedad ; o sea, ofrecer a la reflexión bases suficientes, tomando como punto de referencia su perfil jurídico y económico. No debe preceder la discusión a la exposición de los términos del debate. A ello se dedicará la primera parte de este estudio.

3.2. La valoración

Debemos aclarar que siempre quedará supeditado el acierto en las soluciones propuestas

o sugeridas, a la razón última de su valoración o fundamentación, que será lo que incline la balanza hacia una de las posibles opciones.

Los hechos, y por consiguiente también los datos económicos, no deben imponer de suyo una solución; en tal sentido, los hechos son neutrales. Acaso sí, aconsejarla.

Ni siquiera la efectividad, solución más útil, tan evocada en la valoración de la actividad mercantil o empresarial, es mantenible acríticamente.

Entendido como principio (principio de efectividad) es, con todo, uno de los más invocados en Derecho comunitario, y se funda en la convicción de que un mercado único es por sí mismo factor de prosperidad. Así, elevar el nivel de eficacia de la economía es causa de la privatización de empresas públicas. Lo ineficaz es lo inútil, pero hay que buscar una eficacia distinta a la que se identifica como negocio a «corto plazo». En este punto sí hay claro contraste entre propiedad y empresa. Veremos por qué.

La eficacia en la propiedad es intermitente, cesa y se repite. La periodicidad, por ejemplo, caracteriza la producción de frutos, mientras que en la empresa, se acompasa a un ritmo (plan de producción, de resultados, de empleo

de esos resultados). Por tanto, es también diferente la consideración del tiempo.

Cabe decir que la propiedad se adapta al orden económico de la naturaleza, mientras que la empresa se adecúa al orden económico de la técnica. El primero (el orden económico de la naturaleza), se acomoda a las leyes de la naturaleza; el segundo (el orden económico de la técnica) se acomoda a las leyes de la técnica. Más sensible aquél a la necesidad o a la previsibilidad; más plegado éste a la probabilidad.

3.2.1. Es distinto, por tanto, el comportamiento exigible al propietario y al empresario, y en consecuencia, los límites de actuación de los mismos. Mientras que el propietario concentra su interés en el interior (el objeto, la cosa, la novedad de] invento), el empresario mira hacia fuera- la oferta, el mercado, la confianza (que es la esencia misma del crédito, imprescindible en la actividad empresarial). De ahí también la diferente medida de] exceso o del abuso.

En la propiedad, el abuso se cifra en el exceso de un poder de «soberanía», en la empresa, en el ejercicio arbitrario de un «poder económico» que falsea la concurrencia -discriminación abusiva (ilícita) deducida de un comportamiento global- o de una posición dominante -posición de líder en un mercado

determinado con abuso imputable a la entente que ocupa tal posición- etc.

Esto sugiere, que la idea de *lesión*, que es una noción clásica del derecho basada en el desequilibrio de obligaciones recíprocas, en la empresa se toma como discriminación, al realizar contratos (cooperación de empresas) respecto de terceros, o un comportamiento anti-concurrencial (está legitimada entonces, para pedir un resarcimiento, sólo la empresa víctima de la entente, por lesión y no por «inmissio in alienum» injustificada).

IV. AMBITO CORRESPECTIVO

4.1. Concepto «estático» de propiedad y «dinámico» de empresa

Se dice que la «propiedad» es un concepto estático porque supone la preexistencia de las cosas a que se extiende el poder del dueño, y su régimen jurídico se encuentra en la conservación o recuperación de las mismas si se transmite por título temporal alguna de las utilidades. En cambio, el de «empresa» es un concepto dinámico, porque no sólo mira a los bienes, a la utilidad económica, sino a la participación de personas: no se ciñe a las cosas pre-existentes, sino al «proceso» de producción, de

circulación, de consumo, al camino hacia la propiedad que cierra ese proceso con quien todavía *no* es propietario.

Son, por tanto, conceptos diferentes, también difieren sus naturalezas, y, en consecuencia, sus ámbitos correspectivos y sus características: unidad jurídica de «dominación» en la propiedad y unidad económica de «producción y colaboración» en la empresa.

4.2. Economía y Derecho patrimonial

La propiedad, tal como aparece reflejada en los Códigos, civil y mercantil, es reflejo de una determinada concepción histórica, de un modo de entender la economía, la cual en la etapa codificadora se comprendía en el Derecho patrimonial. Todavía hoy, sobre esa materia se ha desarrollado la disciplina de la empresa. Pero esas connotaciones históricas aluden a unos postulados de justicia, solidaridad, paz jurídica, propios de una economía preindustrial.

4.2.1. Economía preindustrial

La economía «preindustrial» responde a una economía de primordial asentamiento agrario. En ella, la propiedad de la tierra ocupa el lugar

más destacado de la fortuna, que es personal y, sobre todo, familiar. Familia y herencia se comunican. La comunidad familiar hereditaria es la forma inicial de las sociedades personalistas.

Así, puede afirmarse que esa economía nace de las cosas, sobre todo, de las cosas materiales fructíferas. De éstas toma las notas más características de «modelo» de propiedad, referido a las cosas corporales,- desde el punto de vista económico, las cosas tienen un valor ínsito, mayor o menor, según sea su entidad. Así se pueden establecer entre ellas las diferencias de valor económico, en que se basa el principio «accessorium sequitur principalem». El suelo, por ejemplo, tiene mayor valor que lo incorporado, que sus aumentos o accesiones y la extensión de] dominio abarca abajo, en lo profundo, y arriba, en lo alto.

En cambio, la economía actual «multiplica» esos valores (valor comercial, valor en uso, valor en venta etc.). Desde el punto de vista jurídico, en la etapa codificadora las cosas de mayor valor, por la utilidad posible, son los bienes inmuebles. Por tanto, las cosas muebles, ya sean genéricas, consumibles, títulos valores, «mercancías» en sentido amplio, son de inferior estima. De acuerdo con esto, mercanti-

lidad se mueve entonces en el área de la «vilis possessio».

Por ello el inmueble atrae a su régimen jurídico a la maquinaria, según la explotación. La «necesidad» está en función de las cosas: desde el punto de vista social, el modelo de conducta está basado en la percepción de frutos, por tanto, no en la transformación de las cosas, sino más bien en su conservación -salva rerum substantia-.

La culpa o negligencia en el actuar se extienden y limitan a lo previsible, que es la medida, responsabilidad por tanto, de la diligencia.

En definitiva, la conducta normal del propietario se ciñe a la administración de las cosas, en contraste con la especulación, que aumenta el valor ínsito en el mercado de las cosas muebles. De ahí que comerciantes y propietarios fueran grupos sociales distintos.

El mismo concepto de «renta» estaba unido al de propiedad, baste pensar que -en la economía medieval el censo consignativo (gravamen real) cumplía la función que actualmente desempeñan los bancos: financiar operaciones de explotación económica, función intermediadora entre el capital y la producción de la tierra. En esa función intermediadora

cumple un papel destacado la iglesia (en aquel momento esto fue origen de su contienda con el poder estatal),

4.2.2. Economía industrial

La economía industrial no nace de las cosas mismas, sino de los productos obtenidos con su transformación y de los servicios,- la profesionalidad no es función del propietario.

De ahí que la clasificación antes fundamental de los bienes, cosas apropiables, muebles o inmuebles, cambie de signo. No tanto porque los muebles adquieran mayor valor (títulos, acciones, maquinaria, mercaderías, cuadros), sino porque los inmuebles pueden también ser cosas genéricas. Pero, sobre todo, porque la «preexistencia» de la cosa -cosas presentes pierde relevancia ante la que cobran los bienes futuros así la esperanza asume un valor económico («expectation damages»), y las realizaciones, el tiempo, el dinero, y el trabajo, son más que la realidad material.

4.2.2.1. Por tanto, diríamos que el engranaje de la industria no es la propiedad, sino la transformación o sustitución de ella. La venta de «cosas» no construidas todavía (solar), de cosechas pendientes, incluso futuras, genera-

lizan en el proceso industrial los contratos sobre «cosas» futuras. La expectativa es más cotizada en la industria que la dominación. El camino hacia la propiedad más apetecible que la propiedad misma.

4.2.2.2. Por lo que se refiere a la empresa, ésta se presenta como una «subrogación» del viejo comercio. Los comerciantes se agrupan (nace el empresario colectivo), se agrupan las cosas, se agrupa la actividad (surgen los grupos de personas, los grupos de contratos, los grupos de empresas, los grupos de consumidores).

4.2.2.3. Con contratos regulados en los Códigos piensan en «cosas», realidades existentes, conocidas o conocibles por cualidades experimentales, peso, medida. Pero en la contratación contemporánea tiene especial relevancia la contratación sobre cosas futuras (cosecha futura incorporada a títulos) e, incluso, de cosas «nuevas» (innovaciones).

4.2.2.4. Precisamente la innovación, idea nueva, tutelada, transmisible -transferencia de tecnología lleva consigo la más «aparatososa» de las transformaciones jurídicas en cuanto que:

- da origen a Sociedades como la Asociación europea para transferencia de tecnología;

- crea un mercado de «productos» y servicios nuevos;
- reclama sistemas de financiación no basados en el préstamo, como los sindicatos transnacionales de financiamiento (EVCA);
- servicios no gratuitos de información.

V. ASPECTOS DIFERENCIALES

5.1. Criterios clasificatorios

En aquella economía preindustrial, contexto de los centenarios códigos aún vigentes, la fortuna se polariza en torno a dos posiciones: la de] terrateniente perceptor de frutos -economía agrícola-, más próxima al Código Civil, y la economía de] comerciante, que con actos -reventa- percibe beneficios.

Quien compra para revender no satisface una necesidad sino que busca un lucro; quien presta con interés no mira a la necesidad sino a la usura; (Ex. 22, 25 : Lev. 25, 37: «si empobreciere tu hermano, no le prestes tu dinero a usura, ni des tus bienes a ganancia», Deut. 23, 20: «puedes exigir al extranjero, pero no a tu hermano»).

5.1.1. La perspectiva civil consideraba por entonces de superior valor el inmueble que lo

adherido, y subestimaba los bienes muebles -vilis possessio-. La perspectiva comercial cifra la especulación en la «reventa» y en el interés, el préstamo del accionista en la S.A., o justificado por el riesgo, como en el préstamo marítimo («foedus nauticum, el cual, no estaba comprendido en la prohibición canónica).

Como ya hemos indicado, en la economía industrial cambia la relación entre lo principal y accesorio. Mientras que antes el «instrumentum fundi», maquinaria, aperos de labranza, se consideran inmuebles, ahora el instrumentum, aplicado a la empresa, recupera su consideración mobiliaria. Más todavía, la antigua clasificación muebles e inmuebles, determinante del régimen de la propiedad, pierde valor ante la nueva clasificación de productos y servicios, y bienes de producción y de consumo, por adecuarse al régimen jurídico de la empresa.

Así, la «mercantilización» de los bienes desdibuja la frontera de las «res intra» y «res extra commercium», delimitadora del objeto de las transacciones.

5.2. Mercaderías y «res extra commercium»

El problema es ahora fijar el alcance de lo que desde el punto de vista económico, ético, filosófico, jurídico, puede admitirse como «mercancía».

Desde el punto de vista negativo, no es mercancía el trabajo, porque este «procede directamente» de la persona humana.

Pero tanto el trabajo -arrendamiento- como los órganos -donación- admiten consideración de «objeto» de contrato. Así pues, la primera cuestión ahora suscitada es determinar la diferencia entre lo que en rigor es «cosa», y lo que es «objeto», desde el punto de vista patrimonial.

Su visión como «propiedad» indica que el cuerpo humano es «disponible», por ser la disposición la facultad inherente al dominio. La consideración de] cuerpo como «res extra commercium» viene a ser -en esa concepción- un límite extrínseco, y, por tanto, revisable en función del avance técnico, de la efectividad.

En versión empresarial el cuerpo ha de excluirse del tráfico en base a algo «conatural» a la empresa: el lucro. Por eso, se dice, cabe un contrato, pero no a «título lucrativo»:

donación, que incluye propiedad, pero excluye beneficio, especulación.

5.2.1. La «empresa» de drogas, anticonceptivos, tecnología genética, etc. cumple las condiciones económicas: pero ¿dónde situar los límites?, ¿hasta dónde puede admitirse la comercialización del «ius in se ipsum»? Por razón de la «alteridad», son muchas las manifestaciones de un principio análogo en el área patrimonial:

- nadie puede ser acreedor y a la vez deudor por el mismo crédito
- «nemo res sua servit», no se admite ser propietario y constituir servidumbre sin titular distinto del dueño.
- nadie puede ser a la vez nudo propietario y usufructuario.

Pero la «eclosión» de la empresa alteró estos postulados y, aunque con restricciones, se aumentó la «hipoteca de propietario», y la «servidumbre de propietario». ¿el ius in se ipsum?, ¿un derecho sobre el propio cuerpo?. Está clara la negativa a partir del concepto de derechos de la persona. Sin embargo, ¿hasta dónde se admite el «ipsum» como «mercancía»? ¿dónde situar el límite de las «res extra commercium», de la comercialidad?

5.2.2. Los términos propiedad y empresa, y sus relaciones, presuponen un concepto de persona previo al de sujeto de derechos que permita distinguir con claridad el «esse» del «posse», el ser del tener. La persona tiene un patrimonio pero no es patrimonio. Este es una relación entre el sujeto y los bienes, entre empresario, centro de responsabilidad, y empresa, objeto de la sociedad.

5.3. Propiedad y contrato

En los Códigos clásicos, propiedad y contrato son los conceptos básicos. Al introducirse el más reciente concepto de «empresa», aquellas categorías lógico-jurídicas tienden a adaptarse a la nueva realidad económica. En efecto, la «propiedad» de empresa o los «contratos de empresa» toman las características propias del nuevo concepto. En cada contrato, (compraventa, transporte, seguro), está el «todo» de la empresa, como en cada contrato de donación de órganos está el «todo» de la persona, y no sólo algunas de sus manifestaciones, como puede ser la salud, el bienestar.

Por más que la propiedad se enfoque como un concepto elástico, abarcante de cualquier «objeto» (ya que no hay propiedad sino pro-

piedades), no es lo mismo la propiedad de «cosas» que la propiedad de una «empresa».

Tampoco el modelo de libertad contractual (disponer según voluntad) es adaptable, «mutatis mutandis», al de libertad de empresa.

Pero todavía hoy se emplean las categorías jurídicas de contrato y propiedad para explicar los problemas inherentes a la empresa. Sobre todo, las relaciones entre propiedad y empresa suscitan el problema, tan actual, de las relaciones entre Economía y Derecho.

5.3.1. Puede decirse que el concepto de propiedad se ha construido con los de «cosa corporal» y «fruto», mientras que el de empresa se adecúa mejor al concepto de «bien» y «beneficio económico». En la empresa hay bienes que no son cosas, como el trabajo, y destacan las cosas incorpóreas: así el dinero se sujeta a reglas de administración.

De otra parte, hay «frutos» (los «naturales») que han perdido tal consideración, porque no derivan espontáneamente, sino a través del trabajo o industria son frutos del trabajo, no de la cosa.

Las nuevas técnicas de manipulación de la naturaleza intervienen en ese paso de una economía «natural» a una «economía industrial».

En ese sentido, el progreso técnico es factor de transformación jurídica. La venta de productos aún no «separados» es uno de los supuestos más frecuentes de los contratos de cosas «futuras», que menciona «a mayor abundamiento» el art. 1271 del Código Civil, mientras que los bienes futuros componen la más novedosa actividad de empresa en el comercio internacional. Las cosas futuras y las incorporadas a la movilización que prestan los títulos de tradición, son acaso el factor más clamoroso de la mercantilización a escala internacional.

5.3.2. En una primera aproximación a la idea de empresa puede decirse que, en el sistema codificado, ésta toma como punto de partida dos categorías básicas, como la causa y el efecto: propiedad-fruto, acto-beneficio. En una descripción simple se advierten los dos aspectos atribuidos a la empresa: organización y actividad.

Así, la propiedad de cosas individuales que componen un conjunto incluye un valor añadido por la interdependencia económica de las cosas unidas a la organización. En esta idea se inspira la «universitas facti», universalidad con existencia independiente (un rebaño), y la «universitas iuris» (el fondo de comercio).

La organización presta al conjunto de estas cosas un valor, en que se funda la «subrogación real», o sea que unas cosas son reemplazables por otras (las veces que mueren por las que nacen). Es una aplicación económica de] principio jurídico de «equilibrio patrimonial».

La aplicación a la empresa de conceptos y categorías tradicionales de signo patrimonialista es perturbadora. Así ocurre con la doctrina tradicional de la «universitas rerum», agrupación de bienes con unidad económica y valor propio por su destino económico. En Derecho italiano, hacía notar Carnelutti, «universitas rerum» no equivale a la relación entre empresa y hacienda, por la sencilla razón de que los colaboradores de] empresario no pueden ser tratados como objeto, como bienes, sino como sujetos, personas. Esta apreciación le llevó a configurar la empresa como acto, o más bien actividad, para destacar que la noción unitaria de hacienda no es mera proyección patrimonial de la empresa, sino ejercicio de empresa.

5.3.3. La empresa es a la vez objeto de derechos que tiene un titular (lo que subraya la pertenencia de la misma a un empresario) y un núcleo de relaciones jurídicas sin personalidad, pero que reviste carácter institucional (o

sea un centro de relaciones jurídicas o centro de actividad).

5.3.4. Por lo que se refiere a la mercantilización, se pasa del «acto simple», venta, al «acto reiterado», reventa. La actividad reiterada genera beneficios: la reventa es un acto de especulación. Esta «aproximación» explica también la «separación» progresiva entre la contratación civil y mercantil, y la propiedad y la empresa.

En la disciplina del Código civil destacan estas tendencias:

5.3.4.1. Por lo que se refiere al contrato, que es el camino para llegar a la propiedad y a la posesión:

- el supuesto ordinario es la contratación «entre presentes»;
- la etapa más tutelada es la de formación del contrato;
- la libertad de forma enlaza con las presunciones: (manifestación de tácito consentimiento, valor presuntivo en cuantía, la declaración de consentimiento del silencio etc.);
- el modelo de contrato es el de cambio (compraventa);

- la empresa misma es un equipo humano trenzado por contratos de trabajo (gerencia, alta dirección, etc.).

5.3.4.1. La incorporación de la empresa altera ese estado de cosas:

- el supuesto ordinario es la contratación «entre ausentes»;
- el formalismo excluye las presunciones;
- el modelo de contrato es el de adhesión (contratación por formulario, contrato tipo, etc.);
- la etapa más tutelada es la de ejecución;
- el contrato incluye el riesgo propio de la especulación, y la persona a la que se encamina no suele ser parte.

5.3.4.2. Por lo que se refiere a la propiedad:

- su orientación primaria es la de aprovechar los bienes en orden a producir frutos, lo que presta a su régimen jurídico un cierto carácter cíclico,
- a ella es consustancial la exclusión de tercero (acción reivindicatoria), sentido contrario al de la empresa, que siempre piensa en el «otro»;
- la posesión, contemplada como situación transitoria, descansa en la liquidación, la cual

se inspira en el principio de equilibrios antes señalado.

5.3.4.3. Por lo que se refiere a la empresa:

- su orientación primaria es producir bienes y servicios en orden al «beneficio», su «capacidad económica» (S. 31 enero 1983, R. 380);

- la liquidación económica de la empresa, si es por crisis, se funda en el desequilibrio, y si es por transmisión, no atiende tanto a los bienes como a los créditos (cesión de contratos, cesión de créditos).

VI. LA PROPIEDAD Y LA NATURALEZA DE LAS COSAS

En el Código Civil, las cosas son el punto de convergencia entre propiedad y contrato. Es la utilidad económica lo que presta a las cosas el carácter de bien. Las cosas como «objeto de apropiación» se consideran bienes, y los bienes se dividen en muebles e inmuebles (art. 333 C.C.). Es inmueble lo incorporado a la «industria» y «explotación», así como los bienes muebles por el hecho de ser destinados por el propietario a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

Es importante señalar esa «absorción» de lo incorporado al inmueble: edificio, heredad,

fincas, que son para el Código lo «principal», cuya suerte sigue lo «accesorio».

La propiedad se define como el «derecho», de gozar y disponer de una «cosa» (art. 348 del C.C.) y el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a «dar alguna cosa» o prestar algún servicio (art. 1254). Esto es así porque las obligaciones, objeto de los contratos (que son las más generales en el Código), consisten en dar, hacer o no hacer alguna «cosa», art. 1688 C.C.

Ahora bien, la empresa como tal no es una «cosa», por más que el Derecho la considere como «entidad» unitaria (así puede ser objeto de propiedad y de contrato).

6.1. Es manifiesto que la lógica del Código referida a las cosas, no es la lógica de la empresa: lógica de la actitud técnica. Bastan para advertirlo las observaciones siguientes:

6. 1. 1. En el Código la propiedad se inspira en la idea de «equilibrio»

6. 1. 1. 1. equilibrio entre gastos y frutos: de ahí la compensación de desperfectos con mejoras (arts. 488, 458, 452) en cualquier liquidación de una gestión posesoria.

6.1.1.2. equilibrio de patrimonios, de] que es secuela el equilibrio de prestaciones (art. 1.274): la división supone partes «equivalentes» (art. 400).

6.1.1.3. la igualdad no «matemática» sino de «naturaleza» (arts. 1,062, 402), el «equivalente de cosafruto y de precio-interés, factor de la repetición.

6.1.2. El Código prevé la no indefinida «recuperación» tanto del dominio como de las facultades dominiales atribuidas a otro temporalmente. El dominio, señorío «absoluto» y «unitario» sobre una cosa, se excluye de las facultades que le son propias, de que puede verse privado temporalmente el propietario, sin que por ello pierda su integridad potenciaU en su día procederá una recuperación efectiva de todas las facultades dominiales, (S.S. 3-12-1.946; 7-3-1.963).

De ese previsto «rescate» del potencial económico, únicamente no son «dominables» el riesgo (vis divina) y el «límite». Fuera de ese ámbito, el poder del propietario se extiende a todo «sin más limitaciones» (art. 348). La cosa queda sujeta al poder, y éste a la voluntad del propietario.

La disponibilidad de la cosa apenas tiene otro límite por «naturaleza»: la entrada o

salida del comercio. Así pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Adviértase que la distinción «fuera» y «dentro» del comercio es sustancial, pero ¿en qué se funda? ¿quién define las fronteras del comercio?

6.2. Este cuadro es difícilmente atribuible a la empresa. Tampoco lo es el equilibrio entre gastos y frutos, ni el eventual «rescate» del potencial económico perdido, ni el riesgo telúrico de la «vis divina», (sujeto en la vida empresarial al cálculo y previsibilidad).

La capitalización de la empresa, el abandono de la empresa, la gestión de empresa, no se corresponden con los atributos del dominio. Ciertamente es que la «cosificación» de la empresa está más cerca de las cosas «corporales», que también reclaman un «modo de ser» distinto de la propiedad sobre ellas. Pero la propiedad comercial, propiedad industrial o intelectual, el fondo de comercio, son el «contexto» de la propiedad de empresa, pues en ese contexto se desarrollan las «actividades», (mejor que «facultades») de la propiedad de empresa. De ahí también los derechos típicos de empresa, como el «derecho de información», que sigue las sucesivas etapas de

cada contrato de empresa: formación, conclusión, ejecución.

6.3. Asimismo, el carácter excluyente de la propiedad, en cuanto que derecho real «erga omnes», provisto de la acción reivindicatoria como medio de tutela específico (art. 349 del C.C.), no tiene en la empresa el mismo sentido.

«Tercero», en relación a la empresa, es otra empresa (que puede dar lugar a competencia desleal) o el destinatario de los productos y servicios, el consumidor, cuyos intereses se tutelan con acciones no «reales». De otra parte, el dinero, canal de la actividad de empresa, no es reivindicable, la obligación pecuniaria (jurídicamente) siempre es posible: el dinero es absolutamente fungible.

0.3.1. Que la propiedad se ajuste a la naturaleza de las cosas admite dos significados, uno filosófico, otro económico.

6.3.3.1. En sentido filosófico, naturaleza indica la «esencia», determinante de] modo de ser de las cosas. Una cosa es, Por lo mismo que deja de ser, lo que se traduce en el lenguaje jurídico como «pérdida» o «destrucción», que es causa de extinción. Con ese enfoque filosófico cabe ampliar la gama de cosas cuya naturaleza no se basa en la identidad o identificación. cosas de género, cosas deteriorables,

consumibles, donde la naturaleza se ordena a su «destino económico».

6.3.1.2. A ese destino económico alude el Código Civil con el elástico término: «susceptibles de apropiación» que, en definitiva, indica la posibilidad de incorporarse a un patrimonio como núcleo de garantía y responsabilidad. ¿En qué medida la empresa se «incorpora» a un patrimonio o «es» un patrimonio? La cuestión no es baladí, si se tiene en cuenta que cada patrimonio atrae hacia sí la responsabilidad (art. 1.911 del C.C.). Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

6.3.3. A afrontar esta cuestión se dirigen las siguientes tendencias:

6.3.3.1. Personificar la empresa, con el fin de fundamentar la responsabilidad patrimonial. Pero la empresa tiene «personalidad contable», no «jurídica».

«A sensu contratio», el socio que aporta una finca a la base económica de la empresa y desplaza al ente social el dominio, no responde con ella por deudas propias. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1984 rechaza la tercería de dominio respecto de finca aportada a la sociedad anónima, pese a

no estar inscrita en el Registro Mercantil, (la sentencia concede relevancia a la sociedad no inscrita frente a terceros).

6.3.3.2. Considerar la empresa como patrimonio separado, tendencia restrictiva de la responsabilidad patrimonial: limitar la responsabilidad patrimonial a la aportación patrimonial a la empresa.

6.3.3.3. Promover el seguro de insolvencia, típico contrato de empresa.

6.4. Podría pensarse que la noción de responsabilidad es separable de la de patrimonio. Pero ha de considerarse que el «rescate» por el Derecho de la noción de persona parte de esa noción. Que la persona «responda» con sus bienes es una conquista histórica, significa una consagración del postulado moderno en cuya virtud el hombre no está sometido al poder de los acreedores.

En esa idea se funda también la diferencia en orden a las «crisis económicas» entre el «propietario» y el «comerciante». Cabría decir que la propiedad no quiebra, la empresa sí. Por eso el propietario abandona la propiedad por sus «cargas». Del empresario por su parte es la «responsabilidad» inherente al ejercicio de la actividad de empresa», por ser él centro de imputación de la responsabilidad.

VII. PROPIEDAD Y LIBERTAD

El «señorío» sobre las cosas es expresión de libertad. Esta expresión de libertad se proyecta en la doble vertiente personal y real.

En la vertiente personal, porque el poder de dominación es excluyente de otro contradictorio sobre la cosa. El derecho de propiedad es el más completo, porque por encima de él no hay ningún otro derecho real, por eso se llaman éstos derivados o limitados, ya que los derechos reales derivados requieren de la voluntad del dueño, título constitutivo y acto causal antecedente. El propietario puede disponer según su voluntad, libremente, de la cosa entera o de sus utilidades parciales (uso, disfrute, disposición).

En la vertiente real, porque la noción de propiedad supone cosas disponibles. La disposición es facultad primaria, y la libre disposición presupuesto para constituir gravámenes sobre la cosa.

7.1. Cuando la propiedad no recae sobre cosas corporales, como en el caso de la propiedad industrial, no se funda en cualidades inherentes a la cosa misma, sino externas a ella, como la novedad.

El principio «prior tempore potior iure» da prioridad a la innovación: la antigüedad de la marca tiene reflejo registral y la imagen comercial, la comercialización del producto, permite de hecho la picaresca entre el mundo de los inventores y la garantía jurídica frente al plagio, la apropiación indebida del prestigio de otro, del producto de otra idea.

7.1.1. Una patente sin comercialización no deja de ser «papel mojado». Por tanto, la comercialización viene a ser «conditio facti» del ejercicio de derechos por el legítimo propietario. Es éste uno de los supuestos en que la empresa prima sobre la propiedad. Los intereses de las grandes compañías pueden cerrar el camino a la comercialización. ¿No es entonces la libertad de la propiedad un sueño dorado? Cuando entran en conflicto Economía y Derecho, la imposibilidad de competir viene a negar el uso del derecho legítimamente adquirido. La patente requiere un reconocimiento jurídico, otro reconocimiento social (publicidad) y otro económico (acceso al mercado).

7.2. Las relaciones propietario-cosa abarcan todas sus energías: su virtual potencial económico. De ahí se siguen no pocas consecuencias prácticas, entre otras:

7.2.1. La problemática de la propiedad des-cansa, más que en la concurrencia o competencia, en la exclusión, la defensa de lo que legítimamente le pertenece frente a otro que le amenaza, que invade los límites, que retiene contra su voluntad.

7.2.2. El «abuso de la propiedad», por ser señorío virtualmente pleno, no se basa en la excesiva utilización de la cosa, ni siquiera en su destrucción, si su uso o destino consiste en el «abutere» (para las cosas consumibles), sino en la intención de dañar.

7.2.3. Esa libertad se afirma también frente a los «non possidentes», a lo que se deben indudables desequilibrios, desigualdades y conflictos. Pero no es libertad de concurrencia, sino de exclusión. El poder legítimo del propietario no es compartible, aunque admita por «tolerancia» la «missio in alienum», la utilidad marginal de las cosas, basándose precisamente en el «beneficio», no atribuido por un título, pero tomado «sin perjuicio» (ius usum innocui).

7.3 La generalización de esas utilidades marginales plantea otros problemas ajenos a la propiedad, pero no a su fundamento. En efecto, el nivel de «tolerancia» se amplía según se prodigue el designio social de la propiedad y, en la misma medida, se recorta la

exclusión del lado pasivo. Si la exclusión se cerca o delimita, el poder de dominación también se constriñe. Por eso suele decirse que la propiedad nace limitada, que los límites configuran el contenido «normal» de la propiedad: es la función social.

La función social de la propiedad, dice Fuenmayor, consiste en el ejercicio responsable de los derechos inherentes.

7.4. Ahora bien, ¿son atribuibles esas notas al «derecho a la empresa» como bien inmaterial?

7.4.1. Abuso de propiedad

Si se entiende que la propiedad «es» una función social (Duguit), y no sólo que cumple una función social, la propiedad pierde su carácter institucional para adquirir un carácter «institucional» distinto, de cariz publicista. Una concepción «totalitarista» de la sociedad influye en este modo de entender la propiedad. Si la propiedad cumple una función social, cabe hablar de «incumplimiento» de esa función, lo que equivale a su ejercicio «irresponsable».

Esta segunda interpretación, más razonable, conlleva el previo análisis del ejercicio racional de los derechos.

En ese sentido, cabe ejercicio abusivo del derecho de propiedad, que comprende el ejercicio «irracional o absurdo» según la conciencia social. Pero supeditar a la «conciencia social» la racionalidad tiene el riesgo de la arbitrariedad, al ceder su valoración al «arbitrio de tercero», ya sea el Juez –arbitrio judicial– ya sea el poder político. Parece más razonable «meter» la norma en la normalidad que hacer de la normalidad norma, por más que en ningún caso son confundibles arbitrio (que es juicio prudencial) y arbitrariedad.

7.4.4.1. Una forma de abuso negativo es la desidia, negligencia o abandono. ¿Se justifica con ello la pérdida de la propiedad, la subrogación real, es decir, convertir el derecho real en un derecho de crédito por el equivalente? En esta cuestión se funda el permanente tema de la expropiación que, bien entendida, supone el reconocimiento y el respeto a la propiedad (justiprecio), como la dación en pago o la cesión de bienes a los acreedores presume el crédito.

En una sentencia del Tribunal Supremo (sala 3ª bien conocida por ser recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios Fabricantes Expendedores de Pan de Madrid, se hace hincapié en que el derecho de propiedad privada ha de cumplir una función social. Es esa

función la que legitima una fiscalización o actos de poder -«potestad coordinadora»-, intervención administrativa, ya delimitadora ya mutiladora, pero sólo ésta última supone indemnización compensatoria.

7.4.2. Exclusión y concurrencia

La concepción clásica de la propiedad se orienta, como se ha expuesto, en torno al correlativo deber de exclusión («erga omnes»). Pero si la cosa es susceptible de diversos aprovechamientos, nada obsta a la existencia de derechos de propiedad concurrentes o yuxtapuestos (vg. un derecho del suelo, sobre el vuelo: y los aprovechamientos compatibles de una finca, pastos, rastrojeras, caza, etc., así como actividades de empresa, sociedad de caza, y el arrendatario de la caza que no lo es de la finca, sino de la explotación estricta de la caza (S. 3-10-1.979).).

De nuevo la racionalidad de la explotación económica admite modalidades de la propiedad (someter las propiedades concurrentes a los límites de la concurrencia, en último término, en las relaciones de vecindad), ¿Pero en qué medida es exigible al propietario de la cosa principal conceder a otro la propiedad de alguno de esos aprovechamientos?, ¿la expropiación parcial no será una violación, por más que lo sea también parcial, de la propiedad?...

Por el contrario, en la empresa, un poder de exclusión, de ser absoluto, contradice la libre competencia. Así, por ejemplo las cláusulas de exclusiva sin determinación de tiempo y lugar son inaceptables. Luego también en este punto empresa y propiedad parecen conceptos irreductibles.

7.4.2. 1. Se ha dicho -no sin ironía- que el propietario de una cosa puede hacer en ella todas las mejoras que aumenten el valor de la misma, aunque un mejoramiento excesivo le arruine. Asimismo, puede el propietario extraer de aquella todas las utilidades de que sea susceptible pero, naturalmente, sin perjuicio de otros derechos recayentes sobre la misma.

7.4.2.1.1. Pero el exceso y el abuso tienen en la empresa connotaciones distintas, precisamente porque el derecho de empresa se afirma respecto «del otro»: la concurrencia, la clientela, el consumidor, etc.

El fundamento del exceso no se encuentra en la voluntad deliberada de perjudicar, sino en el hecho mismo de la concentración, de la discriminación. Puede haber discriminación abusiva aunque la empresa no lleve la posición dominante del mercado, basta con ser opuesto al interés general para que el comportamiento

sea ilícito. Son, entonces, conceptos distintos el de discriminación ilícita y posición dominante.

Precisamente se discute acerca de si el empobrecimiento o enriquecimiento sigue en la empresa las reglas generales del enriquecimiento sin causa. Si una empresa se empobrece por la mala gestión del empresario, ¿puede éste ejercitar acción de daños contra la que se enriquece a su costa? Como solución al problema se ha dicho que el error del empresario aprovecha de modo inexorable a la competencia y, por tanto, redundará en beneficio de la empresa que compete con ella.

VIII. DERECHO Y ECONOMIA

Derecho y Economía tienen, por tanto, diferente campo de observación, de método, de técnica e, incluso, de lenguaje. La distinción jurídica entre bienes corporales e incorporeales no coincide con la distinción económica de bienes de producción y de consumo. Pero, sobre todo, el Derecho privado, ha albergado en la historia al Derecho económico, concentrado en principios patrimonialistas con funciones diferentes a las que ahora definen el orden constitucional económico.

No resulta extraño, por tanto, que ahora se insista en la separación, dada la toma de conciencia de sus respectivos órdenes propios.

Mas es lo cierto que todavía hoy se atiende, como a algo inherente a las instituciones jurídicas, al lado económico, sobre todo en el Derecho privado patrimonial, donde los juristas, con pretensiones de realismo, aluden a la vertiente «económica» de la propiedad, al contenido «económico» del contrato, al régimen «económico» del matrimonio, al concepto «económico» de dinero, etc.

8.1. La empresa es punto de convergencia entre Economía y Derecho. Al incorporar el concepto de empresa tanto al Derecho civil como al mercantil, puede parecer más urgente la acomodación del Derecho privado a esa nueva realidad económica.

Pero dicha «acomodación» plantea uno de los problemas más serios de nuestra época.

En efecto, por «acomodación» puede entenderse:

8.1.1. La creación de un «Derecho económico» de sesgo distinto a la actual contraposición entre Derecho público y privado, más aún, con pretensión de superarla. Se trata, por tanto, de establecer los presupuestos, fundamentación, líneas orientadoras de este nuevo

Derecho, La privatización de la S.A. se produce en la Revolución francesa, y la actual socialización -como fenómeno económico- no es una vuelta al antiguo régimen.

8.1.2. El replanteamiento del Derecho privado tradicional, cuyas categorías lógicas y su misma fundamentación no marcan la hora de nuestro tiempo.

En esta línea se mueve la llamada publicación del Derecho privado o privatización del Derecho público.

8.1.3. Supeditar el Derecho privado a los hechos económicos (o sea el Derecho de la economía). Es esta la orientación del análisis económico del Derecho.

8.2. La primera de las pretensiones señaladas, apunta con vigor el problema de no confundir las leyes económicas con el Derecho, que es una ciencia normativa, un orden que busca la justicia, y no sólo alguna de sus expresiones, como puede serlo la prosperidad, economía del bienestar. Parece más lógica una economía del «bien hacer» que del «bien estar».

La segunda resalta la necesidad de una nueva reflexión sobre la justicia conmutativa y distributiva, introducir, en expresión del profesor José M. de la Cuesta, valores de justicia

en la realidad social, instancia legitimadora del poder de decisión y gestión y del ejercicio de derechos de empresa.

La tercera presenta indudables ventajas en el análisis de los hechos económicos con relevancia jurídica, pero es insuficiente como fundamento. También son monte los árboles caídos o tronchados, que conservan el valor jurídico, aunque se reduce el valor económico (art. 484 del Código Civil). De no ser económicamente rentable la «reposición», el «cultivo» queda a merced del «cálculo».

IX. SI ES TRASLADABLE LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD A LA EMPRESA

Son posibles dos concepciones de la empresa, según que ésta se considere como conjunto de cosas destinadas a un fin -concepción patrimonialista-, o como un equipo o comunidad de personas -concepción personalista o humanista.

9.1. En la primera, las relaciones reales o poderes de dominación explican la trama de los derechos en los elementos materiales e incorporeales de la empresa: propiedad comercial, marca, propiedad del terreno o ins-

talaciones, maquinaria, etc. Como unidad económica, la empresa es fuente de beneficios para el propietario; el resultado del trabajo como «acesión» se incorpora a lo principal: el capital.

9.2. En la segunda, destacan las relaciones de crédito o personales; los contratos, la contratación de servicios, el crédito del trabajo, la clientela. El trabajo humano es animador de la empresa, y lo propio del hombre de empresa es renovar la clientela, a la vez destinataria de los resultados y bien susceptible de valoración económica (bien colectivo). En esta versión humanista, la empresa no presupone cosas o valores, sino que los crea. La estabilidad del trabajo y la estabilidad de la clientela es su aspiración permanente; continuidad y estabilidad garantizan la circulación de mercaderías y de trabajo. El mercado de trabajo es uno de los puntos sometidos al debate sobre las ventajas de la empresa pública o de la privada.

9.3. No hay una concepción unitaria de la Empresa, como tampoco puede haberla de la propiedad, salvo en el plano de las categorías abstractas.

9.3.1. Entre esas concepciones figura la de *empresa-institución*, que la entiende como «realidad social», de difícil comprensión en la vida jurídica. Como la propiedad «cumple»

una función social, pero no «es» una realidad social, la Empresa cumple una evidente función social y a ella es inherente la responsabilidad de su ejercicio, en que consiste también la función social de la propiedad.

9.3.2. Una concepción más aproximada a la vida jurídica es la que considera la Empresa como propiedad: la Empresa como propiedad del dador de servicios, de aquél a que pertenece, y a cuyo arbitrio queda el destino económico.

9.4. Pero esta concepción de la Empresa como propiedad no responde a las características del dominio, y permite el abuso por su consideración individualista.

En la Empresa, como en todo Derecho, intervienen los dos planos relativos a la materia: cómo conocerla y cómo se trata. El «trato de la materia» no queda concentrado en un solo ámbito, de ahí que la unidad con que racionalmente es concebible no corresponde a la unidad de trato. La disciplina de la Empresa corresponde al Derecho Civil, al Derecho Mercantil, al Derecho Laboral, al Derecho Administrativo, por lo que es difícil realizar la unidad de interpretación.

Sí será posible una interpretación sistemática global, teniendo en cuenta las diversas

ramas que entran en su consideración, en su interacción. Más aún, soluciones de Derecho Laboral son primariamente fecundantes de concepciones civiles, como el arrendamiento de servicios y la valoración jurídica del trabajo, de las relaciones familiares, de la transmisión de bienes.

No es cierto que el Derecho Civil y el Derecho social se realicen por técnicas diferentes y que no haya similitud entre ambas disciplinas. Sí es cierto que en Derecho Laboral se concede mayor importancia a los hechos, y así, mientras es «legítimo» el concubinato en Derecho social, permanece «ilícito» en Derecho Civil. Es que en la jerarquización de principios que armonizan las soluciones civiles prima el interés familiar y en Derecho Laboral el favor corresponde al trabajador.

X. LA UBICACION DE LA EMPRESA EN EL DERECHO PRIVADO

Si el Derecho privado ha sido reflejo de una concepción económica centrada en las cosas, y sus instrumentos jurídicos se adecuaron a esa concreta orientación, es natural que al introducirse el nuevo concepto de empresa se produzcan transformaciones.

Dicha incorporación es actualmente un hecho incontrovertible; de modo particular, en aquellas categorías jurídicas donde la vertiente económica es más propensa a una determinada orientación: por ejemplo, en los conceptos de «actos de administración y de disposición» y, en general, la clasificación de los actos jurídicos.

10.1. El acto jurídico de administración es económicamente un acto de conservación: acto urgente, necesario, de salvaguarda para prevenir la realización de un riesgo o evitar una pérdida eminente. Su diferencia con los actos de disposición estriba en que éstos son actos de mayor gravedad desde el punto de vista económico, ya que suponen la entrada y salida de bienes de un patrimonio a otro. La distinción, por tanto, con ser jurídica, responde a razones económicas. Hay actos de buena administración que, siéndolo económicamente, no lo son jurídicamente, en realidad, el acto de administración se mueve en el área de la «posibilidad», mientras que el de disposición es más propio de la «necesidad», donde la urgencia tiene más peso en la decisión.

La relatividad de la distinción afecta a la capacidad. La gestión de empresa conlleva actos de disposición. Piénsese en el depósito bancario de acciones o valores mobiliarios:

sería una mala gestión no realizarlos. De otra parte, una administración financiera está llena de riesgos, que llevan a que se evalúe por un sistema de riesgos financieros.

El ejercicio del derecho de voto por el tutor, la adquisición de títulos a nombre del menor, el derecho de suscripción preferente de acciones, que es buena operación si la sociedad es próspera y no si no lo es, son otros ejemplos de la relatividad de estos conceptos.

10.2. Mientras que «conservar» es nota inherente a la buena administración en clave de propiedad, no siempre lo es en la empresa. Así que aplicar esas categorías lógicas con designio de protección de gestión del patrimonio de los incapaces, impregna su significado de un amplio margen de indeterminación.

Esa misma incidencia se experimenta en los modelos (le conducta reservados antes a la propiedad, como el del buen padre de familia. La informática –inteligencia artificial– dota a las máquinas de comportamientos llamados «inteligentes» en una persona. Un sistema de información amplía la capacidad de un padre de familia, de otra parte el principio de conservación aplicado a la empresa conlleva el perjuicio o sacrificio de otros intereses como los créditos.

10.3. Pero estas apreciaciones denotan la riqueza de contenido de la orientación privatista, que la concepción publicista empobrece, como ocurre al traducir el binomio propiedad-función social en empresa-pública. En expresión tomada del profesor de Castro esto es convertir al campesino en funcionario, al profesional de la agricultura en titulado del servicio agrario.

XI. EL EMPRESARIO Y EL «BUEN PADRE DE FAMILIA»: ADMINISTRACION Y RIESGO

En la vieja imagen del «buen padre de familia», «buen administrador», no sólo se atiende al comportamiento «normal» del receptor de frutos. Ese término designa más bien un espíritu conservador: conservar la sustancia o naturaleza de las cosas que producen frutos.

De ahí que la entrada y salida de los bienes del patrimonio conlleve un equivalente: mantener el valor, y que la percepción de frutos por quien no es propietario garantice la restitución o liquidación, que revierta la cosa al dueño con la «virtualidad productiva» (las cosas con sus frutos, el precio con sus intereses). De ese modo, por su permanencia, los

bienes son la más estable garantía y el riesgo prácticamente se reduce a la pérdida fortuita («vis divina»).

11. 1. Puesto que el riesgo es factor inherente a la idea de empresa, supone otra lógica, y así la imputación y la liquidación de la empresa no se funda en el reintegro -cosas con frutos, precio con interés-, sino en la distribución de beneficio y pérdida. El modelo de conducta del propietario no se aviene, por tanto, al del empresario. Aquél se funda en el «tener», éste en el «hacer»: aquél administra bienes, éste sortea riesgo, actividad.

Al menos en hipótesis, es pensable una empresa sin bienes –no así una propiedad sin bienes– bastaría la organización y actividad, (vg. empresa de servicios): por tanto, tampoco la rentabilidad de empresa es rentabilidad de bienes. «A sensu contrario», el abuso del ejercicio de la actividad de empresa no se corresponde con el abuso de la propiedad, sino más bien con la llicitud de causa: ni el trabajo es «fruto», ni la «clientela» un accesorio, como pueda serlo la maquinaria de la explotación industrial.

En definitiva, ni el beneficio de empresa es fruto, ni la clientela «parte», y como tal «reintegrable». No obstante, admiten consideración objetiva: vg., contrato de cesión o traspaso de

clientela, métodos de evaluación de la clientela (estable o fiel, ocasional, civil, mercantil). También la clientela es sujeto y objeto. La pregunta es entonces, ¿a quién pertenece?

11.2. Pero no puede ser extraña al ideal de empresario la conservación de la empresa «según su naturaleza». Aun entendida la empresa como comunidad de trabajo, el amor al trabajo lleva consigo el deseo de la existencia de lo que se ama -expresión característica del amor-.

Es idea equivocada el enriquecimiento con el menor esfuerzo, aun «a costa» de la empresa, más aún simulando la empresa como objeto de sociedad para ocultar en la forma social la responsabilidad patrimonial del empresario (empresario oculto o sociedad de fachada); en suma, ejercicio clandestino de la actividad de empresa.

La conservación de la empresa, entendida conforme al espíritu de la propiedad, justificaría ese axioma desechable. Esto es así porque al paradigma del buen administrador en la propiedad no repugna atenerse a esa exigencia del menor esfuerzo: «percibir frutos». La solidaridad como exigencia de la empresa es expresión dinámica de la participación de todos. Por tanto, el beneficio de empresa con-

lleva la realización óptima de los bienes: personal, familiar, común.

11.3. El tiempo, como constitutivo de la actividad –duradera– de empresa, es uno de los factores que intervienen en la valoración del balance, que, conforme a la directiva del Consejo de la Comunidad europea (25 julio 1978), presenta estas características:

11.3.1. Ser objetivo, «neutral», en cuanto que es reflejo de las perspectivas de continuidad.

11.3.2. Tener claridad, con relación a la situación patrimonial y financiera.

11.3.3. Poseer continuidad.

11.3.4. Demostrar prudencia en la adecuación de los recursos a las operaciones.

11.3.5. Permitir comparación de uno a otro ejercicio, sin modificar la metodología de la cuantificación.

11.3.6. Manifestar competencia económica, precisión en los costos... (cfr. Riv. Societa, 1982, pág.

606). Esto es así porque el fomento de la mayor exactitud y transparencia en la regulación de balances es pauta fiscal (S. 28 de octubre 1983, Sala 3ª).

11.4. La exigencia de la conducta de] «buen padre de familia» se modula en la empresa según el título de pertenencia a la empresa y la correlativa función. También considerado en su vertiente personal o crediticia, el que presta servicio ha de acomodar su conducta a la del buen padre de familia. En esto se funda el carácter de «intuitu personae» propio de la «incorporación» a la empresa, no sólo en las sociedades personalistas. La relación entre socio y empresa, en una concepción capitalista permite que queden «al margen» el socio y ausente el trabajo asalariado.

11.5. Se ha dicho que la legislación napoleónica orienta el Derecho Civil de los bienes hacia el hombre que llamaba el «buen padre de familia». También el Derecho romano designaba con este término al propietario que se comportaba como un buen administrador: éste vivía normalmente de los frutos de sus bienes.

Es propio del buen padre de familia abstenerse de toda especulación. Para los hombres que querían correr la aventura de la especulación se promulgó el Código de Comercio. Comerciante era aquel cuya profesión tiene carácter especulativo: comprar y vender con beneficios. Mientras que el concepto de

«fruto» es base del Código Civil, el de «beneficio» lo es del Código de Comercio.

Este cuadro económico-social cambia con el paso de una economía de «percepción de frutos» a una economía «de producción». El instrumento de producción es la empresa, considerada ésta como unidad de producción moderna. Entonces, puesto que la influencia napoleónica es incuestionable en nuestros Códigos, tanto Civil como Mercantil, puede aplicarse a nuestro Derecho Privado esa apreciación.

Pero desde aquella legislación a nuestros días ha transcurrido un siglo, y aquel buen administrador no se limita ahora al «percibo» de frutos; antes bien, selecciona aquella propiedad en que las cargas no superen los beneficios de empresa; y renuncia a la propiedad para constituir o invertir en la empresa.

Así pues, entre las categorías lógico-jurídicas todavía vigentes, y la nueva contextura económica, existe en contraste el rincón de lo «atípico» o «innominado» en los diversos sectores del Derecho Civil, sobre todo en relación al aprovechamiento de los bienes y a las fuentes de las obligaciones, que abren brecha en la rigidez de sus cuadros conceptuales.

11.6. El concepto de propiedad reflejado en el Código Civil piensa, sobre todo, en cosas corporales. La misma noción de «elasticidad» del dominio se aplica a los cuerpos (la empresa) más bien que a los números, que no son elásticos (en ellos hay «serie», no «regreso», control, balance, cuenta. Estos se entienden mejor como factores legitimadores del poder empresarial que como atributos o facultades del mismo. La «ratio» o cuenta final es medida, y no norma: el gestor rinde cuentas de la gestión sometida a un poder o interés ajeno. La lógica descansa en el poder en interés de otro y encuentra en ese interés el límite, y no en un derecho subjetivo. De aquel interés el titular puede desviarse, de este poder abusar.

XII. EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA: LIBERTAD, NECESIDAD, CONTROL

De ordinario se clasifican las empresas según dimensión cuantitativa en «pequeña», «mediana» y «gran empresa». El profesor Motos puso de relieve que esta es una distinción basada en rasgos accidentales: ¿cuántos pelos se requieren para que alguien sea calificado de calvo?

Pero esta distinción recuerda todavía la histórica diferencia entre el pequeño comercio -«mercatura»-, como medio de vida, y la «negotiatio», actividad mercantil a gran escala, característica, en otras épocas, de los navieros, grandes mercaderes, auxiliares, pilotos de nave, etc. Dicha distinción tenía repercusiones en la capacidad o, mejor, respecto de las prohibiciones de ejercer el comercio (J. Orlandis, «La misión evangelizadora de los laicos en el mundo antiguo», Eunsa, n° 53, pág. 533).

Más interés despiertan ahora otras clasificaciones relacionadas con la disciplina aplicable, como las de empresa «pública» y «privada», empresa «familiar» o no. En cualquier caso, si la empresa merece la consideración de tal, el calificativo no altera el sustantivo, por lo que la empresa, si realmente lo es, sigue reglas comunes en el ejercicio de esa actividad.

La actividad de empresa guarda, por tanto, relación inescindible con los elementos integrantes de la noción de empresa.

12.1. La etimología más vulgarizada del término «empresa» coincide con el de «cosa productiva», entendida la expresión «cosa» como conjunto, unidad patrimonial. Así se dice que la empresa es susceptible, como bien productivo, de venta, de usufructo, de disposición «mortis-causa» (esto trae consigo el tema del

testamento del empresario), de embargo, etc. En este sentido, la empresa es noción analógica a la de propiedad, a la que se extienden las facultades inherentes: disfrute, disposición, consumo, o sea el objeto sobre el que se proyecta la titularidad.

La producción y circulación, actividades típicas de empresa, requieren organización y fin, y esto supone personas, por lo que la idea de empresa, como «comunidad de personas», sugiere su «personificación», y esto implica relaciones personales, prestación de servicios. No se trata tanto de una persona jurídica como de un titular, un centro de referencia. Así se dice que la empresa es centro de imputación de la responsabilidad del empresario, y el daño se atribuye a él (art. 1903 del C.C.); aunque en último término, la cobertura del daño es el seguro, y éste es un genuino «contrato de empresa» que asume el riesgo de la actividad empresarial.

12.2. En cualquier caso, las relaciones jurídicas patrimoniales, también las referidas a la empresa, tienen un lado jurídico y otro económico. Los términos propiedad, crédito, contrato, representan el lado jurídico, y los de disfrute -que puede ser en todas las direcciones-, cambio, traslado de valores patrimoniales,

crédito y garantía, están más cerca del lado económico.

Esa doble vertiente, jurídica y económica, es inseparable, como el «instrumento», lo es de su aplicación. Nada obsta a que uno y otro se rijan por reglas diferentes, (jurídicas y económicas), normas para regular los conflictos de intereses o leyes para medir e Impulsar la producción.

12.3. Las leyes económicas tienen como supuesto la necesidad: cubrir necesidades o crearlas: las reglas jurídicas se basan en la libertad. Precisamente por eso son complementarias, pero pueden también interferirse. El abuso de «posición dominante» de una empresa o de un grupo cumple acaso la ley económica de cubrir necesidades, pero irrumpe en la norma jurídica de no excluir la libertad jurídica de otras empresas en competencia leal. Dominar el área de la necesidad que está al alcance del «poder económico», excluiría el área de la libertad del «poder jurídico» en que se funda el equilibrio entre empresas.

12.3.1. La combinación de ambos supuestos, necesidad, y libertad, sitúa como punto de referencia la idea de control: control moral, control social, control administrativo, control judicial. De ahí que el término control ocupe

en nuestros días un lugar tan destacado. El control abarca la necesidad y la libertad. El control sin necesidad es inútil: sin libertad, abusivo.

De ahí la indeterminación del control, que, como el llamado orden público económico, sólo se entiende como límite y como impulso, es decir, como protector del área de la libertad, y defensa del débil, natural o jurídicamente - idea de límite-, y como expansión del acceso a la titularidad.

12.3.2. Una manifestación bien concreta es el Derecho del consumidor. Este es definido como aquel que adquiere bienes para satisfacer necesidades de la vida. Sin necesidad, por tanto, no hay consumidor, por ser aquélla su presupuesto, y sin libertad no hay acto jurídico, sino imposición de los hechos.

12.4. Asociado a la empresa, el consumidor se enrola en la clientela. Sin clientela no hay empresa. Así que la clientela es factor económico, un bien con contenido económico: pero el cliente es persona, y por tanto, desde el punto de vista jurídico, el destinatario de la organización y actividad de empresa. La captación fraudulenta de clientes puede no contradecir las leyes económicas, pero sí la protección, que, como limite, es porqué del control.

12.5. En el sistema propiciado en los Códigos, el control se deja a merced de las leyes económicas- la ley de oferta y demanda, el «laissez faire». Paralelamente, entre los límites de la libertad contractual, (arts. 1.255 y 1.258 del Código Civil) figuran -control judicial- la ley, la moral, el orden público, pero no las leyes económicas. En una economía de cambio las leyes económicas son la corriente natural que impulsa el Derecho: como la corriente es al canal. Lo que no es previsible es su negación.

Pero en una economía de crédito, de consumo, el hecho económico es capaz de «reemplazar» a la norma. De este modo, la promoción de necesidades, incluso fictas, para el relanzamiento empresarial de medios con que cubrir las, acapararía la libertad: el llamado «orden público económico» no debe reemplazar el orden público contractual» como instancia legitimadora, como canal de justicia hacia la realidad social.

Así se explica la importancia actual de contrastar los mecanismos técnicos de control.

12.6. Se siente la urgencia de delimitar la Economía del Derecho. Pero esta tarea excede unilateralmente a economistas y juristas, por más que compromete a unos y a otros, debido

a que el método, la valoración, el lenguaje difieren.

Con mayor motivo les excede cuando simultáneamente coexisten dos tendencias, llamadas codificadora y descodificadora: la una más vertida en la «sistematización», la otra, en la «racionalización». Estas tendencias afectan a la materia civil y mercantil. La materia es una: la disciplina varía.

Mientras que la noción económica de empresa es inherente al estudio de la economía, la de «titularidad» de empresa no es propia de la economía. Si la producción y circulación de los bienes es materia económica, la de contrato «de» empresa o «sobre» empresa entra de lleno en el Derecho de obligaciones. Si el hecho económico se sujeta a leyes matemáticas, la responsabilidad de empresa rebasa ese área, por más que el «quantum» se ajuste a la ley de la probabilidad.

Los términos «control» y «orden público económico», que parecen ser la voz actual del Derecho patrimonial, requieren en efecto una relectura. Relectura que ha de hacerse a partir de cada disciplina, que, si bien es diversa, no debe hacerse de espaldas a la materia, que es común: menos todavía haciendo de una de las disciplinas el escenario de lo común, lo que

supondría la arbitraria sustitución de la materia por la disciplina.

12.7. De esta manera, creemos, ha de entenderse el término, tan generalizado, «adecuación»: se insiste en la necesidad de adecuar el Derecho a la realidad económica actual, pero también esa «necesidad» ha de adecuarse con la libertad, que es el supuesto de todo Derecho, el cual «hominum causa constitutum est». Es más urgente confrontar lo que se presenta como «actual» con lo actual, que confrontar con lo actual –*ius novum*– el Derecho antiguo, el cual supone un entorno económico en que las propias leyes de la economía se sujetan a la libertad, y tiende más a distribuir los bienes existentes que a cubrir necesidades actuales con bienes futuros en continua superación, esto, con pérdida de valor o de vigencia de los anteriores. Esta pérdida es inherente a los procesos económicos de producción, comercialización y distribución.

XIII. LA EMPRESA EN CUANTO COMUNIDAD DE PERSONAS

El término «comunidad» admite diversas acepciones. En el lenguaje jurídico se entiende por comunidad cualquier forma o modalidad de cotitularidad: mancomunidad, solidaridad,

comunidad de bienes que abarca la sociedad irregular, empresa sin personalidad jurídica. Pero, ¿puede configurarse la empresa como una modalidad de cotitularidad?; ¿lo es un grupo de empresas?

13. 1. Indudablemente, la expresión «comunidad de personas» es más amplia que su etimología jurídica. Pero dicha expresión no carece de correspondencia jurídica. Sucede, no obstante, que el régimen jurídico de cualquier cotitularidad se ajusta a la naturaleza del objeto sobre el que recae: en nuestro caso, se ciñe a la empresa, y a los factores de lugar y tiempo que denotan la idea de «objeto de circulación».

En una etapa orientada a la producción y al consumo, la circulación de los bienes adquiere nuevo significado.

13.1.1. Una primera consecuencia es la mayor valoración jurídica que adquieren los bienes «más aptos» para la circulación: cosas consumibles, tanto material (mercancías) cuanto jurídicamente (dinero). La circulación acelera el proceso de cambio. El factor «tiempo» prima sobre el «lugar», que en los Códigos de los «bienes» marcaba la línea más importante de la clasificación de muebles e inmuebles: «se reputan bienes muebles -art. 335 del C.C.- los susceptibles de apropiación no

comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos». Con la idea de «circulación», los bienes muebles corporales o incorporales, minerales, signos o marcas de fábrica, marcas industriales, etc., añaden a su consideración de objeto el valor comercial de cada operación económica y el valor contable de esa aportación. Circulación y traslado no coinciden: el traslado lo es de las mercancías transportadas y la circulación, a su vez lo es del título de tradición, carta de porta al portador, etc.

13.1.2. Una segunda consecuencia es la expansión en el Código de Comercio, de los bienes muebles: mercaderías, dinero, dinero fiduciario, títulos, como «moneda del comerciante».

13.1.3. Finalmente, el progresivo surgir de nuevas «categorías» de derechos sobre bienes inmateriales, como el derecho de autor, aumenta la gama de nuevos contratos de experiencia técnica, como el de saber hacer («Know-how»).

En último término, la dicotomía clásica entre bienes «muebles» e «inmuebles», que comprendía los bienes «objeto de apropiación» - art. 333 del C.C.-, tiende a ser sustituida por la

de «productos y servicios», por ser estos bienes más asequibles a la circulación. Así que el objeto de apropiación» (bienes muebles e inmuebles) es desplazado por el «objeto de circulación» (bienes de producción y de consumo).

13.2. La comunidad de personas, aplicada a la empresa, añade las condiciones de trabajo: cualidades personales, derechos de la personalidad, desempeño de servicios adecuada a la modalidad de participación. A ello contribuye la tendencia a la *responsabilidad objetiva de la empresa*, que es expresión de esa peculiar comunidad de riesgos y de expectativas o beneficios. La relación de dependencia del art. 1903 C.C. se interpreta de forma progresiva (S. 11 de Diciembre 1984) para que el empresario asuma directamente el perjuicio indemnizable a tercero.

XIV. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA EMPRESA: LA CLIENTELA

Si la empresa es unión de personas, por «naturaleza» de la empresa habrá de entenderse el «modo de la unión», aquello por lo que una empresa es lo que es, y un todo.

Por consiguiente, la relación entre la empresa y sus elementos será la del todo y la parte: la actividad no hace a la empresa, sino que la empresa es actividad. La naturaleza de la empresa es la forma, el objeto social, aquello que le presta individualidad y permite distinguirla de otras. Puesto que la naturaleza es «principio de operaciones», la empresa es, ante todo, *actividad*.

14.1. Según esto, el lucro es un elemento accidental, y como tal su ausencia no se opone a la idea de empresa: pero tampoco supone que ésta no tenga ánimo de lucro. Con todo, introducir este elemento accidental como esencial restringe el principio de libertad de empresa.

En España es frecuente considerar el beneficio económico -partir ganancias- como integrante de la empresa, porque se identifica empresa con sociedad en la cual el «ánimo de partir ganancia» parece introducir el elemento económico como integrante del concepto jurídico.

14.2. Ahora bien, ¿es la clientela elemento de la empresa? ¿Es elemento patrimonial?

Para algunos autores, como Garrigues, la clientela es «elemento de hecho». Pero, proba-

blemente, hoy es algo más: la clientela define la empresa.

Sin duda, es elemento de hecho el número de personas que integran la clientela. ¿Basta un cliente? Acaso sí, cuando este cliente único aglutina la empresa principal (ej. sociedad que acuerda con otra el suministro con cláusula de exclusiva).

¿Puede transmitirse la clientela sin transmitir la empresa?, ¿es «parte integrante»? ¿es un bien mueble incorporal? Se advierte la importancia práctica de estas cuestiones, pero también que en ellas late la antigua distinción entre «partes» integrantes y pertenencias, característica de los inmuebles. La clientela no es elemento de empresa, sino resultado final. Su consideración como bien sirve para fundamentar el eventual perjuicio que representa a la empresa ver captada ilícitamente su clientela.

¿Es la clientela objeto de contrato? ¿Qué tipo de contratos son los contratos de transferencia de la clientela? La clientela figura como elemento necesario -no suficiente- de la empresa. Por lo tanto, sin clientela no hay empresa, y la transmisión de la clientela supone la de la empresa, sobre todo la clientela civil, clientela llamada «fiel» o no ocasional.

14.3. La clientela se califica entonces como bien y en ese concepto se tutela por el Derecho. Así:

- La despersonalización de la clientela es transmisible (contratos de transferencia de clientela), sin embargo ésta nunca es completa.
- Se protege como un bien mediante las normas de concurrencia.

14.4. Pero tampoco es aplicable a la clientela el concepto de propiedad o de dominio, aunque se adapte al de «propiedad comercial». El «propietario» de la empresa no lo es de la clientela, aunque sea ésta un bien necesario: no es la clientela para el comerciante, sino el comerciante para la clientela: al exportar la marca, la empresa sirve a la clientela, porque cliente es el conjunto de personas que solicitan servicios.

Como otros conceptos, entre ellos el de fondo de comercio, se dirige a explicar el modo de agrupar los bienes necesarios a una explotación para su configuración autónoma.

XV. LOS FACTORES DE LUGAR Y TIEMPO

La propensión a advertir en la empresa un «substratum» real se explica en las conse-

cuencias. Los bienes inmuebles, que son los de mayor valor en el Código Civil, concitan ciertas exigencias, que es preciso contrastar con la empresa:

1) La situación de los inmuebles es determinante de la localización territorial. A esa situación se acomodan la jurisdicción (capacidad procesal) y las reglas de policía de Derecho imperativo. ¿Es aplicable a la empresa esa «localización» territorial? No parece que haya de serlo, si se la entiende como comunidad de personas. La distinción es importante en caso de conflicto de leyes, como punto de conexión (principio «lex rei sitae»).

2) En los actos relativos a inmuebles es más fácil la prueba, por su tendencial constatación escrita y la publicidad registraL ¿En qué medida es posible la constatación de la forma pública y la publicidad de la empresa? Es posible si la empresa adopta forma de sociedad, pero referido a la persona jurídica, o sea el titular, no a la empresa como tal.

3) En cuanto al tiempo, los inmuebles están sujetos a una estabilidad mayor que los muebles, que se traduce en el ejercicio de los derechos (prescripción). Ahora bien ¿admite prescripción el ejercicio de los derechos y deberes de empresario?, ¿puede adquirirse por usucapión una empresa «abandonada»,

por su legítimo propietario? Sólo nos queda, por el momento, dejar la pregunta planteada.

XVI. EMPRESA Y EXPLOTACION

En su concepto económico, la empresa suele entenderse como el instrumento de producción y circulación de bienes y servicios. En esa idea de empresa poco importa el concepto de «apropiación».

El Código Civil, con anterioridad a las últimas reformas, formulaba la idea de explotación como algo distinto a las de propiedad y disfrute. Dicha idea puede ser el origen del concepto de empresa. Pero la explotación se mantenía en el marco de la propiedad: hasta las «necesidades de la explotación» y el «destino» impuesto por el propietario, son determinantes de la misma calificación como un bien mueble o inmueble. Y así los «aparatos y utensilios destinados a contener y medir gasolina y grasa, muebles por naturaleza, son inmuebles por destino, por hallarse destinados por el propietario a satisfacer las necesidades de la explotación que se establece en el edificio» (S. 23-3-1946).

16.1. La idea de «empresa» recogida en el Código Civil alude, sobre todo, a los «bienes» que la integran, al establecimiento, mercantil,

industrial, agrícola y por tanto, a la «extensión» del poder u objeto de apropiación. Esto es, se mantiene el concepto estático de bien, frente al concepto dinámico de empresa.

16.2. Ahora bien, el Tribunal Supremo (S. 12 julio 1983, R. 4217) considera que un buque es establecimiento mercantil en cuanto complejo vivo y dinámico de todos los elementos organizados para una explotación autónoma.

En efecto, la organización determina las notas del establecimiento, ya que el orden:

- a) convierte en uno lo que es múltiple y complejo.
- b) es principio de unidad,
- c) confiere una referencia total al fin que imprime dinamismo y estabilidad al conjunto.

El buque está sometido a la aventura del mar.

El riesgo y ventura están fuera y en esa medida influyen en la explotación económica: el feliz arribo a puerto siempre añade al contrato, venta, transporte, etc., un matiz aleatorio. En el comercio de tierra el puerto de destino es el mercado.

16.3. Al incorporarse al Código Civil, en las sucesivas reformas, el «concepto dinámico» de

empresa, cambia esa lógica (arts. 323, 324, 1.406, 1.442). Entre otras razones, porque la más reciente noción de empresa incorpora el elemento trabajo. A la hora de redactar el Código se reprochó -Bosch- al «legislador que en la regulación de la posesión, había omitido el «trabajo». A tal omisión no le faltaba una razón lógica, porque el trabajo -que indudablemente es un bien- no es objeto de «apropiación».

El trabajo amplía la capacidad natural y extiende el área de la legitimación. La aptitud para prestar servicios es más dilatada que la capacidad de obrar para la disposición de bienes, lo que explica las nuevas tendencias en puntos destacados del Derecho Civil: contratos, eficacia, prescripción, etc.

En la empresa sí puede significar un concepto posesorio la permanencia en ella de una persona con intención de trabajar, al menos como forma «atípica» de «negotiorum gestio» (relaciones contractuales de hecho por prestación de servicios, etc.).

XVII. PROPIEDAD Y EMPRESA

Uno de los preceptos más expresivos de esta transformación o tránsito de la propiedad a la empresa es el artículo 350 del Código Civil.

Conforme a lo preceptuado en dicho artículo, «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y explotaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía»

Este precepto es residuo de una determinada concepción del derecho de propiedad, comprendida en el tenor literal del art. 348 del C.C.: «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». Este enfoque responde no sólo a un concepto histórico de propiedad, sino también a una idea de geografía «plana», por lo que la «superficie» y el «subsuelo» son «extensión». Se trata de un concepto geométrico de «espacio» más que económico.

17.1. En la economía moderna la empresa multiplica el aprovechamiento del «terreno» y, así, la empresa urbanística y la empresa rural abarcan la superficie, la sobreelevación, y la empresa minera, de aguas, el subsuelo. De ahí que en un sólo precepto inciden cuatro «ordenamientos» (Ley del suelo, Ley de aguas, Ley

de minas, Ley de montes). Pero en ellos ¿el concepto abaricante de propiedad cambia de signo? El concepto natural de terreno asume distinto valor jurídico y económico según sea la ordenación donde plan, norma y explotación se unifican en un cuadro sistemático.

Pese a todo, este precepto no deroga el art. 348, porque son aplicables los principios inspiradores del derecho de propiedad (explotación racional, aprovechamiento conforme al título etc.).

17.2 Un desvío más claro se produce con relación a la acción, a la tutela. El dinero no es reivindicable, por lo que una economía dineraria se ha de basar en otras medidas de tutela distintas de la «apropiación», que incluye como centro de referencia la propiedad de las «cosas».

17.3. Por otra parte, la ocupación del espacio al multiplicar posibles aprovechamientos amplía también el «acceso a la titularidad», haciendo posible la concurrencia de titulares distintos, dominio compartido y derechos yuxtapuestos sobre una misma finca (S.S. 22-1-1.953; 10-12-1.962). Estas «modalidades» se consideran «relaciones jurídicas innominadas», cuya disciplina se toma a partir de principios inspiradores de instituciones típicas, estirando el molde de la propiedad

«por razón de su elasticidad o diferente amplitud de las facultades de uso, disfrute, disposición que puede revestir el dominio».

17.4. Sobre la diferencia entre empresa y bienes, con motivo de una concesión de explotación minera, citamos el pronunciamiento S. 21-III-1987, R. 1713.

La referida sentencia recoge la expresión «abandono posesorio» respecto de unas pertenencias mineras (abandono «palmario, ostensible»).

17.5. Finalmente, no es aplicable a la empresa el concepto de administración, los «beneficios» no son los frutos, porque no derivan de los bienes, sino de la actividad, del trabajo. El cuadro económico y social es diferente. Ni siquiera los dividendos de las acciones son «frutos» de la acción, pese a existir el «usufructo de acciones» (art. 41 de la L.S.A.).

XVIII. VALORACION: UBICACION SISTEMATICA DE LA EMPRESA

En la clásica división civil-mercantil del Derecho patrimonial, se toma en consideración el carácter de los «actos» en relación a los «bienes».

El Derecho Mercantil es *Derecho Especial*, tanto por razón del sujeto (comerciante) y del objeto (mercaderías, efectos mercantiles), como por la actividad (actos de comercio). El Derecho Civil, como *Derecho Común*, general, presta al Mercantil las nociones fundamentales. Esta sistematización es de una lógica impecable.

En un primer momento, al no ser la noción de empresa concepto elaborado por los civilistas, sino por los mercantilistas, ésta se ubica en este sector del Derecho privado más cercano a la vida económica, que se considera el «Derecho general de la empresa». Pero también, como disciplina distinta, el Derecho del trabajo o Laboral, es el signo protector del trabajador frente a la propiedad de empresa,

18.1. El término empresa como sustantivo es aplicable tanto a la empresa pública como a la privada, con lo que a la alteración de las categorías lógicas del Derecho Privado se añade la mayor intervención administrativa.

Cierto es que el sustantivo empresa contiene energía suficiente para la privatización de lo público), puesto que el calificativo no da la razón del sustantivo. Así, la empresa, si realmente lo es, ha de ser idéntica a sí misma, ya sea pública o privada. Con todo, no hay un

Derecho laboral administrativo (por la estabilidad del empleo).

Pero, en rigor, concebida la empresa como «comunidad de trabajo», es pensable que sea precisamente el *trabajo* el factor aglutinante, no los bienes, materiales o inmateriales, sean éstos públicos o privados. De este modo, la misma noción básica de propiedad deja de ser el parámetro principal de referencia.

En los Códigos, la propiedad en régimen de comunidad o cotitularidad se entendía como situación económicamente desventajosa y fuente de conflictos, y, en esta medida, temporal y ocasional. En cambio, aplicada a la empresa, la comunidad de trabajo es permanente. Por la misma razón, el servicio se antepone al capital, la disposición personal a los bienes, y, en consecuencia, el acto (contrato) a la organización. Y, en último término, lo privado –relaciones– a lo público –situaciones–. En esta nueva valoración encuentra nuevo significado la privatización de la empresa.

18.2. En Derecho francés, el concepto de «fondo de comercio» (incorporado a nuestro Derecho por la jurisprudencia), nacido de la práctica mercantil, responde a la tendencia a lograr una unidad, un todo, de lo que en la realidad se presta como conjunto.

El fondo de comercio recibe la consideración jurídica de ser un bien complejo, que adquiere como tal un valor distinto de los elementos que lo componen, integrado por bienes corporales e incorporeales. Recibe la calificación jurídica de universalidad de hecho, dado que el pasivo no está ligado al activo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio 1985, R. 4055 (de la que ha sido ponente Santos Briz), se muestra favorable a la «existencia» del fondo de comercio en las empresas mercantiles, y precisa que ese concepto posee «límites difusos», pero no por ello menos atendibles en cuanto que denotan unas veces el lado espiritual de la empresa como negocio, otras los elementos patrimoniales, y aun los que sobrepasan los mismos y se plasman en la organización de los medios de producción.

18.2.1. El fondo de comercio es un conjunto jurídico que el comerciante agrupa y organiza con vistas a la explotación de un negocio. Para que pueda calificarse como tal es preciso que la explotación sea mercantil, que quien lo explota tenga la calidad de comerciante.

18.3. Pero la empresa es distinta del fondo de comercio: mientras que el fondo de comercio mira a los bienes, la empresa concierne esencialmente a las personas. La empresa se constituye por personas, los ele-

mentos materiales no son sino los bienes de la empresa, no la empresa misma.

El fondo de comercio no es un bien homogéneo y estable, como un inmueble, sino compuesto de elementos separables, corporales o incorporeales. Entre éstos figura la clientela, o sea el valor que representan las relaciones entre el fondo y las personas que solicitan al que explota bienes o servicios. La clientela se funda en la esperanza y es un bien relativamente estable. Así, la jurisprudencia francesa defiende al adquirente de la clientela contra la evicción del vendedor (Cfr. Rev. trim. dr. civ. 86 III janu-mars (1987/94).

XIX. VALORACION DEL TRABAJO

Lo que económicamente es un ciclo -producción, circulación, consumo, actividades de empresa-, jurídicamente es un complejo, un conjunto eslabonado de actos: contratos, relaciones de servicio, operaciones. Una muestra de esa cadena es la llamada «contratación en masa». Los canales previstos en los Códigos, cuando el Derecho económico se comprendía en el Derecho privado, eran suficientes para conducir la corriente económica a través de los contratos típicos o nominados; pero estos no

sirven, ya para dirigir la «riada», la corriente en cascada de contrataciones

Los contratos individuales se agrupan ahora en cada operación económica antecedente y subsiguiente formando grupos de contratos (ej. compraventa -de cosa futura-, transporte combinado, seguro, etc., y se unifican por la operación económica.

Es difícil calificar como contrato de cambio –circulación de bienes– el ciclo de la empresa, cuyo constitutivo es el riesgo, que tiñe de una nota de aleatoriedad a cualquier contrato individualmente considerado.

La misma libertad contractual, al incorporar la serie, agrega cláusulas «condiciones generales» del contrato y de la contratación.

Como fenómenos económicos del Derecho, los contratos en masa y los contratos en serie exigen una respuesta, no fácil de encontrar con las categorías clásicas.

19.1. Entre tantas consecuencias del fenómeno pueden señalarse estas, que son muestra del moderno Derecho de contratos:

19.1.1. La previsible desigualdad económica entre las partes contratantes si una de ellas interviene por cuenta de una empresa y la otra es un particular, (a efectos de lo dispuesto en

el art. 1254 del C.C. para la existencia del contrato: «una o varias personas consienten en obligarse», que piensa en personas ambas físicas o ambas jurídicas).

19.1.2. La reserva al arbitrio de una de las partes del cumplimiento (art. 1256). Además de ser contradictorio obligarse a no obligarse, nadie puede ser a la vez juez y parte. Pero el arbitrio no sólo es pacto de la voluntad sino, sobre todo, de hegemonía económica, a veces remedio ante la insolvencia de la contraparte, (art. 1129 cuando el deudor resulta insolvente, y pierde todo derecho a utilizar el plazo), El alcance de este precepto en la financiación a corto o medio plazo de la empresa es palpable.

19.1.3. Pese a la ineficacia de pactos (*privatum pactis*) que desatienden el espíritu o ratio del art. 1911, (la responsabilidad patrimonial universal), se acosa al deudor eventual insolvente con cláusulas de garantía, de previsión de circunstancias, penales etc.

19.1.4. Ante la inseguridad de la palabra, el riesgo de la oscuridad del lenguaje, se intercala como regla de buena fe en los contratos de adhesión la llamada «interpretatio contra proferentem», (art. 1288 del CC.), desplazando ese riesgo de la ambigüedad hacia el autor del clausulado

Pero la aplicación de lo dispuesto en el art. 1288 del C.C., requiere, según acredita la S. de 13 de diciembre 1986, a efectos de traslado del disfavor de la «oscuridad», que exista, a) redacción unilateral del contrato; y b) oscuridad de la cláusula que se cuestiona.

19.1.4.1. La llamada «interpretatio contra proferentem» es una aplicación concreta del principio de buena fe en la interpretación negocial.

Según esa interpretación, quien redacta el contrato es la empresa en la que, por sólo esa consideración, se presume el eventual abuso. Aunque razonable, no deja de ser una suerte de sanción privada –pena privada– contraria a la presunción de inocencia.

Por eso, dicha interpretación no debe tampoco amparar el abuso de la otra parte, que conoce la oscuridad. En principio la nulidad es parcial (de la cláusula y no del contrato).

19.1.4.2. El artículo 1.288 impide que la «generalización» de las cláusulas se imponga como norma por el «beneficiado»: no tiene sentido que una norma se dicte en beneficio del que la impone. En ambas hipótesis late la misma lógica. Pero también en ambos preceptos se advierte que la «justicia contractual»

a que sirven puede resultar de hecho condicionada por factores económicos.

19.2 Se ha dicho, no sin ironía, que el concepto de contrato –especialmente la versión consensualista– logra salir de tan profunda crisis, porque es «inmortal», remedando la expresión –surgida precisamente del análisis económico del Derecho– de que «el contrato ha muerto».

Es cierto que el Derecho de obligaciones puede «vivir» sin el concepto de contrato, y de ello es muestra tangible el Derecho anglosajón, pero también lo es que en este concepto se encuentra todavía la armadura o el «sustratum» del Derecho. Contrato y propiedad son en los Códigos los pilares del Derecho patrimonial. Ahora ambas instituciones se encuentran afectadas por la empresa.

XX. LIBERTAD DE DOMINIO, LIBERTAD CONTRACTUAL, LIBERTAD DE EMPRESA, EL ORDEN PUBLICO

La libertad del dominio, principio jurídico en que se fundan tanto la presunción de que la propiedad está libre de cargas como la interpretación restrictiva de los gravámenes impuestos sobre la propiedad, y la libertad

contractual, expresión de la autonomía privada, son principios jurídicos de carácter informador. El de libertad de empresa es un principio económico, presupuesto de la economía de libre mercado, que está sancionado por la Constitución en el art. 35.

20.1. En los Códigos, el principio de libertad del dominio y el de libertad contractual tienen una fundamentación liberal, individualista, que ahora se matiza con designio social, lo que introduce límites intrínsecos al ejercicio de los derechos.

La libertad de empresa se basa en la libre concurrencia, que repudia las ententes de competencia desleal, y el abuso de posición económica. El límite intrínseco de ese principio es el orden público, concepto indeterminado en que se fundamenta la política económica.

20.2. El «orden público» figura en el Tratado de Roma, primera norma de la C.E.E., como el fundamento de la libre concurrencia. Se somete al Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea la facultad de interpretar los textos que rigen la Comunidad y decidir las controversias. En ese sentido tiene impronta jurisdiccional, y permite un orden europeo basado en el «Derecho de Jueces». Ese concepto de orden público contrasta con la antigua idea de la economía liberal, de con-

texto nacional, aprisionado en las leyes civiles de cada Estado.

XXI. EL LLAMADO ORDEN PUBLICO ECONOMICO EUROPEO

El concepto de orden público es un concepto jurídico indeterminado, es decir, uno de esos conceptos, cuyo contenido habrá de fijar el juez, en cada caso. Su determinación no es, por tanto, apriorística sino judicial. Los conceptos jurídicos indeterminados amplían el arbitrio judicial, mientras que en los Códigos el juez es oráculo de la ley, la «voz» del legislador. El concepto citado puede tomarse en sentido negativo y positivo.

21.1. Como noción negativa, impide o recorta la eficacia de los actos contradictorios, ya con referencia a todo el acto -nulidad absoluta-, ya sólo a las cláusulas afectadas -nulidad parcial-. El Derecho moderno tiende a la nulidad parcial, precisamente por las consecuencias económicas que se siguen de operar con efectos retroactivos.

21.2. Como contenido positivo, el orden público tiene asignada una misión de impulso: impulsa la penetración de principios informadores, y es el canal receptor de nuevas

corrientes, siempre abierto a la innovación y al progreso.

En esta acepción positiva cabe entender el orden público de protección, que se dirige natural o económicamente al débil. La protección del consumidor es muestra de ese principio. El consumidor es el débil sólo por esa condición. De este modo se generaliza o extiende al «grupo» («intereses difusos») lo que era reducto de amparo personal (menor, incapaz).

La captación efectiva de ese concepto sólo es posible a través de la jurisprudencia, sin perder de vista su función y su dinamicidad.

21.3. El orden público económico se orienta según la concepción económica –liberalismo económico, economía dirigida– y es factor de evolución del Derecho.

21.4. El orden público es elemento de integración, tanto de la ley pública como de la ley privada, de ahí su importancia cara a la hermenéutica jurídica.

21.5. El orden público llamado «social» viene a ser un muestrario de las obras de misericordia, que si, de una parte, ayudan al «menesteroso», de otra elevan al que las practica. Pero el orden público no es ley divina, sino efluvio o irradiación: siempre la interpre-

tación es más exacta para el fuerte que para el débil.

La efectividad técnica ha de entrar en armonía con el orden público social del trabajo.

21.6. El orden público no se deja «apriionar» en las leyes, se acomoda al tiempo, lugar y vicisitudes económicas.

XXII. EMPRESA Y HERMENEUTICA JURIDICA

Por más que la interpretación no ha de ceder ante el dogmatismo, la naturaleza de las cosas o del contrato y las circunstancias son relevantes. La «naturaleza», que invocan los textos hermenéuticos piensa también en las cosas, antes que en la empresa, que no tiene la consideración de cosa tampoco en cuanto que «universitas», ya que ésta supone un conjunto de cosas antes que comunidad una de personas.

El usufructo de empresa, el arrendamiento de «empresa», la hipoteca de empresa, toman el conjunto «real» en sentido analógico.

2 2. 1. En general, las categorías clásicas no son ajustadas a la realidad actual. Baste pensar en la transmisión de deudas. En virtud de lo

dispuesto en el artículo 1.112 del Código Civil, «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario». Este artículo es aplicable a la transmisión de una agencia de aduanas, (S. 16-10-1.982).

La «sucesión de empresa» plantea el problema de sucesión no sólo de los derechos adquiridos en virtud de una obligación, sino de las obligaciones mismas. Algunas, como las laborales, se transmiten, por serlo, con «sujeción a las leyes» (art. 44 del Estatuto de trabajadores). Pero el problema que subyace es la transmisibilidad de la responsabilidad patrimonial (art.1.911 del C.C.), también aplicable a la empresa como principio informador del Derecho de obligaciones.

Con todo, en la empresa las deudas no son, sin más, elementos pasivos, pues el crédito es en la empresa elemento de financiación y sin crédito no hay empresa. Así que la transmisión de créditos, en la transmisión de la empresa, lo es «por naturaleza»,

Asimismo, el pacto de extensión a la empresa en la hipoteca del establecimiento mercantil, conlleva la cesión de créditos, que se transmiten con la ejecución forzosa.

22.2. También el concepto de empresa ha desenvuelto la jurisprudencia referida al arrendamiento de industria como distinto del arrendamiento de local de negocio,

Se invoca como principio interpretativo el de conservación de la empresa, que es una aplicación del criterio de eficacia. Como tal, se encuentra en la quiebra de las Sociedades Anónimas y está recogido en el Anteproyecto de ley concursal.

22.3. Con relación a la interpretación de cláusulas predispuestas, la «interpretatio contra proferentem» permite la calificación como «no puestas» si son oscuras. Entre esas cláusulas figuran las de garantía, de exclusiva y en general, las que excluyen la libre concurrencia.

22.4. El art. 1.056 y el 831 contienen reglas precisas de interpretación para el testamento del empresario, que han permitido evitar la dispersión de los bienes en territorios de Derecho común.

22.5. El concepto de empresa introduce otras reglas de interpretación, como el «derecho a la información» en las operaciones contractuales.

Asimismo, amplía la gama de los cuasi-contratos y ha motivado la generalización de la

responsabilidad por riesgo (art. 1.093) referido a los «dueños» o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus «dependientes», lo que indica una sujeción análoga a un poder personal, limitado al «giro o tráfico» de la empresa, es la responsabilidad del principal por el «factor notorio», (art. 286 del C. de com.).

XXIII. POSTULADOS DEL NUEVO DERECHO DE LA EMPRESA

Al no ser la empresa, al menos esencialmente, un conjunto de bienes, no pueden extraerse de ese concepto las reglas que deben regirla, ni siquiera los criterios de interpretación, que recogen principios patrimonialistas que corresponden a una concepción clásica de la propiedad.

Lo mismo hay que decir de la fundamentación de la propiedad, que pretendía dar a la empresa una filosofía que nació antes que ella, y respecto de la que hubo de ir a «contracorriente».

23.1. Por ser la empresa una comunidad de personas, son extensibles a ella los derechos de la personalidad, antes que los derechos nítidamente patrimoniales. Entre ellos, la libertad de

asociarse para constituir una empresa, los derechos al nombre, honor, secreto mercantil e información, etc.

23.2. Otro de los postulados del nuevo derecho de la empresa es el «diseño social», lo que significa un entramado de relaciones, antes que situaciones.

La libertad para constituir empresa y para ejercitar la actividad de empresa no es una libertad residual, el marco que deja el ordenamiento, como pudo pensarse de la propiedad. Los límites extrínsecos de la empresa tampoco se encuentran en los bienes, sino en el objeto social.

Por eso, entre empresa y empresa, ya sea ésta pequeña, grande, pública o privada, hay menos diferencia que entre propiedad y propiedad, donde la naturaleza de los bienes determina el régimen, hasta el punto que ha podido decirse que «no hay propiedad sino propiedades». El concepto de Empresa es más universal.

A eso se debe que sea más fácil encontrar el fundamento de la empresa que el de la propiedad. La solidaridad del trabajo es más expansiva que la solidaridad del dominio, a la que con mayor razón se aplica la nota de exclusividad. La propiedad se concentra en el

marco de la necesidad, ya alcanzada: por eso es exclusiva y excluyente. La empresa, en cambio, difunde productos y servicios calificados de imprescindibles para cubrir «necesidades de la vida».

En definitiva, la empresa expande la propiedad, es mecanismo de «acceso a la propiedad». Mientras que la propiedad se acomoda a la naturaleza de las cosas, la empresa lo hace a la naturaleza de la persona humana.

Cualidades del trabajo personal o de la capacidad humana, como la originalidad y la novedad, son relevantes jurídicamente -propiedad intelectual, industrial-, y económicamente lo es la comercialización.

El concepto de propiedad no queda entonces restringido a las cosas corporales ni desplazado por el de empresa. Pero sí parece oportuno fijar cuáles son los principios de sus respectivos órdenes, que son aquellos que permiten su desenvolvimiento sin interferencias que desnaturalicen uno y otro concepto.

23.3. Entre esos principios de orden cabe destacar, conforme a lo ya expuesto, que mientras el carácter excluyente es inherente a la propiedad en cuanto relación de dominación, no lo es a la empresa, donde la fuente

-título- es el contrato y éste se basa en la igualdad, exigencia del Derecho común de los contratos.

23.3.1. La concepción patrimonialista de la empresa acarrea una rigidez innecesaria y perturbadora.

Ni el capital es reducto de un poder de dominación, al no ser aplicable la disponibilidad -la empresa no sirve al capital- inherente al dominio, ni el empleo -puesto de trabajo- tiene autonomía dominial como para fundar sobre él la reivindicación del legítimo poseedor.

En último término, las dos concepciones políticas, capitalista y socialista, adolecen de un equivocado enfoque, por cuanto que erigen en fuente de poder lo que no lo es en realidad, ya que no se acomoda a la naturaleza de la empresa.

De aquí que la propiedad de la empresa no deba entenderse como un poder jurídico inmediato y directo, sino más bien como un poder de exigir la colaboración debida.

23.3.2. El poder del propietario no impide hacer, a quienes participan en la empresa, lo que están obligados a hacer por la naturaleza misma del trabajo y al modo en que el trabajo

lo exige. Y ello por exigencia interna y no por una justificada «inmissio in alienum».

Si el cuidado depende de la naturaleza del contrato, la diligencia de quien trabaja implica no el cuidado requerido para un acto o el que viene autorizado por una facultad, sino el todo exigible según la función de su trabajo en la empresa. El trabajo no es parte, como lo son los bienes adheridos a las cosas objeto de apropiación.

Por tanto, el trabajo total es el verdadero límite intrínseco a la propiedad de empresa, que lleva consigo el derecho «al» trabajo y «en» el trabajo, como en la propiedad el derecho a la cosa y en la cosa.

23.3.3. En su vertiente externa, la propiedad de la empresa encuentra su límite intrínseco -orden público-en la libertad de empresa, que supone el respeto al trabajo de cuantos participan en la empresa competidora.

Por su parte, el consumidor, la clientela, encuentra su tutela en la empresa, y no frente a ella, por no ser tampoco fruto ni parte integrante sujeta a la acción -beneficiosa o perjudicial- del ejercicio del derecho sobre cosas: y esto es aplicable tanto a la clientela unipersonal, como a la de una sociedad de grandes almacenes.

23.4. En conclusión el propietario de la empresa tiene un poder exclusivo -de atracción- pero no excluyente: ni en la vertiente interna ni en la externa.

La suya no es una relación de dominación respecto al trabajo sino que se funda en la igualdad radical y la desigualdad funcional.

El consumidor no es tercero, porque el consumo es el último grado de la actividad de empresa. El Derecho no tutela tanto al consumidor -concepto abstracto- como a la necesidad de la vida, es decir, el acceso a aquellos bienes donde la propiedad se hace inapla- zable.

23.5. Antes de la configuración de la empresa, la propiedad cubría ella sola esas funciones: la prestación de alimentos legítima, dentro de un orden familiar basado en el parentesco.

Ahora tales funciones se arbitran por otros cauces en que intermedia la empresa, como la agencia o el seguro,

Si aquellas «funciones sociales» dignificaron la propiedad, la empresa viene a ser su continuación; en ellas se encuentra su estímulo y a ella se extienden también sus legítimas valoraciones pasadas.

23.6. Finalmente, desde un punto de vista ético, mientras que en la propiedad se estimula al desasimiento de] dueño, la empresa, por el trabajo –amor al trabajo–, justifica el deseo permanente de su existencia, lo que no tendría sentido si se entendiera como exclusiva y excluyente fuente de beneficio.

XXIV. SINOPSIS

La empresa es el lugar donde se dan cita las grandes corrientes del pensamiento moderno.

Las corrientes economistas en torno al sistema de economía de mercado, que sitúa en la empresa el centro de referencia.

Las concepciones sociológicas de la empresa, que dirigen su atención a la organización social y, como tema prioritario, a la responsabilidad social del empresario.

La historia del Derecho, por precisar el desenvolvimiento del modelo de empresa, que ha llegado hasta nosotros desde el modelo capitalista, donde un sector de la doctrina advierte la configuración moderna del Derecho Mercantil.

La concepción de justicia, que reclama aplicar sus principios a la organización y acti-

vidad de empresas, o sea, introducir valores de justicia en la realidad social.

24. 1. Con relación a las diferencias entre propiedad y empresa, cabe señalar:

24.1.1. *Por razón del objeto.* La propiedad exige la preexistencia de bienes materiales o inmateriales, al definirse como el poder más abarcante sobre sus utilidades y la explotación por el resultado económico, por la realización material.

La empresa no requiere por esencia bienes o se puede definir con independenciencia de ellos. El traslado de los bienes no significa desplazamiento de la empresa: se mantiene la empresa aunque se segregue parte del patrimonio de explotación.

24.1.2. *Por el contenido.* La propiedad indica relación de dominación: por encima de ella no hay ningún otro derecho real, y esta relación es patrimonial: la empresa, en cambio, comprende bienes en que no es posible la completa patrimonialización, como la clientela, aunque permita la transferencia (la despersonalización de la clientela se basa en la cuantificación, pero, en principio, bastaría un cliente).

24.1.3. *Por la estructura.* La propiedad atribuye al titular un poder directo sobre la cosa. La empresa es el objeto sobre el que se

proyecta la titularidad del empresario; se proyecta sobre el trabajo, que es bien personal y sobre otras formas de protección diferentes a las reales (formas concretas de protección del secreto industrial, de la clientela, etc.).

24.1.4. *Por la acción.* En la propiedad es típica la acción reivindicatoria, que en la empresa tiene otro sentido. El abandono extingue la propiedad, pero no necesariamente la empresa que abandona la explotación (S. 21 de mayo de 1987, R. 1713).

24.1.5. *Por el carácter de los bienes.* En la propiedad los bienes muebles o inmuebles se toman como objeto de apropiación, « en la empresa se toman como «objeto de producción, circulación, transformación», como «patrimonio de explotación».

24.1.6. *Por el parámetro de conducta.* En la propiedad se impide el abuso, se fomenta el uso, con designio social. En la empresa la gestión se somete a reglas --gerere, hacer-- que indican más un «nombre» en cuyo interés se actúa que un poder por el que se actúa. Por tanto, el abuso es desvío del poder o del fin marcado con el objeto social.

24.1.7. *Por la función.* La función que cumple la propiedad es prioritariamente personal; la de la empresa es social.

24.1.8. *Por la correlación entre los bienes.* El principio de la propiedad según el cual lo accesorio sigue a lo principal en la empresa sigue reglas distintas: se dice de un producto que es accesorio respecto del producto base. A la vez, accesorios de una explotación industrial son los medios financieros y técnicos, la maquinaria y materias primas, y las construcciones.

24.1.9. *Por la liquidación.* En la propiedad la liquidación se basa -liquidación de una gestión posesoria- en la recuperación de la cosa, como consecuencia de retomar la posesión. Es muestra del principio de equilibrio entre patrimonios. La liquidación de la empresa no se basa de ordinario en la recuperación, sino en el conflicto de derechos, en el sacrificio o distribución de pérdidas y ganancias.

Es muestra del principio de equilibrio entre empresas, vg., la fusión o el principio «par conditio creditorum», en cuya virtud todos los acreedores están en pie de igualdad, regla de la que son excepción los privilegios por razón de la causa o de la garantía.

24.1.10. *Por las utilidades.* En la propiedad el concepto de fruto es secuela de la accesión: no parece que lo sea en la empresa el de lucro, por razón del trabajo asalariado. «Fruto» es a la propiedad lo que beneficio a la empresa: por tanto, gasto y fruto son conceptos patri-

moniales que tienden a la compensación, mientras que beneficio es compensación de riesgo.

24.2. Son estos puntos los que, en definitiva, suscitan el interés por el estudio en profundidad de la propiedad y de la empresa: la propiedad antes y después de la configuración jurídica de la empresa, esto es, en su desenvolvimiento histórico y en su configuración actual.

24.3. Cuestión distinta, que queda aquí simplemente apuntada, es el criterio a seguir para la justa «retribución» del trabajo. Las expresiones al uso, como la de «mercado de trabajo», responden a la idea de relacionar propiedad y empresa como equivalencia entre beneficio-gasto. Pero el trabajo no es «mercatura», no es una mercancía.

24.4. Finalmente, si los conceptos de propietario y de empresario son formas de titularidad distintas, y la propiedad y la empresa son objetos diferentes sobre los que se proyectan dichas titularidades, nada obsta a que coexistan, concurren y se complementen.

Esta distinción, y sus recíprocas implicaciones, se manifiesta en la correlación de empresa y bienes en el régimen de bienes del matrimonio, en donde se incluyen entre los

bienes algunos tan directamente relacionados con la persona como la «profesión» u «oficio» (art. 1346, 8° del C.C., que confiere unidad de trato a los «instrumentos» necesarios para el ejercicio profesional).

De aquí que el incluir en sede civil la empresa reclama la comunicación de criterios civilistas, mercantilistas y laborales (arts. 1347, 5°, 323; y S. 13 de marzo 1987, R. 1480; 13 de marzo 1987, R. 1479 y, en general, las sentencias «contradictorias» de fianza mercantil en relación a la responsabilidad del patrimonio consorcial).

XXV. CONCLUSIONES

25.1. Distinguir entre *sociedad y empresa* parece sencillo al mediar una relación entre titular y objeto sobre el que se proyecta. Una misma empresa puede tener titulares o sujeto colectivo distintos y una misma sociedad empresas diferentes.

Pero no resulta tan fácil precisar el correcto significado de los términos propiedad y empresa, que pueden ser ambos objeto de derechos. Son razones conceptuales prácticas las que inducen a la distinción, por ser diverso su fundamento y el respectivo régimen jurídico.

La expansión de la propiedad industrial, y el mayor despliegue de los bienes inmateriales, como la marca, que no se acomoda al modelo tomado en los Códigos de bienes corporales, requieren una correcta delimitación.

Así, la plenitud del dominio depende del concepto mismo de propiedad, derecho con virtualidad suficiente para conservarse aun despojado de facultades de aprovechamiento. En cambio, la plenitud de una marca (bien inmaterial) no depende de sí misma ni siquiera de su titular, sino de factores ajenos a la actividad del empresario. En ella su valor jurídico como título distintivo incorpora el valor económico adquirido en el mercado.

25.2. *El derecho de propiedad se define como «poder de dominación» por la exclusión de terceros, como derecho «erga omnes», mientras que la empresa se define por la «colaboración», por contar con los terceros, la concurrencia, la clientela, el consumidor.*

Como se ha dicho, la propiedad mira hacia adentro, mientras que la empresa se proyecta hacia afuera.

25.3. Por ser distinto su *régimen jurídico* es posible su coordinación, la reserva de gestión de la empresa y la conservación o retención del dominio, como ocurre en la aparcería indus-

trial, en la aportación de un inmueble, en las diferentes fórmulas de gestión de asuntos ajenos.

Pero, sobre todo, difieren sus notas patrimoniales, así como la idea de lesión. La propiedad es lesionada por el hecho de alterarse el equilibrio patrimonial que venía gozando la misma cosa en su conservación y administración; mientras que en la empresa la lesión se funda en el desequilibrio operado fuera de ella misma, en la alteración de la libre concurrencia, en las prácticas colectivas, en la discriminación comercial, en la diferencia del trato en la clientela: en general, desventaja en la concurrencia.

25.4. Por ser la *disposición* lo más característico de la propiedad -libertad del dominio-, admite existencia virtual; en tanto que, por ser el uso lo más destacado de la empresa, sin ejercicio efectivo no tiene razón de ser, de aquí la dificultad de un concepto jurídico formal.

Es el uso, actividad, giro o tráfico, lo que hace de la empresa un objeto indivisible. Mientras que la divisibilidad, cuando de los bienes materiales se trata, es «*quaestio facti*», en la división de la empresa hay «desmerecimiento», porque al separarse las cosas pierden el valor que tenían reunidas.

25.5. Esto explica que sean distintas las *reglas de liquidación* de una gestión empresarial y de una gestión posesoria sobre bienes estables.

En la propiedad, las reglas de liquidación, así como de división, atienden al principio de equivalencia patrimonial en que se basan la accesión, los gastos y frutos y la compensación de gastos por mejoras. En la empresa se atiende a otra relación: la de beneficio-riesgo, pasado, futuro, logros y expectativas. De ahí el contrasentido de que el titular pueda retener la empresa en términos de propiedad sin las deudas de la Empresa, que son la medida de la capacidad económica (S. 31 Enero 1983, R. 380).

En argumentos «obiter dicta», el Tribunal Supremo ha tomado la noción de Empresa que sigue el Derecho italiano para abundar en la indivisibilidad de la Empresa, donde la separación de los elementos causa en todo caso «gran desmerecimiento». En S. 1981, R. 3076 se refiere a una «fábrica de cerámica, loza, azulejos y porcelana, comprensiva de todas las instalaciones, inmuebles, muebles, semovientes, maquinaria, cuentas, derechos y consiguientemente el «avviamento» de la empresa que constaba como un todo ... ».

Al evitar el fraccionamiento de la empresa se dedican en el Código Civil, entre otros artículos, el 406 y 1062, relativos ambos a la división de] objeto común cuando éste resulta ser indivisible. En tales casos la división sólo es posible acordando un valor total que permita la adjudicación unida de la empresa, respetando de ese modo el carácter unitario del patrimonio dividido, con fraccionamiento del valor o del precio obtenido. Este no es un acto de enajenación sino un acto de división de la comunidad existente.

En definitiva, se trata de coordinar la voluntad de los interesados que ejercitan la acción de división y el destino o finalidad inherente al objeto cuando es una Empresa. Lo que indica que la Empresa tiene una consideración objetiva con finalidad propia distinta, y tutelada incluso fuera del ámbito de poder del titular sobre las cosas de que se compone. Se salvaguarda el interés social sin menoscabo del interés particular. Cuestión distinta es que la economía de la empresa aguante la carga del importe a repartir.

25.6. La distinción entre empresa y propiedad es también de aplicación inmediata al *régimen de bienes del matrimonio*: cada uno de los cónyuges puede ser titular de una empresa y tercero desde la sociedad de ganan-

ciales (S. 19 de enero de 1987, R. 305): las relaciones entre empresa y propiedad familiar permiten combinar el principio de equilibrio patrimonial y el interés de la familia con el de conservación y responsabilidad del empresario; y en el equilibrio se basa también el reintegro por los socios de lo que para su privativo beneficio han tomado del fondo social (art. 1682, 2º del C.C., 135 del C. de C.: S. 29 de Mayo 1984, R. 2804).

25.7. Finalmente, por ser distintos, sólo una visión miope de la *igualdad* puede rechazar el concepto de propiedad como efluvio o axioma residual del individualismo para sustituirlo por el de empresa entendida como encarnación de la igualdad real o esperanza del solidarismo. En ambos casos la igualdad formal y real tiene sus mecanismos propios.

En la empresa se muestra más bien como principio de no discriminación en el triple contexto, político (productores, comerciantes, consumidores), económico (defensa de la no proletarización de la empresa pequeña ante la concentración), y jurídico (derecho de concurrencia). Por ese conducto la empresa canaliza el acceso a la titularidad sin el instrumento de la lucha de clases, que opone entre sí los términos distintos, pero no contradictorios, de propiedad y empresa.

BIBLIOGRAFIA

BURTS E KOVAR.- *Droit de la concurrence*, 1981.

CAFFARENA LAPORTA - *El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas*, en A.D.C. Madrid 1985: (separata)

DE LA CUESTA RUTE J. M.- *Incidencia del balance social en la estructura jurídica de la sociedad mercantil* (separata, 1981).

D'ORS, *Reflexiones civilistas sobre la reforma de la Empresa, en la Ley*, Buenos Aires, Lunes 16 de Abril de 1979.

GOMEZ SEGADE, J. A.- *El secreto industrial, concepto protección*, Madrid 1974. KRASSER.- *Repression de la concurrence deloyale*, Dalloz, 1972.

DOMINIQUE LEFEVRE, E, MOLLARET-LAFORET, *Droit et enterprise*. Grenoble, 1981.

J. J. LOPEZ JACOISTE, *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad* A.D.C. Madrid, 1986 (separata).

J. V. LOUIS.- *El ordenamiento jurídico comunitario*, Colección «Perspectivas europeas», Bruselas, 1985, (ver ficha bibliográfica al fin de ésta obra).

X. DE ROUX y D. VOILLENOT, *Le droit de la concurrence des Communitatutés européennes*, 1976.

NOTA BIOGRAFICA

José Antonio Doral García, es Catedrático de Derecho Civil; actualmente Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra.

Ha publicado diversas monografías sobre cada una de las materias que compone el Derecho Civil y tiene en imprenta para próxima publicación un estudio sobre la doctrina general del contrato civil y mercantil,

donde analiza la incidencia de la empresa en los cuadros clasificatorios del Derecho Privado, tema que se relaciona con el trabajo que ahora se publica en este Cuaderno.

Entre sus publicaciones caben destacar, los siguientes títulos: «La fase de seguridad en la hipoteca», «La noción de orden público en el Derecho Civil Español», «Derecho de familia» y, recientemente, «Problemas actuales de la fundamentación del Derecho».