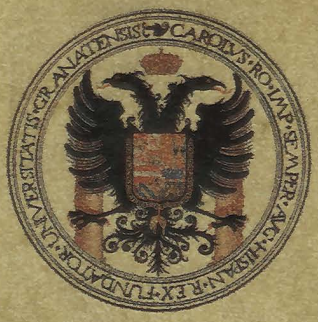

UNIVERSIDAD DE GRANADA
Facultad de Derecho

LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN LA EMPRESA MERCANTIL

María Luisa Palazón Garrido
Granada, 2000

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN LA EMPRESA MERCANTIL

Tesis para la obtención del grado de Doctor, presentada por la Licenciada D.ª María Luisa Palazón Garrido y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Francisco Javier Sánchez Calero.

Granada, 29 de Junio de 2000

V.º B.º del Director

Dr. D. Francisco Javier Sánchez Calero

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN LA EMPRESA MERCANTIL

Tesis para la obtención del grado de Doctor, presentada por la Licenciada D.ª María Luisa Palazón Garrido y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Francisco Javier Sánchez Calero.

Granada, 29 de Junio de 2000

V.º B.º del Director

Dr. D. Francisco Javier Sánchez Calero

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
A.C.	Actualidad Civil
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
A.P.E.	Association pour la Pérennité de l'Entreprise
Ann. Droit. Comm.	Annales de Droit Commercial
Art.	Artículo
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
C.c.	Código Civil
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C.civ. it.	Codice Civile italiano
C.com.	Código de Comercio
CDO.	Considerando
C.E.	Constitución Española
Cod. Civ.	Code Civil francés
D.G.R.N.	Dirección General de los Registros y el Notariado
Dir. Fall.	Il Diritto Fallimentare
F.D.	Fundamento de Derecho
FamRZ	Familienrechtszeitung
Foro It.	Il Foro Italiano
Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
Giur. Mer.	Giurisprudenza di Merito
Giust. Civ.	Giustizia Civile
H.G.B.	Handelsgesetzbuch
I.R.P.F.	Impuesto sobre la renta de las personas físicas

Il Quadr.	Il Quadrimestre
Il Not.	Il Notare
Inf. Pir.	Informatore Pirola
J.A.	Juristische Arbeitsblätter
J.C.	Jurisprudencia Civil
L.A.U.	Ley de Arrendamientos Urbanos
L.C.D.	Ley de Competencia Desleal
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.H.	Ley Hipotecaria
L.S.A.	Ley de Sociedades Anónimas
L.S.R.L.	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
N. Giur. Civ. Co.	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
N.R.D.C.	Nuova Rivista del Diritto Commerciale
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.A.A.	Revista de Derecho Agrario y Alimentario
R.D.C.O.	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones
R.D.G.R.N.	Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado
R.D.G.T.	Resolución de la Dirección General Tributaria
R.D.L.	Real Decreto Ley
R.D.M.	Revista de Derecho Mercantil
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
R.F.D.U.G.	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
R.G.D.	Revista General del Derecho
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.H.	Reglamento Hipotecario
R.J.A.	Repertorio Jurisprudencial Aranzadi
R.P.	Registro de la Propiedad
R.R.M.	Reglamento del Registro Mercantil

Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
Rev. Fid.	Revue Fiduciaire
Rev. Jur. Comm.	Revue de Jurisprudence Commerciale
Rev. Trim. Droit Comm.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
Riv. Dir. Agr.	Rivista di Diritto Agrario
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Dir. Comm.	Rivista del Diritto Commerciale
Riv. Dir. Priv.	Rivista di Diritto Privato
Riv. Giur. Sar.	Rivista Giuridica Sarda
Riv. Not.	Rivista del Notariato
Riv. Soc.	Rivista delle Società
Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
S.A.	Sociedad Anónima
S.A.P.	Sentencia de la Audiencia Provincial
S.A.T.	Sentencia de la Audiencia Territorial
S.R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
S.T.C.	Sentencia del Tribunal Constitucional
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
S.T.S.J.	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Sem. Jur.	Semaine Juridique
T.S.	Tribunal Supremo
Vit. Not.	Vita Notarile

LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN LA EMPRESA MERCANTIL

INTRODUCCIÓN

No creemos necesario advertir de la importancia que la empresa familiar tiene en la economía española y europea, de la que constituye un verdadero motor ; pero, sí es conveniente llamar la atención sobre la situación de crisis en que estas pequeñas unidades económicas se encuentran.

Tal crisis tiene su causa en multitud de factores, de manera que sería simplista e ingenuo intentar aislarlos ; así junto a la desestructuración de la familia o los incentivos para la venta del negocio, el pequeño y mediano empresario ha de enfrentarse a un entorno cada vez más hostil y competitivo, como consecuencia de la globalización económica[1]. Sin embargo, entendemos preciso hacer notar que uno de los mayores peligros que acecha a la subsistencia de la empresa mercantil es el fallecimiento del empresario.

Efectivamente, tras la muerte del empresario creador, unos hijos que han vivido una existencia ajena a la empresa de su progenitor (de la que se ocupaba el padre, normalmente jefe todopoderoso, reacio a la delegación de funciones) deberán hacerse cargo de un complejo (en todos los sentidos de la palabra) empresarial cuyos entresijos desconocen, y terminarán por vender

---

[1] En este sentido, Ernesto Poza, profesor de Empresas Familiares de la Universidad Case Western Reserve de Cleveland (E.E.U.U.), puso de manifiesto en el III Congreso Nacional de Empresa Familiar celebrado en Logroño (Mayo de 2000), cómo el entorno de una economía global no favorece a la empresa familiar, y se centró en explicar determinadas pautas de actuación que ayudan a la transmisión generacional (comportamiento del fundador, formación de los hijos fuera de la empresa...). Por su parte, León Danco, presidente del Centro de Negocios Familiares de Estados Unidos y uno de los padres de la consultoría de la empresa familiar, destacó que la supervivencia de la empresa familiar "es vital para combatir las tentaciones monopolistas de las grandes multinacionales". De ahí la necesidad de facilitar el relevo generacional en las mismas, para lo cual resulta indispensable una adecuada planificación del traspaso al sucesor y una política de crecimiento estratégico, basada en las ventajas competitivas de cada momento (Periódico IDEAL de Granada, Jueves 25 de Mayo de 2000).

aquello que había sido el fruto de toda una vida de trabajo de su padre y causante.

Las estadísticas demuestran que, no sólo en España, sino también en el resto de los países de nuestro entorno europeo, estas empresas difícilmente llegan a la tercera generación. Así pues, como ha advertido la doctrina, el fallecimiento del empresario, fundador de la empresa, provoca una amenaza estructural en su continuidad[2].

De ahí que, con el objetivo de evitar los perjuicios no sólo económicos, sino también sociales y familiares que ocasiona la desaparición de una empresa, debe el empresario creador preparar cuidadosamente su sucesión. En este sentido se ha dicho que es tan importante para un empresario elaborar un *plan de perennidad y sucesión* de su empresa, como establecer un plan de desarrollo[3]. Con nuestro trabajo, intentamos, pues, aportar soluciones que faciliten tal tarea a los fines de que la sucesión *mortis causa* en la empresa mercantil se realice del modo menos traumático posible para todos los intereses implicados. Y ello porque, como se advirtió hace más de medio siglo: *"una unidad económica, empresa industrial, comercial o agraria, no puede existir únicamente en beneficio del interés adquisitivo del propietario. Esta función social de la unidad económica hace aparecer como deseable la continuación de su estado luego de la muerte de su propietario. Significaría un considerable e improductivo dispendio de fuerzas, el que las unidades económicas con que la Sociedad misma se organiza, pudieran desaparecer con los hombres que la sostuvieron y hubieran de ser continuamente creadas por nuevos hombres"*[4].

---

[2] Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.: "Problemas de la transmisión de la empresa familiar", Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999, pág. 17.

[3] Cfr. GAULTIER, A.: "Pérennité et succession dans les entreprises moyennes familiales", Hommes et Techniques, 1980, pág. 32.

[4] Son palabras de RADBRUCH, citado por J. DÁVILA GARCÍA en su artículo: "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", A.A.M.N., 1946, tomo III, págs. 575-576.

Ahora bien, dentro del ámbito tan amplio y complejo que supone la empresa familiar (definida como aquélla, cualquiera que sea su tamaño y forma, en la cual todos los derechos que confieren el poder, o la mayoría, o una fracción importante de los mismos, pertenecen directa o indirectamente a los miembros de una misma familia, lo que ocasiona una fuerte interacción entre empresa y familia, de modo que la suerte de las dos entidades se encuentra íntimamente ligada[5]), nuestra tesis se centra en el análisis de la sucesión *mortis causa* en la empresa mercantil individual, ya que, mientras la empresa social tiene regulada su sucesión en el Código de Comercio y las leyes de sociedades, no encontramos en nuestro ordenamiento norma alguna que contemple de modo global y unitario la transmisión hereditaria íntegra de la empresa individual, por lo que la configuración de su régimen constituye casi una labor de *ingeniería jurídica*.

Así pues, el tema de esta tesis tiene carácter interdisciplinar, pues exige el estudio del Derecho de Empresa, encuadrado en la órbita del Derecho Mercantil y del Derecho Civil de Sucesiones. Respecto de este último, la doctrina se ha lamentado de que la necesidad, tan cotidiana a nuestra sociedad contemporánea, de transmitir la empresa a fin de preservar su existencia de las vicisitudes que afectan a la vida de aquél que la organiza y anima, no encuentra en nuestro Derecho Sucesorio respuesta precisa[6] ; y, ya en los años cuarenta, DÁVILA y ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR apuntaron que las normas de Derecho Hereditario, pensadas para un tráfico

---

[5] Cfr. LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. ; RICHEN, F. : "La transmission de l'entreprise familiale", Dalloz, Paris, 1992, págs. 31 y 32.

[6] Vid. PUIG BRUTAU, J. : "El testamento del empresario", R.D.P. 1960, págs. 848 y ss. ; DÍEZ PICAZO, L. : "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", en el volumen "Estudios de Derecho Privado", Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 315 ; POLO SÁNCHEZ, E. : "La transmisión «mortis causa» de la empresa en el Derecho Catalán", R.D.M., 1972, pág. 10 ; SIMO SANTONJA, V. : "Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa", A.A.M.N., 1984, tomo XXIV, pág. 127 ; VALLET MÁS, L. M. : "El empresario creador y el futuro de su empresa", A.A.M.N., 1984, tomo XXIV, pág. 198-199 ; y últimamente : ROJO, A. : "El establecimiento mercantil (II). Transmisión", en la obra colectiva dirigida por R. URÍA y A. MENÉNDEZ : "Curso de Derecho Mercantil, I", Civitas, Madrid, 1999, pág. 122.

distinto del mercantil, son insuficientes para disciplinar el fenómeno de la empresa por no atender a todos los intereses que la misma pone en juego[7].

Ciertamente, la regulación de nuestro decimonónico Código Civil está pensada para un tipo de sociedad muy distinta a la actual, configurada sobre otras bases económicas diferentes (fundamentalmente agrarias), causa por la cual determinadas cuestiones que plantea el moderno tráfico jurídico de empresas no encuentran reflejo en el mismo. Pero, si bien es cierto que deja sin resolver algunos problemas cruciales de la transmisión *mortis causa* de la empresa (como son los referidos a las deudas mercantiles y otros temas que veremos a lo largo de la tesis), la crítica no puede llevarse tan lejos de decir que no ofrezca cauces adecuados para la misma. Por el contrario, el Código nos presenta las instituciones, y será la tarea del jurista adaptarlas y aplicarlas según convenga al caso concreto.

A nuestro juicio, no podemos pretender encontrar en los textos legales una panacea para la sucesión hereditaria en la empresa, y ello porque las situaciones son infinitas como infinitas son las empresas ; no hay una solución única que pueda considerarse la más apropiada para todas, sino que las características de cada negocio y el objetivo que pretenda lograr el empresario-causante, exigirá la aplicación de una u otra técnica[8]. Por esta

---

[7] DÁVILA afirmó que *"las normas del Derecho Sucesorio, casi todas supletorias de la voluntad individual, están inspiradas en un tipo de economía agraria, no mercantil, de escaso tráfico y para una economía poco desarrollada en el cambio ; y con la vista fija siempre en el interés individual (seguridad del derecho), omitiendo casi el interés del público (seguridad del tráfico o de terceros)*. (Vid. op. cit., pág. 577).

Y en el mismo sentido dijo ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR : *"Las mismas normas del Derecho Civil, pensadas para un tráfico distinto del mercantil, fundamentadas en el régimen de propiedad agraria, dictadas para un ordenamiento que tiene en cuenta otros intereses distintos a los contemplados por la nueva organización económica, son insuficientes para disciplinar el fenómeno de la empresa y, como consecuencia, todos los demás aspectos parciales que hacen relación a la vida de la misma"*. (Vid. "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", R.C.D.I., 1947, pág. 586).

[8] En esta dirección se ha afirmado muy gráficamente por el profesor LE NABASQUE y los notarios BOUSSIER y RICHEN (vid. el Prefacio de la citada obra) : *"Il est tout à fait extraordinaire de constater qu'aucun texte ne régit réellement la transmission des entreprises. Seuls, quelques textes épars s'appliquent à certains aspects de la transmission, à la vente du fonds de commerce par exemple. Est-ce un mal ? Faut-il s'en plaindre ? Oui, si l'on veut*

causa, la labor que nos proponemos realizar a través de las páginas del presente trabajo será precisamente intentar descubrir las fórmulas que ofrece nuestro Derecho Privado para propiciar la transmisión por causa de muerte de la empresa mercantil, pues es a la vista de las mismas y de la valoración de sus ventajas e inconvenientes, cómo el jurista práctico podrá elaborar un plan de sucesión a medida de cada negocio mercantil.

En nuestra aproximación al estudio de la sucesión *mortis causa* en la empresa mercantil, hemos tenido muy en cuenta que, como advirtió DÍEZ PICAZO, la protección del negocio en el tráfico sucesorio exige dar soluciones eficaces a dos problemas fundamentales, a saber: "la *continuidad de la empresa*, de tal manera que ésta, como unidad de producción, no deje de funcionar ni un solo momento" y, por otro lado, "la *conservación de la empresa*, de manera tal que el fenómeno sucesorio no aboque a una disolución o liquidación de la empresa"[9]. Así, ambos principios, continuidad y conservación, que junto con el de unidad de la empresa inspiran el ordenamiento español en la materia, constituyen los ejes básicos en torno a los cuales se estructura este trabajo.

La primera parte de la tesis la hemos titulado: "La empresa y su futuro tras la muerte del empresario". En ella nos ocuparemos de delimitar el objeto de la sucesión: la empresa (capítulo I), y, desde el punto de vista subjetivo, de fijar los requisitos que ha de cumplir el sucesor *mortis causa* en la empresa para adquirir la condición de empresario (capítulo II).

---

trouver dans des textes une formule toute faite pour une opération, ou la solution de tous les problèmes que l'on rencontre ; non, si l'on veut régler au mieux la transmission des entreprises. Voilà une dernière affirmation qui peut paraître étrange ! En réalité, il semble assez difficile sinon impossible de régler par des textes la transmission des entreprises. Porquoi ? Parce que les situations son infiniment variées, tant sont diverses les entreprises et les modalités de leur transmission. Il vaut mieux disposer de techniques juridiques, que l'on peut utiliser pour organiser de la meilleure manière possible la transmission de telle ou telle entreprise, en fonction des spécificités des situations dans lesquelles on se trouve, plutôt que d'avoir un texte uniforme —«unidimensionel» —... Le résultat de cet état de droit — et de cette quasi-absence de textes — a été un développement impressionant de ce que l'on pourrait appeler une ingénierie «fiscalo-juridico-financière» très sophistiquée"..

[9] Vid. op. cit., pág. 316.

Así, prius obligado de nuestra investigación constituye el análisis de la posibilidad de considerar la empresa como entidad unitaria desde el punto de vista jurídico. Esto es, la empresa, realidad económica compleja, ¿puede transmitirse *mortis causa* a los sucesores del empresario como un bloque unitario ?, ¿la unidad económica y funcional de la organización empresarial es relevante para el Derecho ? o, dicho en otras palabras, ¿es la empresa un objeto unitario en el tráfico jurídico ?

Para resolver estas cuestiones, fundamentales para delimitar el objeto que se ha de transmitir hereditariamente, analizaremos las construcciones doctrinales que, tanto en España como en el Derecho Comparado, se han realizado sobre la naturaleza jurídica y el concepto de empresa ; cuestiones ambas, como veremos, sumamente polémicas, tanto que más de un siglo después de las primeras formulaciones no hay un acuerdo general en la doctrina sobre las mismas. En nuestra búsqueda de una concepción unitaria de la empresa que permita su configuración como objeto unitario del tráfico, nos detendremos también en el estudio de los abundantes y oscilantes pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, distinguiendo las líneas existentes ; y, por último, examinaremos los textos legislativos a fin de conocer el punto de vista que el legislador tiene sobre la empresa, y los principios inspiradores del ordenamiento positivo sobre la materia. Una vez hecho esto, estaremos en condiciones de formular un concepto de empresa que sirva a los fines de nuestro estudio sobre su transmisión hereditaria.

El adquirente de la empresa por causa de muerte es titular de la misma pero, ¿qué requisitos debe cumplir para poder ser considerado empresario ? ; son las normas del Código de Comercio las que nos darán la respuesta. Así, se habrá de distinguir entre capacidad para suceder en la titularidad de la empresa y capacidad para ser empresario. Y, en relación con el tema, estudiaremos también los problemas que plantea la continuación por el menor o incapacitado de la empresa de sus padres o causantes que, como excepción a las reglas de la capacidad para ejercer el comercio, permite el ordenamiento

mercantil (art. 5º C.com.). Finalmente veremos cómo a la capacidad se han de añadir otros requisitos que determinarán, si se cumplen, la aplicación del estatuto del empresario.

Siguiendo el *iter* hereditario, abierta la sucesión por el fallecimiento del causante-empresario, nuestro sistema, al seguir la línea romanista de la adquisición de la herencia por la aceptación, impone un inevitable período de pendencia de las titularidades. En este tiempo de yacencia de la herencia, la empresa ha de continuar funcionando pues no se trata de un bien cualquiera, sino de una entidad económica y jurídica con vida propia y en continuo movimiento, la cual no puede quedar sin timón so pena de sufrir graves menoscabos en su aviamiento. ¿Cuáles son las fórmulas que permiten garantizar la continuidad de la empresa durante la etapa de *"hereditas iacens"*? Al estudio de las posibles soluciones dedicamos la segunda parte de esta tesis, distinguiendo entre la continuidad organizada por el empresario, ya sea en testamento o fuera de él, y las situaciones en las que el causante no ha previsto dicha continuidad.

En la tercera parte, la más extensa y compleja, nos ocupamos de la conservación de la empresa en la transmisión hereditaria. Para facilitar el análisis de la misma, hemos querido distinguir la sucesión en la empresa organizada por el testador (capítulo I), de la no organizada por no existir testamento o no prever éste la sucesión en la empresa (capítulo II).

En el primer caso, la consecución del principio de conservación se ve facilitada por el llamado "testamento del empresario". Esto es, un testamento en el que el empresario elige al sucesor o sucesores que estima más aptos para hacerse cargo de su empresa; ¿quién mejor que el padre-empresario para saber qué es lo que más conviene a sus hijos y a su empresa? El empresario habrá de meditar detenidamente cuál de sus sucesores está más capacitado para la gestión empresarial y prepararlos, ya en vida, para ocupar dicho cargo, otorgando un testamento conforme a la elección realizada.

El causante podrá querer atribuir su empresa a un único sucesor o a varios. En el caso de que se decida por lo primero, constituyendo normalmente la empresa el bien único o más importante de su patrimonio, ¿qué ocurre con las legítimas de los no favorecidos ?, ya que debemos recordar que la regla general en nuestro Derecho Civil es el pago de las legítimas *in natura*. Pues bien, el propio Código Civil ofrece al testador cuatro instituciones para lograr dicho objetivo : la mejora en cosa determinada, el legado de cosa específica y determinada, la partición por el testador y, especialmente, la facultad consagrada en el art. 1056.2º y, por último, el pago de la porción hereditaria de los descendientes en casos especiales (arts. 841-847 C.c.). Las peculiaridades de estas instituciones como cauce para la transmisión de la empresa mercantil a un sucesor único serán debidamente estudiadas en el capítulo cuarto.

Si, por el contrario, el empresario testador se decide por la atribución de la empresa a una pluralidad de sucesores, que será el caso más frecuente, ¿cómo lograr que todos ellos participen en la empresa manteniendo, sin embargo, la siempre deseable unidad en la dirección ? Para la consecución de tales fines las normas del Código Civil son insuficientes y las soluciones vendrán más bien de la mano de las técnicas del Derecho Mercantil de Sociedades. Así, si la prohibición de división de la herencia impuesta por el testador (art. 1051 C.c.) parece en principio expediente adecuado a los fines pretendidos, las dificultades derivadas del ejercicio empresarial en comunidad nos llevan a volver los ojos al Derecho Mercantil y, combinándolo con el Civil de Sucesiones, analizaremos las cuestiones que suscita la posibilidad de la ordenación testamentaria de una sociedad y la imposición de constituir sociedad mercantil como carga o condición de la atribución *mortis causa*, así como las técnicas de disociación de activos de la empresa, etc.

Cuando el empresario no ha previsto un estatuto testamentario para su empresa, ¿cómo se articula la conservación de la misma en la sucesión ? En tales casos, la realización del enunciado principio parece quedar inexcusablemente en manos de los coherederos que podrán, si lo desean,

acordar el ejercicio de la empresa en comunidad a los fines de que ésta no se divida ; ahora bien, ¿es posible este pacto de continuación en nuestro ordenamiento ?, ¿cuál es el régimen de la indivisión si nada se ha establecido al respecto por los herederos ?, ¿podrán éstos organizar convencionalmente la misma ? y yendo más allá, tal continuación estable del ejercicio de la empresa en comunidad, ¿supone el nacimiento tácitamente de un vínculo societario entre los coherederos ? A estas y a otras cuestiones trataremos de dar respuesta en el capítulo segundo de la parte tercera de la presente tesis.

Y por último, en la cuarta parte, nos ocuparemos de los problemas que suscita la transmisión del pasivo mercantil del causante al no constituir la empresa un patrimonio separado, ¿quién será el responsable de las deudas del empresario fallecido surgidas en el ejercicio de la empresa ? Y en esta sede estudiaremos asimismo la posibilidad de la aceptación a beneficio de inventario de una herencia en cuyo seno existe una empresa, ¿es compatible el ejercicio continuador y conservador de la empresa con la naturaleza de un patrimonio en administración y liquidación como es la herencia beneficiada ?, ¿es el beneficio de inventario un medio para autolimitar la responsabilidad incompatible con la forma jurídica de empresa individual ?

Como puede observarse, por tanto, el tema de la sucesión *mortis causa* es sugerente y rico en matices, son numerosísimos los problemas que plantea el tráfico hereditario de la empresa y su estudio exige abarcar y conectar múltiples ámbitos de nuestro Derecho Privado.

En el análisis de la materia no hemos atendido sólo al Derecho español, sino que hemos acudido frecuentemente al método del Derecho Comparado, ya que, si bien en España puede decirse que el tema ha sido escasamente estudiado y que las aportaciones doctrinales son pocas (aunque últimamente parece existir un creciente interés sobre el mismo), no ha ocurrido así en los países de nuestro entorno, donde la preocupación por la perennidad de la empresa familiar tras la muerte del empresario fundador se ha despertado más tempranamente y se ha materializado en previsiones concretas.

Así, en Alemania, la inquietud de juristas y economistas por los problemas de la sucesión en la empresa, tuvo su reflejo en una atención estatal a la fiscalidad de la misma y a la cuestión de su evaluación[10]. Por su parte, en Francia, donde el tejido económico de pequeñas y medianas empresas es fundamental para la economía, se constató que la segunda causa de la desaparición de las empresas era la transmisión[11] y los poderes públicos y las organizaciones de empresarios (CNPF, l'ETHIC, l'APE), tomaron conciencia de la necesidad de actuaciones precisas que favorecieran su tráfico sucesorio[12]. Igualmente en Italia, teóricos y prácticos en temas de empresa se dieron cuenta de que la llamada *"mistica de la PMI italiana"*[13] acabaría por disiparse si no se prestaba urgente atención a las cuestiones derivadas de su transmisión generacional.

---

[10] Vid. sobre el tema de las consecuencias fiscales de la transmisión hereditaria de la empresa : WALDNER, W. y RAUSCH, G. : "Das Testament des Unternehmers", Beck-Rechtsberater in Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1997, págs. 19 ss. y 111 ss.

[11] Vid. A.A.V.V. : "La transmission de l'entreprise familiale. L'avis des Experts et des Industriels", Colloque du 6 octobre 1993 organisé par le Barreau de Paris et l'Association pour la Pérennité de l'Entreprise. Ed. Economica, Paris, 1994, pág. 35.

[12] Así a partir de los años setenta se suceden actividades significativas que evidencian la evolución de mentalidad acerca del problema de la empresa : 1975, Rapport Sudreau ; 1978, Rapport de la Commission Ventejol-Blot-Meraud ; 1980, Rapport de la Commission Luc Gómard ; 1984, Rapport Le Baud au Conseil Economique et Social.

Es sumamente significativa también la actuación de movimientos como "L'INSTITUT DE L'ENTREPRISE", o "Le mouvement ETHIC", amén de la llamada "Association pour la Pérennité de l'Entreprise" (A.P.E.), que agrupa un gran número de empresas familiares ; así como el compromiso de los juristas (sobre todo notarios) interesados en la continuidad y conservación de las empresas.

Algunos ejemplos concretos de la materialización de la preocupación aludida son las siguientes leyes : Loi 84-578 du 9 juillet 1984 ; décret 85-356 du 23 mars 1985 ; Loi 85-98 du 25 janvier 1985 ; Loi 88-15 du 5 janvier 1988 ; y numerosas leyes fiscales sucesivas en los años noventa (principalmente 1990-1991)....

(Vid. LE NABAQUE, H. ; BOUSSIER, F. ; RICHEN, F. : op. cit., págs. 4 y ss.).

[13] Son palabras de Stefano ZAN en la *Premessa* a la edición italiana de la obra de Michel BAUER : "Le Patrons de PME et le Pouvoir, l'Entreprise et la Famille", titulada en italia : "Tra impresa e famiglia. Transmissione e successione nelle Piccole e Medie Imprese", La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1997, pág. 15 y ss.

Y aunque en estos sistemas alemán, francés e italiano, las medidas concretas adoptadas hayan sido más importantes en el campo fiscal y económico que en el jurídico, los trabajos de la doctrina en tema de la sucesión *mortis causa* de la empresa han sido fecundos, y a ellos nos ha parecido oportuno acudir en más de una ocasión en busca de soluciones que pudieran trasladarse *mutatis mutandi* a nuestro Derecho.

Finalmente, no ha faltado en esta tesis el análisis jurisprudencial. Ciertamente, si bien en nuestro país son escasos (por no decir escasísimos) los pronunciamientos acerca de la transmisión hereditaria de la empresa como tema global, sí nos han resultado iluminadoras las decisiones existentes sobre las distintas cuestiones y problemas que van constituyendo los cimientos y materiales con los que hemos ido construyendo el régimen hereditario del negocio mercantil individual.

Pasemos, pues, sin más preámbulos, al desarrollo de la materia que nos ocupa.

PRIMERA PARTE

LA EMPRESA Y SU FUTURO TRAS LA MUERTE DEL EMPRESARIO

CAPÍTULO PRIMERO
LA EMPRESA : ¿UNIDAD JURÍDICA EN LA TRANSMISIÓN HEREDITARIA ?

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La empresa aparece ante nuestros ojos como una entidad extraordinariamente compleja, como un conjunto de elementos que, organizados por la actividad integradora del empresario da lugar a una entidad superior y económicamente unitaria.

Ahora bien, esta unidad orgánica que conforman los elementos de la empresa, de modo que el conjunto tiene un valor muy superior del que tendrían los componentes por separado, ¿es sólo unidad económica o lo es también jurídica ?, o dicho de otra manera, fallecido el empresario, ¿puede la empresa transmitirse mortis causa a sus sucesores como un bloque unitario ?, ¿ o se disgrega irremediablemente en sus numerosos componentes en el caudal relicto ?

Se trata de la difícil cuestión de si es susceptible la empresa de constituir objeto unitario del tráfico jurídico.

En este capítulo trataremos de hallar una concepción de la empresa que permita su transmisión como unidad. Para ello examinaremos, en primer lugar, las construcciones doctrinales que sobre la misma se han realizado tanto en nuestro país, como en los de nuestro entorno ; después analizaremos los

pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, y por último, el Derecho positivo y los principios que lo inspiran en materia de empresa.

II. ESFUERZOS DOCTRINALES PARA ALCANZAR UNA CONCEPCIÓN UNITARIA DE LA EMPRESA QUE PERMITA SU CONFIGURACIÓN COMO OBJETO DEL TRÁFICO[1]

1. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DE LA EMPRESA EN EL DERECHO COMPARADO

Muy fecunda ha sido la literatura sobre la empresa en el Derecho Comparado, y especialmente en Italia donde, aunque ya antes del Código Civil de 1942, se había preocupado la doctrina por el tema, es desde la publicación de éste cuando los autores se entregan a los esfuerzos por lograr una definición coherente de la empresa, que el nuevo Código disciplina pero no define sino indirectamente, y a su diferenciación con la *"azienda"* o el negocio[2], consagrada también en el articulado del Código.

En esta sede vamos a examinar el concepto que en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se han elaborado sobre la empresa, y las variadas construcciones acerca de su naturaleza jurídica, construcciones que han tropezado siempre con la dificultad de la necesidad de traducir una realidad eminentemente económica en términos jurídicos.

1.1. TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE EMPRESA

[1] Epígrafe tomado del "Ensayo de un sistema de Derecho de la Empresa", de A. POLO DÍEZ (Librería Bosch, Barcelona, 1947, pág. 45).

[2] Para la traducción del término italiano "azienda" aceptamos el de "negocio", utilizado por F. Sánchez Calero ("Instituciones de Derecho Mercantil I. Introducción, Empresa y Sociedades", Vigésima segunda edición, Mcgraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 173 y ss) por parecernos más adecuado que el de "hacienda" o "establecimiento", pues este último, al designar la sede o domicilio de la empresa, puede dar lugar a múltiples equívocos.

Las concepciones son múltiples y van, desde aquéllas, cercanas al concepto económico, que entienden la empresa como organización o complejo organizado y no suelen distinguir entre ésta y el negocio, hasta la mayoritaria en el Derecho italiano que ve en la empresa una actividad, netamente diferenciada del negocio, que se configura como el complejo instrumental para el ejercicio de la actividad de empresa, sin olvidar otras nociones peculiares, como las que conciben la empresa cual derecho subjetivo o producto de la actividad contractual de empresario. En nuestro análisis nos detendremos especialmente en la producción italiana sin descuidar, no obstante, las opiniones de la doctrina francesa y alemana. Veremos pues estos grupos de teorías, comenzando por la teorías orgánicas y las de la empresa-actividad, y a continuación examinaremos brevemente las particulares de NICOLÒ y RAVÀ.

A) Noción de empresa como organismo u organización. La empresa como institución

Afirma ASQUINI[3] que el concepto de empresa es el concepto de un *fenómeno económico poliédrico*, el cual tiene bajo el aspecto jurídico no uno, sino varios perfiles. Por ello las definiciones jurídicas pueden ser distintas según el diferente punto de vista desde el que se contemple la realidad económica.

Se distinguen por tanto, hasta cuatro perfiles jurídicos de la empresa[4]. El primero es el subjetivo, la empresa como empresario, pues a menudo se considera la organización económica de la empresa desde su vértice, usando la palabra en sentido subjetivo como sinónimo de empresario. Otro perfil es el funcional, punto de vista dinámico, desde donde la empresa aparece como

[3] Cfr. "Profili dell'impresa", Riv. Dir. Comm. 1943 I, págs. 1 y 2. Ideas ya apuntadas por el mismo autor en ASQUINI, A. - CARNELUTTI, F. - MOSSA, L. : "Sulle nuove posizioni del Diritto Commerciale", Riv. Dir. Comm. 1942 I, pág. 66.

[4] Cfr. "Profili ..." cit., págs. 6-20.

actividad empresarial dirigida a una determinada finalidad productiva. Bajo el perfil patrimonial y objetivo, se presenta como patrimonio comercial y como negocio. Y el último perfil es el corporativo, según el cual la empresa viene considerada la especial organización de personas formada por el empresario y sus colaboradores, que constituyen un núcleo social organizado en función de un fin económico común. Tal consideración de la empresa conduce al autor a encuadrarla jurídicamente en la figura de la institución [5].

Esta noción de empresa como institución triunfó entre los juristas franceses e italianos, algunos de ellos muy ilustres, que vieron en tal configuración el camino más directo para acercarse a la realidad económica del fenómeno empresarial.

Así, en Francia, DURAND afirma que la empresa es una institución que puede definirse como una sociedad organizada en el interior de la sociedad política y a imagen de la misma[6]. Opinión sostenida también por CLEMENS[7] y por DESPAX[8].

---

[5] Es institución según ASQUINI, toda organización de personas fundada sobre una relación de jerarquía y de cooperación entre sus miembros en función de una finalidad común. (Cfr. "Profili ..." cit., pág. 17).

Afirma el autor que en la empresa, como organización de personas, se dan todos los elementos de la institución : el fin común, el poder ordenador del empresario respecto a los trabajadores subordinados, la relación de cooperación entre aquéllos, y la consiguiente formación de un ordenamiento interno de la empresa. (Cfr. "Profili ..." cit., pág. 18).

[6] Cfr. DURAND, P. : "La notion juridique de l'entreprise" (rapport). Journées de Droit Civil de Luxembourg, 9 et 10 Juin 1947. Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française III, 1947, pág. 49.

[7] Vid. "La notion juridique d'entreprise". Journées de Droit Civil de Luxembourg, 9 et 10 Juin 1947. Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française III, 1947, pág. 193 :*"Ce qu'il importe seulement de noter, c'est que l'entreprise est une institution et que le droit de l'entreprise est le droit d'une formation sociale originale..."*

[8] Vid. "L'entreprise et le Droit". Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1957, pág. 367. Este autor, sin embargo considera insuficiente la figura de la institución para aclarar la naturaleza jurídica de la empresa (ibídem).

La doctrina italiana que defiende esta concepción reconoce en la empresa un organismo vivo, una entidad unitaria que está compuesta de actividad y de bienes, de capital y de trabajo, de cosas y de energía[9]. Es por tanto un error la división artificial entre empresa y negocio, pues la empresa, o es un fenómeno único[10], o comprende en su seno al negocio[11].

Al lado de estas configuraciones absolutamente unitarias, otros autores también institucionalistas señalan la necesidad de distinguir jurídicamente entre empresa y negocio. Así "empresa" designa el ordenamiento de las relaciones entre las personas que, en diversas posiciones jerárquicas y funcionales, constituyen la organización subjetiva de la empresa ; y "negocio" expresa la unión de los bienes que representan los instrumentos de la actividad empresarial, es decir, su organización objetiva . Esta es la construcción de GRECO[12], el cual, sin embargo, no va más lejos en la distinción, pues manifiesta que ambos aspectos o momentos se compenetran y se unifican en una síntesis superior : la visión general de la empresa.

---

[9] Cfr. ASQUINI, A. - CARNELUTTI, F. - MOSSA, L. : "Sulle nuove posizioni ..." cit., pág. 71.

[10] Esta es la visión de Lorenzo MOSSA, para el que la empresa alcanza en el Derecho un rango institucional análogo a la familia, a un organismo que vive para el interés de todos. (Cfr. "Nozione del fondo di commercio e dell'impresa commerciale e sue prospettive avvenire", N.R.D.C. 1950 III, pág. 107 y ss) ; vid. del mismo autor : "Trattato del nuovo Diritto Commerciale secondo il Codice Civile del 1942", vol. I, Società Libraria, Milano, 1942, págs. 165-166 y pág. 337, nota 3 ; y de ASQUINI, A. - CARNELUTTI, F. - MOSSA, L. : "Sulle nuove posizioni ..." cit., pág. 71.

[11] SANTI ROMANO, entiende por empresa la organización de una actividad dirigida a ciertos fines económicos, un ente social distinto de las personas que lo forman y de sus otros elementos, que se encuadra en la categoría de institución. Este organismo-institución que es la empresa, es comprensivo del negocio, definido por el Código como complejo de bienes organizados. En principio el negocio podría configurarse también como institución, pero el autor considera insostenible esta postura por la complejidad que supondría la existencia de una pluralidad de entes, unos superpuestos a otros. Así, entre la tesis que considera la empresa y el negocio instituciones distintas, aunque sea indisolublemente ligadas entre ellas, y aquélla que lo entiende como parte de una institución más amplia, sostiene como más satisfactoria la segunda. (Cfr. "A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola" Riv. Dir. Agr. 1947, págs. 19-27)

[12] Cfr. "Corso di Diritto Commerciale. Impresa - Azienda - Società". 2ª Ed. Edizioni Universitarie Malfasi. Milano, 1948, págs. 50-54.

En igual sentido, BRACCO[13] observa como en la realidad social la empresa es un organismo económico formado tanto por una organización de personas como por la organización de los bienes. Y así también jurídicamente la empresa, sin merma de su unidad, comprende dos elementos: una comunidad organizada de fuerzas de trabajo, configurada como institución, y una organización de bienes (negocio).

Frente a estos autores que integran la organización de personas y de cosas en un solo organismo que denominan empresa, VALERI[14] y SALANDRA[15], diferencian tajantemente entre empresa y negocio en orden a su propia estructura que los configura como entidades jurídicas diferentes, tal que la empresa es una organización de personas (los colaboradores del empresario) para la consecución de una finalidad económica, y tiene el carácter de institución, mientras que el negocio es organización de medios materiales con el mismo fin.

No obstante, este afán de catalogación y diferenciación, en el fondo motivado por el Código, ha encontrado reacciones adversas y críticas en la propia doctrina. Es interesante al respecto la opinión de DE GREGORIO[16], el cual, sin ocultar su simpatía hacia la teoría de la empresa como institución, entiende que el Código ha regulado una figura única o un solo instituto jurídico: la empresa. Si es exacto que deba hablarse de institución, la empresa, considerada en su conjunto, es una institución; y es instrumento de la misma, el negocio, patrimonio vivo gracias a la actividad del empresario; pues siendo útil analizar las figuras de empresa y negocio de modo técnico, el

[13] Cfr. "L'impresa nel sistema del Diritto Commerciale". CEDAM, Padova, 1960, págs. 157-184.

[14] Vid. "Manuale di Diritto Commerciale", Il Castellaccio, Firenze, 1945; vol. I, págs. 12 y ss y vol. II, págs. 6 y ss.

[15] Vid. "Manuale di Diritto Commerciale, vol. I. L'impresa commerciale. Le società commerciali", Bologna, 1946, págs. 59 y ss.

[16] Cfr. "Corso di Diritto Commerciale. Imprenditore - Società". 6ª Ed. Società Editrice Dante Alighieri, Milano - Roma - Napoli - Città Castello, 1966. Págs. 50-59.

exceso de clasificación ha llevado a la doctrina a posiciones absurdas e insostenibles.

La empresa se presenta en la vida como unidad de energías y de bienes, de modo que si los bienes organizados componen el negocio, éste no es algo distinto frente a la empresa, sino que constituye un elemento de la misma, además el propio Código, a pesar de tratar separadamente el negocio, termina a menudo refiriéndose ora a la empresa, ora al negocio, considerado un elemento esencial de aquélla[17].

Una amplia visión orgánica posee OPPO[18], el cual construye jurídicamente la empresa como una realidad global, mediante la síntesis de organización y actividad, y su conexión en términos de función.

Si bien el Derecho distingue entre sujeto, acto y objeto, y así identifica el empresario como sujeto, la empresa como actividad económica y profesional organizada para la producción o el intercambio, y el negocio como complejo de bienes para el ejercicio de la actividad, cada perfil no excluye a los otros, sino

---

[17] En la misma línea crítica, CORSI (Cfr. "Lezioni di Diritto dell'Impresa". Giuffrè Editore, Milano, 1992, págs. 18 y ss.) considera la empresa como una *entidad integral* que, si bien puede ser analizada en sus componentes, no puede dividirse en su realidad de *organismo vital*. Por ello entiende inútil y artificial querer separar las nociones de negocio y empresa y afirma que tal distinción corresponde al tradicional esquema "propietario" que ve, de un lado un sujeto (el empresario, persona física o jurídica), y de otro un bien, objeto del derecho real de propiedad (negocio). Pero dado que en la empresa la relación de tipo "propietario" se sustituye por la simple destinación del bien al servicio de la actividad, tal esquema no puede evidentemente aspirar a abarcar con plenitud la realidad de la empresa. En realidad, afirma el autor, el complejo al cual la ley alude con el nombre de "azienda" no es otra cosa que un componente de la empresa. Así, al regular la transmisión o la sucesión, el legislador habla de negocio, pero la realidad subyacente es la empresa en su plenitud de actividad y organización (Vid. CORSI, F : op. cit., págs. 77-79)

Por su parte AULETTA, analiza la empresa en su aspecto social y económico para examinar luego su problemática en términos jurídicos. Así la empresa es una única realidad compleja, consta de la actividad del empresario (empresa - actividad) de un lado, y los servicios de los colaboradores y los bienes de producción de otro (negocio), y constituye un organismo que representa una unidad económica, pero no una unidad jurídica. (Vid. "Impresa e Azienda", Temi Napoletana, 1958, págs. 20-30)

[18] Cfr. "Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano", Riv. Dir. Civ. 1976 II, págs. 591-608. También publicado en "Diritto dell'impresa. Scritti Giuridici I". CEDAM, Padova, 1992, págs. 56-75.

que los reclama, pues viene dibujado en función de los demás y de la unión de todos ellos emerge una realidad jurídica global de la empresa como lo es la realidad social y económica. La realidad global de la empresa radica por tanto, en el plano jurídico y normativo, en la síntesis organización-actividad, y la conexión de ambos datos en términos de función [19].

Dentro de estas configuraciones orgánicas, creemos digna de mención aquella noción personalísima que, concibiendo el negocio como el conjunto de bienes organizados para un fin económico, hace de la empresa un fenómeno dinámico : el negocio en movimiento. El principal representante de esta corriente es CARNELUTTI, el cual, ante el problema de la diferenciación entre empresa y negocio llega a la siguiente conclusión : el concepto de negocio pertenece a la estática, mientras que el concepto de empresa a la dinámica del Derecho[20]. Para él la empresa es el negocio en acto o en movimiento, y el

[19] Dicha conexión, expresión de la realidad global de la empresa, se halla presente en los distintos momentos de la vida de la empresa : en su nacimiento y extinción (la empresa nace cuando se realizan la organización y la actividad productiva), en los cambios o sustituciones en la misma, ya que en aquéllos, lo que comúnmente viene identificado como transmisión del negocio (cual objeto de derecho), es en realidad un supuesto de sustitución en la empresa ; porque el negocio se considera como complejo de elementos patrimoniales organizados *para el ejercicio de la empresa*, que es la función que la califica también como objeto del derecho.

La ley se refiere a la total realidad de la empresa, y no sólo a la organización patrimonial, en el sentido de que la transmisión es querida para el ejercicio de la empresa. El ejercicio de la actividad empresarial constituye el momento causal de la transmisión, es por esta vía, es decir sobre el plano de la función, que se conectan en los supuestos de transmisión, la organización y la actividad. (Vid. OPPO, G. : "Realtà giuridica ..." cit. en Riv. Dir. Civ. 1976 II, págs. 596-601 ; o en "Diritto del impresa. Scritti Giuridici I..." cit., págs. 63-69. Y del mismo autor "Impresa e Imprenditore" en "Scritti Giuridici..." cit., págs. 263-266.)

La importancia de la organización la pone de manifiesto también OPPO en otros escritos : "L'Impresa come fattispecie" publicado en Riv. Dir. Civ. 1982 I, pág. 112 ; y en "Scritti Giuridici..." cit., págs. 243 y 273.

[20] ASQUINI, A. - CARNELUTTI, F. - MOSSA, L. : "Sulle nuove posizioni..." cit., pág. 68.

negocio, la empresa en quietud[21] ; por lo que, en general, la empresa es en sí un fenómeno complejo que engloba ambas realidades[22].

En la misma posición se sitúa GHIDINI, para el cual, cuando el negocio, complejo instrumental de por sí inerte compuesto de bienes organizados, viene puesto en movimiento merced al ejercicio del empresario con la instauración de relaciones jurídicas de muy variada índole, entonces la actividad económica desarrollada sobre la base del negocio da lugar a la empresa. De ahí que jurídicamente, el concepto de empresa sea amplio, y comprenda tanto el negocio (bienes organizados) como el complejo de relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, que resultan de la actividad de ejercicio y organización del empresario[23].

Y por último, no podemos dejar de referirnos a otra corriente de autores que, concibiendo la empresa igualmente como organización de los factores de producción a los fines del ejercicio de una determinada actividad productiva, conciben el vínculo entre el negocio y la empresa como una relación de género y especie. El género lo constituye el negocio, entendido como cualquier coordinación de los factores elementales de la producción, y la especie viene dada por la empresa, que es aquélla forma más evolucionada y compleja del negocio, en la cual un individuo, convirtiéndose a propio riesgo en coordinador de los factores de producción cuyo disfrute se asegura por medio de una larga red de negocios jurídicos, actúa, en régimen muy desarrollado de economía de

[21] Ibídem.

[22] Esta concepción de CARNELUTTI es criticada por ASQUINI en el prefacio que realiza a las cartas de aquél y MOSSA ("Sulle nuove posizioni ..." cit., pág. 66) por considerarla poco adecuada al sistema del Código.

[23] Cfr. "Disciplina giuridica dell'impresa". Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950, págs. 164-165 y del mismo autor, "Lineamenti del Diritto dell'impresa". Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1978, págs. 24-25.

producción y de intercambio, una producción dirigida a satisfacer las necesidades de una esfera más o menos grande[24].

B) La noción de empresa como actividad

Frente a las concepciones anteriores de la empresa como organismo o institución, la mayoría de la doctrina italiana entiende la empresa como una actividad especialmente cualificada, y el negocio como el conjunto (más o menos amplio) de los bienes que sirven para la misma. La base para tal construcción viene dada por el propio Código que, en su artículo 2082 define al empresario como aquél que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o el intercambio de bienes o servicios[25], y en el artículo 2555 dice que el negocio es el complejo de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa[26].

Efectivamente, a pesar de observar que en la realidad económica la empresa se presenta como una organización de elementos personales y reales

---

[24] Cfr. ROTONDI, M. : "Trattato di Diritto dell'Industria. Teoria Generale dell'azienda". CEDAM, Padova, 1929, pág. 39.

De la misma opinión es SANTORO PASARELLI (Vid. "L'impresa nel sistema del Diritto Civile", Riv. Dir. Comm. 1942 I, págs. 376 y ss.), el cual critica la concepción de la empresa como organización meramente personal, como actividad jurídica o como empresario, y la concibe cual organismo vivo, siendo la relación entre ésta y el negocio, de especie a género : la empresa es el negocio productivo estable de grande o mediana dimensión.

Asimismo LA LUMIA, en sus escritos anteriores a la publicación del Código Civil italiano de 1942 (Vid. "Teoria giuridica dell'azienda commerciale", Riv. Dir. Comm. 1940 I, pág. 421), considera la empresa una forma de ejercicio del negocio, que se contrapone al oficio ; según manifiesta : *"... l'azienda può essere gestita sia mediante una organizzazione rispondente al concetto di mestiere, o di artigianato, sia mediante una organizzazione più complessa e progredita, coincidente col concetto di impresa ; la quale, pertanto, è bene qualificata una sottospecie dell'azienda"*. Pero vigente el Código, LA LUMIA rechaza tal configuración incompatible, según su criterio, con el texto legal que regula la empresa como actividad dirigida a unos ciertos fines y el negocio como instrumento de aquélla. (Vid. "Azienda e Impresa" en "Scritti Giuridici in onore di A. Scialoja", vol. II. Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1953, pág. 492)

[25] *"È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"*

operada en función de un resultado económico[27], los autores italianos mayoritariamente optan por considerar jurídicamente la empresa como la actividad del empresario[28].

---

[26] *"L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".*

[27] Vid. FERRI, G. : "Manuale di Diritto Commerciale". 10ª Ed. a cura di C. Angelici e G.B. Ferri. UTET, Torino, 1996. Págs. 35 y 41. Vid. asimismo de este autor "Revisione del Codice Civile e autonomia del Diritto Commerciale", Riv. Dir. Comm. 1945 I, pág. 100.

Señala FERRI que, contrariamente a lo que sucede en la realidad económica, el Código Civil ha distinguido entre negocio y empresa como actividad. Sin embargo ambos no son sino aspectos de la empresa económica y sólo a través de su consideración conjunta se puede llegar a una noción exacta de empresa.

[28] Así, para ASCARELLI, la empresa es actividad económica que tiene como instrumento el negocio y está dirigida al mercado. (Cfr. "Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa". Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1962, pág. 375).

CASANOVA entiende la empresa como "la actividad organizada a los fines de la producción o del intercambio de bienes y servicios, ejercitado profesionalmente" (Cfr. "Impresa e Azienda (Le imprese commerciali)", en "Trattato di Diritto Civile" dirigido por Vasalli, tomo X, vol. I UTET, Torino, 1974, pág. 63 ; y también "Impresa" , "Novissimo Digesto italiano" Tomo VIII, UTET, Torino, 1962, pág. 354.)

También FERRARA considera la empresa como la actividad profesional del empresario, aunque cree que jurídicamente carece de importancia, pues las figuras en torno a las cuales se polarizan los efectos jurídicos son las de empresario y negocio (Cfr. "La teoria giuridica dell'azienda". Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, pág. 79).

Según COTTINO ("Diritto Commerciale". Vol. I. Tome I. 3ª ed. CEDAM, Padova, 1993, págs. 175 y ss), superada la contraposición entre las doctrinas institucionalistas y contractualistas, la empresa es la actividad económica del empresario, llevada a cabo mediante el empleo racional de los medios de producción y la organización del trabajo subordinado.

FERRO-LUZZI define la empresa como *"actividad objetivamente considerada"* (Vid. "L'impresa", en "L'impresa, Quaderni Romani di Diritto Commerciale" dirigidos por Bernardino Libonati y Paolo Ferro-Luzzi. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985, pág. 19) ; y GORASSINI la sitúa en la categoría de los *comportamientos materiales teleológicamente orientados* y sometidos a los principios de la actualidad y la efectividad (Cfr. "La organizzazione dei beni in universitas. Ancora una reflessione su impresa e azienda (con particolare riguardo all'azienda familiare"), Rass. Dir. Civ. 1987 I, pág. 301).

Para GRAZIANI, la empresa es actividad económica organizada y profesionalmente ejercida por el titular que asume el riesgo, con el fin de la producción o el intercambio de bienes y servicios (Cfr. "L'impresa e l'imprenditori. Lezioni di Diritto Commerciale". A. Morano Editore. Napoli, s.d. Pág. 23 y ss.) ; y en parecidos términos se manifiestan CANDIAN (Vid. "Instituciones de Derecho Privado". Traducción de la 2ª edición italiana por Blanca P. L. de Caballero. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961, pág. 73) ; FRANCESCHELLI (Vid. "Imprese e Imprenditori", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970, pág. 307) ; MESSINEO (Vid. "Derecho Civil y Comercial", Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1954, pág. 215), MERLANI (Vid. "Lineamenti dell'impresa industriale e dell'impresa mercantile", 2ª Ed. CEDAM, Padova, 1963, pág. 19) ; FORMIGGINI (Vid.

Por tanto, para este amplio sector de la doctrina la empresa es *actividad* (serie coordinada de actos unificados por una función unitaria) caracterizada por una finalidad específica (producción o cambio de bienes y servicios) y por una determinada forma de ejercicio (organización, carácter económico y profesionalidad)[29].

Como vemos no se trata de una simple actividad, sino de actividad especialmente cualificada por las notas siguientes :

1ª) Es actividad productiva, destinada a la producción o el cambio de los bienes y servicios.

"Azienda Commerciale", Riv. Dir. Civ. 1957, págs. 60-61) ; MINERVINI (Vid. "L'imprenditore. Fattispecie e statuti", Morano Editore, 1970, págs. 9 y ss. y "L'evoluzione del concetto d'impresa (spunti per una ricerca)" Riv. Soc. 1976, págs. 496-504) ; RIVOLTA ("La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo" Riv. Dir. Civ. 1987 I, pág. 209) ; SANTINI, G. : "Le teorie sull'impresa (Civilisti e laburisti a confronto)" en "Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues III", Editorial Tecnos, Madrid, 1971, pág. 233 y ss ; y TABELLINI ("Il concetto d'azienda". Morano Editore, Napoli, s.d., pág. 90).

LA LUMIA, como hemos dicho más arriba, cambia su postura tras la publicación del Código Civil italiano de 1942. Bajo el imperio del nuevo Código, afirma, la empresa no puede ya considerarse una especie del género negocio, la empresa no es más respecto del negocio, sino algo distinto. La configura entonces como el desarrollo de una actividad económica, y por ello la reconduce a la categoría de los hechos jurídicos, y más concretamente, de los actos jurídicos de masa. (Cfr. "Azienda e Impresa" en "Scritti Giuridici in onore ...." cit., págs. 491-493.)

Según PANUCCIO, el ordenamiento italiano regula la empresa sobre el principio de la prevalencia del perfil de la actividad sobre los del sujeto y el objeto. Un estudio del Derecho positivo conduce a afirmar que la disciplina jurídica de la empresa está dictada, fundamental aunque no exclusivamente, en función de la actividad (Cfr. "Teoria giuridica dell'impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974. Págs. 160 y ss. ; o "Impresa", en "Enciclopedia del Diritto XX", Giuffrè Editore, Milano 1970, págs. 621 y ss).

Y en la doctrina francesa, destaca la opinión de PAILLUSSEAU que criticando la postura que hace de la empresa una persona moral, propone volver los ojos hacia la realidad empresarial, que constituye una actividad de producción, de transformación o de distribución de bienes y de prestación de servicios ; y considera esta actividad la vida, la realidad y la esencia de la empresa. (Vid. "Rapport de synthése sur la transmission d'entreprise". Rev. Jur. Comm., numéro special, novembre 1988. La transmission des entreprises. Colloque organisé à Deauville les 11 et 12 Juin 1988 par l'Association Droit et Commerce, pág. 165.)

[29] Cfr. CAMPOBASSO, G.F. : "Diritto Commerciale I, Diritto dell'impresa", 2ª Ed. UTET, Torino, 1993. Pág. 27.

2ª) La actuación del empresario se ha de concretar sobre el plano objetivo en la creación de una organización, un aparato productivo estable y complejo, formado por personas y bienes instrumentales.

3ª) La actividad debe tener carácter económico, que viene dado por el método con el que se realiza. La actividad productiva se conduce con método económico cuando está dirigida a procurar la remuneración de los factores productivos utilizados, cuando se desarrolla con modalidades que consienten la cobertura de los costes con los beneficios.

4º) El ejercicio habrá de ser profesional, lo que significa ejercicio habitual y no ocasional de una actividad productiva.

5º) Es innecesaria la finalidad de lucro, pues desde el punto de vista subjetivo es irrelevante, y desde el aspecto objetivo se confunde con el llamado método económico[30].

Así pues, el empresario es un sujeto, la empresa es la actividad por él organizada y desarrollada y el negocio es un objeto, el instrumento del que se sirve el empresario para ejercer la empresa[31]. Empresa y negocio están por tanto conectados por una relación de medio a fin. Pero esta relación de instrumentalidad tal vez deba configurarse como de recíproca dependencia, ya que si, de un lado el negocio es el medio a través del cual se desarrolla la

---

[30] Cfr. CAMPOBASSO, G.F. : op. cit., págs. 27 y ss. ; y en el mismo sentido vid. CANDIAN, A. : op. cit., págs. 72 y ss ; CASANOVA, M : "Impresa", "Novissimo Digesto ..." cit., págs. 352 y ss. ; GRAZIANI, A. : op. cit., págs. 23 y ss. ; MINERVINI, G. : "L'imprenditore ..." cit., págs. 9 y ss. ; PANUCCIO, V. : "Teoria giuridica ..." cit., págs. 151 y ss. o "Impresa", "Enciclopedia del ..." cit., págs. 617 y ss ; SPADA, P. : "Impresa" en "Estratto dal Digesto", Vol. VII, Commerciale. 4ª ed. UTET, Torino, 1992, págs. 20 y ss.

Sin embargo, estas características no parecen ser en todo supuesto necesarias, así afirma GUIZZI, que para la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia se prescinde de los caracteres formales de organización y habitualidad, y aparece como empresa "cualquier acto de relevancia económica, incluso aislado y sin ningún atisbo de sistematicidad", en cuanto es idóneo para incidir sensiblemente sobre el mercado común. De ahí que pueda decirse que los conceptos legislativos son siempre parciales y dependen de las circunstancias que en un determinado momento aparecen merecedoras de protección. (Cfr. "Il concetto di impresa tra Diritto Comunitario, legge antitrust e Codice Civile" Riv. Dir. Comm. 1993 I, págs. 277-313).

[31] Cfr. CASANOVA, M : "Impresa e Azienda..." cit., pág. 69 ; y "Impresa" en "Novissimo Digesto..." cit., pág. 354.

actividad del empresario, el mismo constituye también el resultado de la propia actividad, viniendo no sólo constituido sino continuamente renovado por la actividad del empresario[32].

Una configuración que se sitúa en esta tendencia, aunque con particularidades es la de FANELLI. El autor define la empresa asimismo como "ejercicio profesional de actividad económica organizada para el mercado de bienes y servicios"[33], y la encuadra en la categoría de los hechos complejos o de los actos complejos de carácter continuado[34].

Pero, y aquí está la peculiaridad de la construcción, señala FANELLI que el régimen jurídico de la empresa no permite configurarla como actividad cualquiera, manifestación de la privada y libre autonomía, sino que la eleva a manifestación de autonomía funcional, por lo que la actividad empresarial tiene la calificación de *ejercicio de función.*

El valor funcional de la empresa mercantil trae su legitimidad según el autor, de su propio estatuto, inspirado en la necesidad de tutelar los derechos y las legítimas expectativas de los terceros, además de los intereses generales de la sociedad, estrechamente ligados a la ordenación y al normal funcionamiento de los factores que operan en el mercado y para el mercado de bienes y servicios[35].

---

[32] Cfr. FERRARI, G. : "Azienda" en "Enciclopedia del Diritto IV", Giuffrè Editore, Milano, 1959. Pág. 684.

[33] Cfr. "Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950. Pág. 79.

Dos elementos configuran la empresa en la noción de FANELLI (cfr. op. cit. págs. 81 y ss) : a) el elemento estructural, constituido por el ejercicio profesional de una actividad económica organizada y, por tanto, de una actividad caracterizada por una triple cualidad : económica, organizada y profesional ; y b) el elemento teleológico, constituido por el fin de producir o intercambiar bienes o servicios, en síntesis, de operar para el mercado.

[34] FANELLI, G. : op. cit., pág. 112.

[35] FANELLI, G. : op. cit., págs. 127 y ss.

El principal problema que se ha planteado a los autores que definen la empresa como actividad es la posibilidad de la transmisión de ésta. Respecto al tema la doctrina está dividida entre los que consideran transmisible la empresa y aquéllos que niegan la posibilidad de su transmisión, entendiendo transferible sólo el negocio.

Entre los primeros se encuentra CASANOVA al defender que la empresa no pierde la propia identidad si un nuevo sujeto (empresario) substituye a aquél que hasta entonces ejerció o en cuyo nombre fue ejercida la actividad empresarial.

Ante la objeción de que, siendo la empresa una forma de actividad, la misma debe reputarse inseparable del sujeto operante — el empresario — y, por tanto, intransferible, argumenta el autor que una determinada actividad puede ser continuada por una persona diferente de aquélla que la inició, y que sucede en la actividad de su predecesor. Esto ocurre con la empresa, la cual, cambiando de titular, continúa con el nuevo empresario substancialmente inmutada, levantándose sobre la misma organización real y personal, o sea sobre el mismo negocio, persiguiendo los mismos objetivos técnicos y económicos, conservando el mismo nombre y los mismos signos distintivos, prosiguiendo las labores en curso, las relaciones preexistentes ...

Este fenómeno de la continuidad de la empresa presupone la continuidad del negocio, que es el organismo técnico-económico merced al cual concretamente se realiza la coordinación de los factores de la producción. La sucesión en la empresa implica la transmisión del negocio que a la empresa pertenece.

Pero, al hablar de la sucesión en la empresa, no quiere usar CASANOVA la expresión "sucesión" en sentido técnico. Al contrario, lo que intenta poner en evidencia el autor con su construcción es que, por regla

general, quien adquiere una empresa para ejercer con ella la actividad empresarial, no ejerce una nueva empresa, sino que continúa el ejercicio de una empresa preexistente, que conserva, a pesar del cambio de titular, su identidad[36].

En la línea del anterior, otro autor, TOMMASINI[37], consigue una formulación más clara gracias a la neta distinción entre los conceptos de empresa, empresario y negocio a los efectos de la transmisibilidad.

Así, mientras la cualidad de empresario se adquiere a título original y no es transmisible, sí lo son la empresa y el negocio. No obstante en todo caso se impone la necesidad de diferenciar entre la transmisión de los bienes y la sucesión en la actividad, pues se trata de momentos diferentes y no necesariamente ligados.

La empresa (actividad) precisa para su desarrollo siempre una organización de bienes, por lo que la sucesión o continuación en la actividad presupone siempre la transmisión del complejo de bienes que componen el negocio. Sin embargo, la transmisión del negocio no implica la sucesión o continuación en la actividad empresarial, ni requiere necesariamente la existencia de una precedente actividad de empresa.

La sucesión en la actividad de empresa constituye un *posterius* respecto a la sucesión en la titularidad del negocio, y no postula ninguna ulterior específica actividad dispositiva, debiéndose reportar al desenvolvimiento efectivo de los comportamientos que consienten al sujeto adquirir a título originario la cualidad de empresario.

---

[36] Cfr. "Impresa e Azienda ..." cit., pág. 70 y nota 3ª ; y también "Impresa" en "Novissimo Digesto Italiano..." cit., pág. 354.

[37] Cfr. "Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti (Azienda e Propietà)", Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1986, págs. 160 y ss.

FERRARA, por su parte, critica esta doctrina de la continuación de la empresa y la sucesión en la empresa, y afirma que la ley considera la empresa en función del sujeto que la ejercita y que adquiere, por esta causa, la cualidad de empresario. Si el sujeto en un momento determinado cesa su actividad, pierde consiguientemente la cualidad de empresario. Si otro inicia una actividad correspondiente a la del anterior empresario aunque sea valiéndose de los mismos medios, da lugar a una nueva empresa y adquiere a su vez la cualidad de empresario. Como la cualidad de empresario no se transmite sino que se adquiere sólo por el efecto de la actuación como tal, asimismo no se transmite la empresa, porque la actividad no es concebible separadamente del sujeto. Un sujeto puede, desde el punto de vista material, continuar la actividad cesada por otro, pero no puede continuarla desde el punto de vista jurídico, ni tanto menos puede suceder en la actividad del otro[38] [39].

Ciertamente la transmisión constituye el punto más débil de esta noción de empresa, y muchas de las críticas contra la misma se basan precisamente en la intransmisibilidad de la actividad[40].

Afirma por ello CORSI[41] que, a pesar de que, en principio, puede decirse que el Código parece optar por considerar la empresa como actividad, se dan en la regulación del Código múltiples incongruencias, que se refieren

---

[38] Cfr. FERRARA, F (Jr.) : "Scritti Minori I. Impresa e Azienda - Società", Dott. A.. Giuffré Editore, Milano, 1977, pág. 67.

[39] Esta opción es la seguida por una gran parte de los autores que entienden la empresa como actividad : sólo el negocio es transmisible, y no la empresa, que surge, junto con la cualidad de empresario, por el ejercicio efectivo de una actividad que cumpla los requisitos exigidos por la ley y que recaiga sobre los bienes que constituyen el negocio. Vid. entre otros COTTINO, G. : op. cit., pág. 249 ; FERRARI, G. : op. cit. pág. 705 ; FERRI, G. : "Manuale di Diritto Commerciale..." cit., pág. 226, FORMIGGINI, A. : op. cit., pág. 61.

[40] GHIDINI (cfr. "Disciplina giuridica ...." cit., pág. 165) manifiesta que, siendo la empresa posible objeto de transmisión (cuando junto con el negocio se transmiten las relaciones jurídicas inherentes) ¿cómo se puede afirmar que la empresa es actividad ? La actividad es propia de un sujeto, es un atributo personal intransferible. Diciendo que la empresa es actividad se llega inevitablemente a la tesis que ha hecho de la empresa un sujeto de derechos, tesis actualmente superada y rechazada.

[41] Cfr. op. cit., págs. 60-61

principalmente a la continuación de la empresa por un menor o incapaz del artículo 320.5[42], y a la regulación de la transmisión del negocio.

Efectivamente, cuando hablamos de que una empresa forma parte o no del patrimonio del incapaz, estamos entendiendo esta última evidentemente, no ya como simple actividad, sino como entidad organizada. El Código Civil hace referencia al ejercicio de una empresa mercantil y a su continuación; pues bien, si por empresa debiera comprenderse la simple actividad, para el sucesor formalmente se trataría de un inicio y no de una continuación. La verdad es que en esta hipótesis legislativa, el menor no sucede simplemente en una actividad o en la propiedad de un inerte complejo de bienes, sino que entra en la titularidad de una empresa, que es algo diferente, y susceptible de continuación[43].

De la misma opinión es Paolo FERRO-LUZZI[44], que sostiene que en este caso la empresa ha de ser entendida no como actividad, sino como organismo productivo, pues no es coherente referir el supuesto a la continuación de una personal actividad productiva.

C) La teoría del derecho subjetivo de empresa

NICOLÒ[45] analiza la relación (de carácter jurídico) existente entre el empresario (sujeto) y aquella entidad objetiva que es la organización de los bienes, es decir el negocio, distinguiendo para ello entre dos fases.

---

[42] *"L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla istanza"*

[43] Cfr. CORSI, F. : op. et loc. cit.

[44] Cfr. op cit., pág. 39.

[45] NICOLÒ, R. : "Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del Diritto Civile", Riv. Dir. Comm. 1956 I, págs. 177-195.

En una fase preliminar el sujeto, aún no cualificado como empresario, lleva a cabo una actividad de organización, mediante la cual los bienes instrumentales se destinan a la finalidad de producción o intercambio de bienes y servicios, y adquieren cierta relevancia funcional unitaria. En esta fase no existe un derecho único sobre el complejo, sino múltiples derechos sobre los bienes singulares[46].

La segunda fase es la del ejercicio efectivo de la actividad, que tiene como efecto inmediato la adquisición de la cualidad de empresario. La actividad de organización unida a la de ejercicio efectivo hace surgir un *interés* de carácter unitario a la gestión del complejo de bienes, considerados unitariamente en función de su necesaria instrumentalidad respecto al resultado productivo. De esta manera, a la vez que permanecen los derechos múltiples que existían sobre los bienes singulares, nace sobre la base de los mismos un poder jurídico nuevo que tiene como contenido la gestión del complejo[47].

En resumen, la adquisición de la cualidad de empresario tiene como consecuencia el nacimiento para el sujeto de una compleja situación jurídica activa, cuyo objeto es el negocio, y su contenido el poder de gestión. Esta situación jurídica activa, perfectamente encuadrable en el concepto de derecho subjetivo, es el que se esconde — según NICOLÒ — bajo la denominación de empresa.

La empresa considerada como derecho subjetivo se convierte, por tanto, en el puente de unión entre el sujeto (empresario) y el objeto (negocio)[48] [49]

[46] Cfr. op. cit., págs. 185-186.

[47] Cfr. op. cit., págs. 186-189.

[48] Cfr. op. cit., págs. 190-191.

D) La tesis dinámica de RAVÀ

RAVÀ sostiene una visión claramente dinámica del fenómeno empresarial, distinguiendo, con una construcción muy personal, la empresa, "como modo del sujeto", del negocio, "modo del objeto" [50].

Así, frente a lo que opina la doctrina italiana mayoritaria, afirma que el negocio no consiste en un complejo de organizado de factores personales y reales, sino en su utilización[51]. El negocio se concibe como actividad dirigida a procurar y organizar los instrumentos necesarios para la producción o el cambio, a utilizar tales instrumentos para operar las transformaciones económicas, o a asegurarse un público de proveedores y consumidores[52]. Esta actividad en que el negocio consiste, en cuanto relativa a los bienes, sugiere una aproximación a la actividad posesoria. De aquí que el autor defina el negocio como un hecho posesorio específico, un goce de cosas, servicios y personas, ejercitado y coordinado con fines de transformación económica. El negocio, en cuanto actividad posesoria, es una manifestación de la personalidad humana, una manifestación específica, no consistente en el

---

[49] Caracteres específicos del derecho de empresa son, para el autor, los siguientes (cfr. op. cit., págs. 192-195) :

a) Objeto : variable tanto cualitativa como cuantitativamente, lo que no obsta para que el complejo constituya un bien unitario.

b) Contenido : un poder complejo : el poder de gestión.

c) Adquisición y pérdida : se adquiere sólo de modo originario, es derecho instransmisible inter vivos o mortis causa.

[50] "La nozione giuridica di impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1949, pág. 127.

[51] Cfr. "Diritto Industriale. Vol. I Azienda - Segni distintivi - Concorrenza" 2ª Ed. UTET, Torino, 1981, págs. 277 y ss. Y en el mismo sentido "Il sistema del Diritto Civile di fronte all'azienda" en "Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli IV", Jovene, Napoli, 1972, pág. 74.

[52] Cfr. "Diritto Industriale ..." cit., pág. 406.

simple goce, sino en el goce ejercido para una determinada finalidad industrial[53] [54].

La empresa, sin embargo, no es actividad, antes bien la actividad la crea. La empresa aparece como el producto de la actividad jurídica del empresario y consiste en el disfrute de una situación de mercado, llevado a cabo mediante la combinación de una serie de prestaciones activas y pasivas, que el sujeto se asegura mediante las oportunas relaciones contractuales[55].

La empresa es, según RAVÀ[56], un complejo de relaciones, un patrimonio autónomo, en el sentido de que las relaciones que lo forman están conectadas entre sí por un fin común.

1.2. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA Y DEL NEGOCIO

Numerosísimas son las construcciones en las que los autores han querido encerrar la controvertida naturaleza jurídica de la empresa. Las concepciones oscilan desde aquéllas que, sin distinguir entre empresa y negocio, consideran la misma global y unitariamente como un sujeto de derechos, hasta las que la entienden como término objetivo de relaciones jurídicas, es decir, como objeto del derecho. Éstas últimas suelen distinguir la empresa del negocio, que siendo la base material del mismo, constituye el verdadero objeto jurídico. Las tesis objetivas se subdividen a su vez entre aquéllas que ven el negocio como objeto jurídico material y las que lo

[53] Cfr. "Diritto Industriale ..." cit., pág. 409 y ss.

[54] Esta particular visión es aceptada por SPADA en "Lezione sull'azienda" en "L'impresa, Quaderni Romani di Diritto Commerciale" a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro - Luzzi. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985. Pág. 51.

[55] Cfr. "La nozione giuridica ..." cit., pág. 107.

[56] Cfr. "La nozione giuridica..." cit., pág. 109. Y en la misma línea, "Diritto Industriale ..." cit., págs. 408-409.

configuran como objeto inmaterial o incorporal, muy extendidas entre la doctrina francesa clásica y actual.

Vamos a estudiar estos dos grupos de teorías, sin olvidar la tesis del patrimonio autónomo o separado, intermedia entre los dos, y por último haremos sumaria referencia a una teoría muy particular: la tesis del negocio mercantil como negocio jurídico complejo, debida al italiano CARRARA.

A) Las tesis subjetivas

Una antigua teoría sostenida sobre todo en el pasado siglo en Alemania[57], defendía la personalidad jurídica de la empresa, que se configuraba como sujeto de derechos distinto de la persona del empresario, y por tanto, con créditos y deudas propias. La organización de elementos para el ejercicio de una actividad económica daría lugar al nacimiento de un nuevo sujeto jurídico, y el empresario no sería sino el primer empleado de la hacienda[58].

Esta teoría, como hemos dicho, no distingue entre empresa y negocio, sino que los elementos materiales e inmateriales, el trabajo y la actividad del empresario se engloban formando un todo coherente, a cuya independencia económica correspondería una independencia jurídica; la empresa lo abraza todo, y la figura del empresario desaparece[59]. De aquí, según esta concepción, la irrelevancia del cambio de titular para la subsistencia de la empresa, y la conexión a la misma de todas las relaciones jurídicas, que la siguen hasta el

[57] Como valedores de esta doctrina se citan a ENDEMANN y MOMMSEN (vid. FERRARA, F.: "La teoria giuridica ..." cit., pág. 82) seguidos por HASSENPFLUG, GELPCKE y VÖLDENDORFF (vid. CASTELLI-AVOLIO, G.: "L'azienda commerciale nelle teorie e nella practica del Diritto", P. Federico e G. Ardia Librai-Editori, Napoli, 1925, pág. 17.)

[58] Cfr. FERRARA, F.: "La teoria giuridica ..." cit., pág. 83.

[59] Cfr. CASTELLI-AVOLIO, G.: op. cit., págs. 17-18.

nuevo titular, cuando el antiguo haya vendido o abandonado la empresa, o haya muerto[60].

En la doctrina francesa, DESPAX, a mediados del presente siglo, consigue una elaborada construcción de la personalidad jurídica de la empresa. El punto de partida de su tesis se encuentra en el famoso pronunciamiento del Tribunal Supremo francés de 28 de Enero de 1954, declarando que la personalidad jurídica no es creación de la ley, sino que pertenece en principio a toda agrupación provista de una posibilidad de expresión colectiva para la defensa de intereses lícitos, dignos por tanto de ser jurídicamente reconocidos y protegidos[61].

El autor analiza bajo esta óptica la empresa, y divisa en la misma todos los elementos que dicha personificación precisa : un interés colectivo distinto de los intereses individuales[62], una organización que realiza dicho interés[63], y ciertas manifestaciones patrimoniales como la existencia (en ocasiones determinadas) de un activo y un pasivo propio, y un destino o afectación que se impone al titular de una parte y a los terceros de otra[64].

Sin embargo, a pesar de la concurrencia de estas condiciones, no puede DESPAX afirmar sin objeciones, habida cuenta del estado del Derecho Positivo, que la empresa es una persona jurídica. De modo que se inclina por concluir que la ascensión a la personalidad jurídica de la empresa no es completa, estamos solamente en presencia de un *"sujeto del derecho en*

---

[60] Cfr. ROTONDI, M : "La nozione giuridica dell'azienda" Riv. Dir. Comm. 1930 I, pág. 37.

[61] Cfr. op. cit., pág. 381.

[62] Vid. op. cit., pág. 383.

[63] Vid. op. cit., pág. 385.

[64] Vid. op. cit., pág. 410.

nacimiento", que podrá algún día tener todos los atributos de la personalidad jurídica[65].

Asimismo DIDIER, en su intento de lograr una teoría homogénea de la empresa manifiesta que es una persona jurídica cuya personalidad se confunde con la del empresario[66]. Para él si la empresa con forma de sociedad anónima posee un patrimonio y una personalidad netamente distinta de la de sus accionistas, y en la colectiva éstos participan solidariamente en la responsabilidad por el pasivo, la empresa individual representa simplemente un grado más : aquél donde la participación es recíproca[67] [68].

---

[65] Cfr. op. cit., pág. 414.

[66] Cfr. "Esquisse de la notion d'entreprise" en "Mélanges offerts à M. le Prof. P. Voirin", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1966, pág. 213 : *"...l'entreprise individuelle est une personne morale dont la personnalitè se confond avec celle de son patron. Artifice de langage ? Moins qu'il paraît...."*

[67] Cfr. op. cit., pág. 214.

[68] Recientemente la doctrina del país vecino se ha preocupado de la posible configuración de la empresa como sujeto del derecho. De esta forma PÉDAMON nos hace ver que el Derecho francés, en los intentos de dar autonomía a la empresa, en ocasiones la concibe como objeto y en otras como sujeto jurídico (Vid. "Droit Commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce", Dalloz, París, 1994, pág. 317). Ya CHAMPAUD en la conferencia pronunciada con motivo de las Jornadas René Savatier de 1988 había puesto sobre la mesa tal cuestión (Vid. "La transmission de l'entreprise" en "La transmission de l'entreprise : enjeux et perspectives", Secondes Journées René Savatier, Poitiers, 17 et 18 Mars 1988. Presses Universitaires de France, París, 1989, págs. 199-201). Y en iguales términos se pronuncia Michel GERMAIN, en la decimosexta edición del "Traité de Droit Commercial" de RIPERT y ROBLOT, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1996, pág. 226.

Y es más, desde hace algunos años se asiste a una disociación progresiva entre la persona (física o moral) del empresario, y la empresa en sí misma, al reconocimiento de ésta como entidad autónoma, provista de intereses específicos. Esta ascensión de la empresa hacia la personalidad jurídica es principalmente, pero no solamente, obra del legislador, y se manifiesta en sectores muy diversos : contabilidad, fiscalidad, Derecho de la competencia y concursal, y sobre todo en el ámbito del Derecho Social (Cfr. PÉDAMON, M. : op. cit., pág. 319 y ss). Y en el mismo sentido ALFANDARI ("Droit des affaires. Les cadres généraux. L'entreprise. Les activités", Ed. Litec, París, 1993, págs. 167-170), tras proclamar como principio que la empresa no es un sujeto jurídico, señala ciertas excepciones contables, fiscales y de Derecho Mercantil que tienden al reconocimiento de la autonomía y unidad de la empresa.

Tal situación ha llevado a HEBRAUD a proclamar que una verdadera noción jurídica de la empresa precisa de una revisión y superación de los conceptos tradicionales del Derecho Privado. El hecho de que la empresa pueda considerarse a veces como personalidad y otras como objeto, sin confundirse ni con un sujeto ni con un objeto del derecho, muestra y expresa que se trata de una entidad distinta, cuya verdadera realidad se deriva de su carácter de

Semejante concepción de la empresa de espaldas al Derecho Positivo, recibió desde sus inicios duras críticas, sobre todo porque significa la formación de dos masas patrimoniales, completamente distintas entre ellas: patrimonio civil y patrimonio empresarial. La consecuencia es que los acreedores de la empresa podrán y deberán actuar sólo sobre el activo de la misma, y no sobre el patrimonio privado del empresario; y al contrario, los acreedores particulares de éste únicamente podrán dirigirse contra los bienes personales del mismo[69]. Ahora bien, tal independencia y autonomía del patrimonio de la empresa respecto del patrimonio civil ha de ser consagrada por el ordenamiento, de modo que, a falta de tal reconocimiento positivo, la teoría ha de ser rechazada.

La empresa no es sujeto jurídico diferente del empresario porque la personalidad jurídica sólo la otorga la ley, y aunque en el lenguaje corriente se subjetive el negocio, se trata sólo de un artificio, de un uso figurado[70]. La empresa está a merced del titular, el cual puede disponer de ella cuando y como quiera, no sólo para ampliarla, sino también para reducirla e incluso para destruirla con la liquidación, igual que puede enajenarla a terceros. Es evidente, por tanto, que no constituye un sujeto sino un objeto de derechos[71].

B) <u>Las tesis subjetivas - objetivas o intermedias</u>

Ante las dificultades legales que supone hacer de la empresa un sujeto de derechos, una segunda tendencia renuncia a tales intentos y con una visión

conjunto dinámico (Cfr. "L'entreprise et le Droit Civil". Annales de la Faculté de Droit de Toulouse. Tome XIII, fascículo 2º, 1965. Pág. 37).

[69] Cfr. CASTELLI-AVOLIO, G. : op. cit., pág. 19.

[70] Cfr. FERRARA, F. : "La teoria giuridica ..." cit., pág. 84.

[71] Cfr. op. últ. cit., pág. 83.

algo más modesta, divisa en la empresa un patrimonio unificado por la finalidad a la que se destina[72].

La empresa constituye así un *"núcleo patrimonial autónomo"*[73]. El destino que se imprime al patrimonio de la empresa tiene la virtualidad de conferir al mismo una cierta autonomía económica y jurídica respecto al sujeto empresario[74].

En efecto, para MOSSA el Derecho Mercantil asegura la protección de la empresa y de su vida, a través de un tejido de normas jurídicas que, a pesar de no considerar la empresa como una persona jurídica, le reconocen entidad de persona económica. El nacimiento, la vida, la extinción y la sucesión de la empresa, corresponden en realidad a aquéllos que son análogamente los hechos jurídicos de la persona[75].

Es por ello preciso que la empresa se conciba en su unidad y en su individualidad, sin lazos absolutos con el empresario o titular[76]. Así, actividad, personas, trabajo, capital y patrimonio se unen en la empresa y ésta adquiere entidad de patrimonio singular, dotado de una sucesión universal autónoma[77],[78].

---

[72] Y entre una y otra teoría se sitúa la concepción del jurista francés VALÉRY, el cual distingue entre *"maison de commerce"*, o complejo de personas, que goza de personalidad jurídica ; y el "fonds de commerce", compuesto por bienes materiales e inmateriales y constituido como patrimonio autónomo. (Cfr. "Maison de commerce et fonds de commerce" Ann. Droit Comm., 1902, págs. 209 y ss). Para este autor el empresario forma parte de la "maison de commerce", siendo el primer miembro de la misma (op. cit., pág. 221).

[73] En palabras de FERRARA ("La teoria giuridica ..." cit., pág. 84)

[74] Esta teoría encuentra su primera formulación en BEKKER y en su tesis de los "Zweckvermögen" o patrimonios de finalidad. (Vid. ROTONDI, M. : "Trattato di Diritto...." cit. págs. 74-77)

[75] Cfr. "I problemi fondamentali del Diritto Commerciale", Riv. Dir. Comm. 1926 I, pág. 250.

[76] Cfr. MOSSA, L. : "Nozione del fondo di commercio ..." cit., pág. 111.

[77] Cfr. Ibídem. Vid. asimismo "Ensayo sobre empresa y sociedad" R.D.M. 1948, págs. 186-187.

Otros autores, con una concepción igualmente integral de la empresa, la configuran como un centro de imputación de relaciones jurídicas[79].

Ahora bien, para esta corriente la empresa es un objeto de derechos[80], de modo que la progresiva despersonalización en el tráfico de la misma, no puede significar desaparición del empresario, sino sólo progresivo desarrollo del principio de la autonomía y la continuidad de la empresa[81], principios que resultan con seguridad de las disposiciones del Código, (continuación de la oferta, la aceptación, el mandato...[82]) [83].

---

[78] El autor considera prueba de que la empresa es un patrimonio autónomo, la transmisión de las obligaciones al adquirente del organismo consagrada en el art. 2560 del Código Civil italiano (Cfr. "Trattato del nuovo Diritto..." cit., pág. 344). Pero encuentra dos objeciones: si se trata de un patrimonio autónomo, ¿por qué el adquirente ha de responder de las obligaciones incluso con sus propios bienes ? y, es más, ¿ por qué continúa respondiendo el cedente ? Para explicar ambos fenómenos construye sus teorías de la irradiación y la multiplicación de las obligaciones : el negocio constituye un patrimonio autónomo con sus propios créditos y deudas, cuando dicho patrimonio se transmite, las obligaciones que antes gravaban sobre él, se irradian al nuevo titular, que responderá de las mismas no sólo con el activo de la empresa, sino también con los suyos propios (Id. pág. 343) ; y además la cesión provoca una multiplicación o duplicación de las obligaciones, merced a la cual transmisor y adquirente tienen responsabilidad (Id. pág. 368).

Critica FERRARA (Cfr. "La teoria giuridica..." cit., pág. 90) el razonamiento de MOSSA afirmando que el vicio está en la base, pues para explicar el paso de las deudas se recurre al concepto de patrimonio separado o de afectación, y no se tiene en cuenta que éste opera antes e independientemente de cualquier enajenación, de suerte que el medio empleado es desproporcionado y excesivo.

[79] Vid. SANTORO-PASARELLI. F. : op. cit., págs. 402 y ss.

Vid. igualmente OPPO, según el cual la empresa, en principio no es, como tal, sujeto ni centro de imputación de relaciones, con lo que ha de tener un centro de imputación necesariamente : el empresario. De modo que si existe empresario, el mismo, y no la empresa, es el centro de imputación ; pero si no existe persona alguna, la empresa tiene un centro de imputación distinto, que puede ser el mismo patrimonio empresarial (Cfr. "Realtà giuridica..." cit. en Riv. Dir. Civ. 1976 II, pág. 601 y en "Diritto dell'impresa..." cit., pág. 69.

[80] Según SANTORO PASSARELLI la empresa es un organismo (Vid. op. cit., pág. 381), y ante la pregunta de si constituye objeto o sujeto de derechos, rechaza como jurídicamente insostenible la inclusión sistemática de la empresa en la categoría de los sujetos de derechos. La empresa es y debe continuar siendo objeto de derechos, a fin de que la economía se funde sobre la iniciativa privada y la empresa sea un instrumento de beneficio (Cfr. op. cit., pág. 401).

[81] Ibídem.

[82] Continuidad consagrada en los artículos 1330 y 1722 ,del Código Civil italiano.

Advierten estos juristas que la empresa, en la escena económica y jurídica actual, se objetiva y parece *dotada de "propios" medios materiales y técnicos*[84]. La organización surge para el ejercicio de la actividad, imputable sólo al empresario, pero una vez creada, tiene existencia objetiva fuera del sujeto, de modo que no desaparece con él, sino que puede servir sucesivamente a la actividad de sujetos distintos[85].

Conforme a esta tendencia el fenómeno de la empresa no puede entenderse si no se abandonan los esquemas conceptuales tradicionales, según los cuales todos los entes son cosas o personas. La experiencia jurídica enseña como éstas no son categorías cerradas , existen conexiones entre los bienes que, por su destino y sobre todo por la organización para un destino se convierten en términos independientes de relaciones jurídicas, aspecto en el que se realiza su unidad y que basta para constatar que nos encontramos en una zona intermedia entre el puro objeto y el sujeto de derechos[86] .

---

[83] Vid. SANTORO-PASSARELLI, F. : op. cit., pág. 402 ; y OPPO, G. : "Realtà giuridica..." cit. en Riv. Dir. Civ. 1976 II, pág. 603, y en "Diritto dell'Impresa..." cit., pág. 71.

[84] Cfr. OPPO, G. : "Realtà giuridica..." cit. en Riv. Dir. Civ. 1976 II, pág. 602 y en "Diritto dell'Impresa..." cit., pág. 70.

[85] Cfr. OPPO, G. : "L'Impresa come fattispecie " en Riv. Dir. Civ. cit., pág. 113 ; y en "Scritti Giuridici..." cit., pág. 243.

[86] SANTORO PASSARELLI, F. : op. cit., pág. 403.

Otros ejemplos señalados son la herencia aceptada a beneficio de inventario, las asociaciones no reconocidas, los casos de ejercicio provisional de la empresa del quebrado, o el ejercicio de empresa en el ámbito de una herencia yacente... (vid. SANTORO PASSARELLI, F. : op. cit. pág. 404 y OPPO, G. : "Realtà giuridica ..." cit. en Riv. Dir. Civ. 1976 II, pág. 603 y en "Diritto dell'Impresa..." cit. pág. 71), que bastan para demostrar que puede construirse una categoría de centros de relaciones jurídicas no personalizados, no elevados al grado de sujetos, que va más allá de la restringida figura del patrimonio separado, porque estos centros, mientras pueden ser mucho más que meros complejos de relaciones jurídicas, de otra parte pueden no formar un patrimonio en sentido técnico (Cfr. SANTORO-PASSARELLI, F. : op. cit. pág. 404).

Estas conexiones o complejos de bienes son, a la vez, objeto y centro de relaciones jurídicas, lo cual es un reflejo de la relatividad de los fenómenos jurídicos (SANTORO PASSARELLI, F. : op. cit., pág. 405).

Ciertamente estas dos teorías comentadas, dejando a un lado lo más o menos correcto o acertado de su formulación, tienen la virtud de considerar la empresa una entidad unitaria susceptible de tráfico jurídico, es decir, afirman su individualidad jurídica. Esta individualidad y unidad son caracteres de la empresa en su realidad económica, y han de ser reconocidas por cualquier construcción jurídica que aspire a reflejar tal realidad.

C) Las tesis objetivas

a) Teorías materialistas

La mayoría de la doctrina italiana, como antes hemos indicado, considera la empresa una actividad especialmente cualificada, y el negocio como el término objetivo de la misma ; es decir, el negocio no aparece cual sujeto ni patrimonio, sino como objeto de derechos, y además un objeto material, un conjunto de bienes que ora se constituye jurídicamente en *universitas* de cosas o de derechos, o en cosa compuesta, constituyendo entidad unitaria en el tráfico, ora se le niega cualquier valor jurídico como tal objeto unitario.

Hablamos pues de conjunto de bienes, pero , ¿qué se entiende por "bienes" ?, o dicho de otra manera :¿qué elementos forman el negocio ?, ¿deben comprenderse sólo los bienes materiales e inmateriales, o también los servicios, las relaciones jurídicas, créditos, deudas, contratos... ? Se trata de una vieja polémica de la doctrina italiana, que ante la definición del artículo 2555 *"complejo de bienes organizados"*, discute a fin de llenar de contenido tales palabras.

Así, son muchos los autores que consideran que el negocio debe englobar sólo y estrictamente bienes, y las relaciones jurídicas, y sobre todo las deudas han de referirse a otro concepto, sea la empresa o el llamado patrimonio mercantil. De modo tal que el concepto de negocio se amplía o

mengua según el mayor o menor número de elementos que en él se comprendan, a costa de la empresa o el patrimonio mercantil.

La distinción entre negocio y patrimonio mercantil es muy antigua en la doctrina. Importantes juristas, ante la dificultad de comprender en el negocio elementos tan heterogéneos entre sí, refieren a éste únicamente los medios o instrumentos reales (cosas materiales e inmateriales) y personales (servicios de los colaboradores), organizados para el ejercicio de una actividad económica productiva[87]. Mientras que el patrimonio mercantil es el conjunto de relaciones jurídicas que tengan en la actividad ejercida su punto de referencia[88] (sin que exista separación entre éste y el patrimonio civil)[89].

La exclusión de créditos, deudas, y contratos del ámbito objetivo del negocio es muy común en la doctrina italiana, que intenta evitar la conversión de éste en patrimonio autónomo ; así se suele configurar el negocio como conjunto de sólo bienes (cosas y servicios)[90].

---

[87] Cfr. LA LUMIA, I. : "Teoria giuridica dell'azienda ..." cit., págs. 420 y ss.

[88] Cfr. LA LUMIA, I. : op. últ. cit., pág. 423.

[89] En este mismo sentido se manifiesta CARNELUTTI, que niega sin embargo, cualquier relevancia para el Derecho al patrimonio mercantil, pues no constituye patrimonio separado (Vid. "Valore giuridico della nozione della azienda commerciale", Riv. Dir. Comm. 1924 I, pág. 156 y ss). E igualmente ASCARELLI (Vid. "Appunti di Diritto Commerciale" Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1936, págs. 114 y ss. ; y "Corso di Diritto..." cit., págs. 327 y ss.), aunque éste afirma la posibilidad de incluir también en el negocio los créditos y otras relaciones jurídicas surgidas en su ejercicio, sin que por ello se considere como patrimonio separado, sino como un complejo de bienes que comprende también algunas deudas (Cfr. "Corso di Diritto..." cit., págs. 329 y ss).

ASQUINI, por su parte, sostiene que el negocio, como complejo de bienes destinados por el sujeto al ejercicio de su empresa, es parte del patrimonio mercantil, y comprende de dicho patrimonio los elementos activos y sólo algunos elementos pasivos ; y el patrimonio mercantil es el conjunto de bienes y de relaciones jurídicas obligatorias, activas y pasivas del empresario relativas a su empresa (Cfr. "Corso di Diritto Commerciale. Parte Generale", D.U.S.A. , Roma - Città Universitaria, 1939-1940, págs. 159 y ss.).

[90] Pertenecen a este grupo autores tan ilustres como CASANOVA (Vid. "Studi sulla teoria dell'azienda", Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1938, págs. 7 y ss ; "Impresa e Azienda ..." cit., pág. 325, y "Azienda" en "Novissimo Digesto Italiano", tomo II, UTET, Torino, 1958, pág. 4), ROCCO (Vid. "Diritto Commerciale. Parte Generale", S.A. Fratelli Treves Editori, Milano, 1936, pág. 268), ROTONDI (Vid. "Trattato del Diritto dell'industria ..." cit., pág. 66) ; MINERVINI, que entiende *"bien"* como *"objeto de tutela"* (Vid. "L'imprenditore. Fattispecie..." cit., págs. 124 y ss.) ; COTTINO que manifiesta que el negocio es un complejo

No obstante, no faltan tampoco los autores que tienen una concepción amplia del negocio como reunión de bienes y relaciones organizados para la finalidad de la empresa[91] ; o como conjunto de bienes y relaciones jurídicas a excepción de las de naturaleza obligatoria[92] ; o bien simplemente como un complejo de relaciones activas y pasivas[93].

Por su parte en Francia, como en Italia, la doctrina mayoritaria distingue entre la empresa propiamente dicha y la base material de la misma (negocio). La segunda se conoce con el nombre de "*fonds de commerce*", y su noción no es tan polémica como la italiana y mucho más restringida que la misma, pues hay unanimidad en entender que no comprende ni bienes inmuebles, ni el

---

de bienes materiales e inmateriales organizados, pero no de derechos, pues los contratos, créditos y también las deudas se refieren al titular y permanecen externos al núcleo del negocio, constituyendo — afirma — el punto de conexión entre el negocio, complejo de bienes, el empresario y su actividad organizadora y productiva, el elemento dinámico a través del cual los bienes son procurados, gozados y utilizados y que hace del negocio un cuerpo vivo, y no una simple conexión de cosas muertas (Cfr. op. cit., pág. 242) ; FERRI, al considerar que no sería de recibo afirmar que en la hacienda entran también las deudas, los créditos y los contratos, porque esta noción chocaría con la del art. 2555 del Código Civil italiano (Cfr. "Manuale di Diritto Commerciale..." cit., pág. 223) ; e igualmente FERRARI (Vid. op. cit., págs. 686-687), GRAZIANI (Vid. op. cit., pág. 72) ; CAMPOBASSO (Vid. op. cit., pág. 145), ... etc.

Es singular en este punto la construcción de GHIDINI, según el cual a pesar de ser el negocio un complejo de bienes y sólo de bienes, hay que afirmar que de ordinario, la transmisión del mismo determina la de ciertas relaciones jurídicas a él referidas. ¿Qué relación existe pues entre los bienes del negocio y dichas relaciones jurídicas ? Según el autor se da entre ambos una relación de *accesoriedad legal*. Este vínculo de accesoriedad legal debe considerarse como *inherencia*, de modo que las relaciones que por ley se transmiten con el negocio son aquéllas que resultan inherentes al ejercicio del mismo (Cfr. "Disciplina giuridica..." cit., págs. 166 y ss. ; y asimismo, "Lineamenti del Diritto..." cit., págs. 90 y ss).

[91] Así se expresa DE GREGORIO (Cfr. op. cit., pág. 55), que como ya hemos indicado responde en su concepción a una visión amplia y unitaria del fenómeno empresarial, en un intento de aproximación a su realidad económica.

Esta noción es compartida por MESSINEO, el cual considera elementos constitutivos del negocio las cosas corporales e incorporales, las relaciones jurídicas de trabajo y de clientela, créditos y fuentes de aprovisionamiento, y también las deudas ... (Cfr. op. cit. pág. 293).

[92] Vid. AULETTA, G. : "Note in tema di circolazione dell'azienda" Riv. Soc. 1963, pág. 479.

[93] En este sentido se manifiestan MARGHIERI (Vid. "Il Diritto Commerciale Italiano", Ricardo Marghieri Di Gius., Napoli, 1886, págs. 248-250) y CASTELLI-AVOLIO (Vid. op. cit. pág. 33).

personal, ni créditos, deudas o contratos .... ; sino únicamente los elementos mobiliarios (corporales o incorporales) de la empresa. Así pues, se denomina "*fonds de commerce*" al conjunto de bienes muebles que un comerciante organiza y reúne para conquistar y conservar una clientela (mercaderías, útiles, nombre comercial, derecho arrendaticio sobre el local donde la empresa se ejerce, derechos de propiedad industrial ...)[94].

Parece pues, que el negocio es una organización (más o menos amplia) de elementos, el problema surge a la hora de la configuración jurídica de tal organización, ¿cual es su naturaleza ?, ¿constituye o no un nuevo y unitario objeto del Derecho?

La concepción materialista comprende dos posturas, la primera unifica la pluralidad de los elementos que componen el negocio, sea en universitas (de cosas o de derechos), sea bajo la figura de la cosa compuesta ; y la segunda, denominada atomística, sostiene que los bienes continúan siendo autónomos, pues la organización como tal carece de valor para el Derecho. Entre ambas teorías se encuentra la llamada relativista o diferenciada, caracterizada por conceder significado jurídico al conjunto sólo en determinadas ocasiones[95]. Este es, por tanto, el panorama que encontramos al

---

[94] Vid. por todos, REINHARD, Y. : "Droit Commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce", 4ª ed. Litec, París, 1996, pág. 271 ; y JUGLART, M. e IPPOLITO, B. : "Traité de Droit Commercial", Tome I. 4ª ed. par E. du PONTAVICE et J. du PICHOT, Monchrestien, París, 1988, pág. 547).

Algunos autores dudan de la utilidad real en Derecho francés del concepto de negocio ("fonds de commerce"), por ser demasiado fugaz y no servir ya a los intereses que antes permitía preservar (propiciar el crédito y dar cohesión a la explotación) ; razón por la que preconizan un abandono del concepto de negocio como centro de gravedad de mecanismos jurídicos (Cfr. LE FLOCH, P. : "Le fonds de commerce. Essai sur le caractére artificiel de la notion et ses limites actuelles", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1986, pág. 278-279).

[95] Hay que hacer notar, que la corriente atomística y también la relativista aplican frecuentemente al negocio la figura de la universalidad ; esta circunstancia no ha de sorprender, ya que en la base de estas teorías relativistas y negatorias de la unidad jurídica del negocio se encuentran concepciones acerca de la propia naturaleza de la universalidad, y solo como reflejo la del negocio (Cfr. VANZETTI, A. : "Trenta'anni di studi sull'azienda", Riv. Dir. Comm. 1958 I, pág. 42).

abordar el problema de la naturaleza jurídica del negocio, problema considerado "un viejo rompecabezas de la Ciencia del Derecho".[96]

α) LAS CONCEPCIONES UNITARIAS

α-1) Tesis de la universalidad

El negocio como universalidad de bienes

Afirma ASQUINI que el negocio está compuesto por una pluralidad de elementos unidos destinados a una finalidad económica común ; y si a tal conexión económica es posible atribuirle una relevancia jurídica, el negocio se clasifica, no entre las cosas simples o individuales, sino entre las universalidades de cosas[97].

Esta universalidad de cosas que constituye el negocio se califica además de *universitas facti,* pues su composición depende exclusivamente de la voluntad del empresario, que es el que crea el negocio cuando reúne un conjunto de elementos e impone al mismo un destino económico funcional[98].

---

[96] RAVÀ, T : "Diritto Industriale..." cit., pág. 267 : *"Il problema della natura giuridica dell'azienda è un vecchio rompicapo della scienza del diritto .."*

[97] Cfr. "Corso di Diritto..." cit., pág. 168.

[98] Defienden esta postura entre otros en la doctrina italiana, ASQUINI (vid. "Corso di Diritto..." cit., pág. 169) ; CARNELUTTI (vid. "Valore giuridico della nozione..." cit. pág. 173) ; ROTONDI (vid. "Trattato di Diritto dell'industria..." cit., pág. 119 y ss. ; y "La nozione giuridica ..." cit., pág. 73 y ss. Este autor, sin embargo, encuentra imposible determinar si se trata de *universitas facti* o *iuris*, por la dispersión de criterios existentes sobre la materia) ; CASANOVA (vid. "Impresa e Azienda..." cit., págs. 348 y ss, y "Azienda"... cit., pág. 5 y ss) ; ROCCO, (vid. op. cit., pág. 269) ; CANDIAN (vid. "Nozioni Istitutizionali di Diritto Privato", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1946, págs. 241-243) ; VALSECCHI (vid. "Trasferimento d'inmobile o trasferimento d'azienda ?" Riv. Dir. Comm. 1947 II, pág. 194) ; DE MARTINI (vid. "L'usufrutto d'azienda", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950, pág. 28) ; DE GREGORIO (vid. op cit., págs. 63 y ss) ; OPPO (vid. "Impresa e Imprenditore" en "Diritto dell'impresa..." cit., pág. 284) ; TOMMASINI (vid. op. cit., págs. 74 y ss) ; GORASSINI (vid. op. cit. págs. 301 y ss) ; COTTINO (vid. op. cit. págs. 238 y ss.) ; FERRI (vid. "Manuale di Diritto Commerciale..." cit., pág. 222)...

También la doctrina francesa aplicó desde antiguo al negocio la naturaleza de universalidad de hecho de bienes, por oposición a la universalidad de derecho, que incluye también las deudas. Así LYON-CAEN y RENAULT señalan que *"A raison du lien qui existe entre ces différents éléments, on peut dire que le fonds de commerce forme ce que les*

VALSECCHI señala en este sentido que igual que la voluntad es libre para crear el negocio, lo es para modificar su composición en cualquier momento, de tal manera que su consistencia patrimonial está en función de esa voluntad, que podrá destruirla[99].

A pesar de ser una construcción sumamente compartida, los autores italianos reconocen que la configuración como *universitas rerum facti* es controvertida, y ello probablemente por las dificultades conceptuales de la propia *universitas*. El principal problema se halla en admitir que la *universitas* pueda constituir un objeto unitario de derechos, dado que los elementos que la forman lo siguen siendo a su vez.

Para GORASSINI, el negocio surge como bien, y se califica de *universitas* si, y en cuanto, la agregación de bienes manifiesta una nueva

---

jurisconsultes appellent une universalité de fait ..." ("Traité de Droit Commercial", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1923, pág. 204).

Del mismo modo PALLARD manifiesta que el negocio, como conjunto de bienes afectados por el empresario al ejercicio de su actividad, constituye una universalidad de hecho (Vid. "L'entreprise et le Droit Commercial". Annales de la Faculté de Droit de Toulouse. Tomo XIII, fascículo 2, 1965. Pág. 100). Y GUYON afirma que esta universalidad que es el negocio puede ser objeto de contratos en su conjunto (Vid. "Droit des affaires. Tomo I. Droit commercial général et sociétés", 9ª ed. Ed. Económica. París, 1996, pág. 720)

Igualmente ha acogido la jurisprudencia tal concepción en numerosas sentencias, así en las de 12 de Noviembre de 1992 y 26 de Octubre de 1993, comentadas por DERRUPÉ, declara el Tribunal Supremo que el negocio es una universalidad mobiliaria no susceptible de transmisión parcial. Según el comentarista, lo que el Alto Tribunal quiere decir con esta afirmación en principio engañosa, no es que la cesión del negocio deba comprender necesariamente todos los elementos que lo componen, sino que no existe tal si lo que se realiza es una transmisión de elementos aislados, desgajados de la universalidad, sin que exista traspaso alguno de clientela (Cfr. "Le fonds de commerce est une universalité mobilière de nature incorporelle". Rev. Trim. Droit Comm., 1993, pág. 285 y "Le fonds de commerce est une universalité mobilière insusceptible de cession partielle". Rev. Trim. Droit Comm., 1994, págs. 37-38).

El ilustre DURAND utilizó la noción de universalidad de hecho para calificar no el negocio, sino la empresa, desdeñando las críticas que acusaban al término de inapropiado (Vid. op. cit. pág. 54).

Y tal concepción la encontramos, por último, también en Derecho holandés, como señala MAIEJER (Vid. "La transmission d'entreprise aux Pays-Bas", en "La transmission de l'entreprise enjeux et perspectives", Secondes Journées René Savatier. Poitiers, 17 et 18 Mars 1988. Presses Universitaires de France, París, 1989, pág. 179)

[99] Cfr. op. cit., pág. 194.

utilidad apta para satisfacer un interés cualitativamente distinto del mero disfrute de los bienes singulares. Es decir, cuando exista una idoneidad real para la producción de bienes y servicios[100].

Como características de esta universalidad de bienes o cosas que es el negocio, se citan las siguientes[101] :

a) Carácter heterogéneo de las cosas que forman el negocio.

b) Constituir el negocio como "cosa", no significa destruir la individualidad de los múltiples elementos.

c) Necesidad de destacar la importancia del aviamiento como organización impuesta por la inteligencia empresarial del sujeto, vínculo funcional entre los diversos elementos que componen el negocio.

Han sido muy numerosas las nociones formuladas sobre el aviamiento (difícil traducción del término italiano *"avviamento"*), y si en el pasado se llegó a considerar un elemento más de la *universitas*, a veces coincidente con la clientela, en la actualidad la doctrina coincide en calificarlo de cualidad o modo de ser del negocio. En este sentido es ya clásica la gráfica definición de CARNELUTTI : un negocio aviado es como un vehículo que corre por sí mismo porque se le ha dado un empujón. El aviamiento es precisamente la fuerza de inercia del negocio y quién da el empujón es el empresario, con su trabajo de dirección y de coordinación[102].

La cuestión fundamental se centra, sin embargo, como hemos dicho en el carácter jurídicamente unitario del negocio-universitas. Dos son las

[100] Cfr. op. cit., pág. 306.

[101] Cfr. ASQUINI, A. : "Corso di Diritto Commerciale..." cit., págs. 170-173.

[102] Cfr. "Valore giuridico della nozione ..." cit., pág. 166.

condiciones que determinan — según la doctrina — la relevancia como bien unitario de un complejo de bienes[103] :

1ª) El reconocimiento a la suma de los elementos de una regulación jurídica diferente, de una tutela jurídica distinta de la que es propia para los elementos singulares.

2ª) La posibilidad de que este complejo unitario pueda, como tal, constituir objetos de negocios jurídicos diferentes de los que podrían darse sobre los elementos individuales.

Esta corriente encuentra ambas condiciones reflejadas en el negocio, que aparece como la noción central en la tutela contra la competencia desleal[104], y es, en su integridad, objeto autónomo de relaciones reales y obligatorias[105]. Sobre tal punto manifiesta TOMMASINI que el negocio proyecta una *nova utilitas*[106] adquiriendo, como entidad de estructura unitaria, relevancia autónoma y, en ciertos casos, absorbente de la relevancia sus elementos, que sin embargo conservan su autonomía física y jurídica, y pueden constituir objeto de actos y relaciones separadas sin que el negocio venga a menos, por su facultad de permanecer idéntico a pesar del cambio en sus componentes[107].

Para DE MARTINI el negocio constituye un bien, una cosa, que resulta de un complejo de bienes singulares considerados unitariamente por la voluntad de las partes, por la realidad económica y por la ley. Dicha unidad no es evidentemente física, ya porque falta una cohesión material, ya porque las cosas reunidas conservan su individualidad y su aptitud para ser objeto de derechos y relaciones. Pero ello no excluye la posibilidad de que el complejo

---

[103] Cfr. ROTONDI, M. : "Tratatto di Diritto dell'industria..." cit., pág. 75. Vid. además CARNELUTTI, F. : "Valore giuridico della nozione ..." cit., págs. 161-163.

[104] Así lo afirma F. CARNELUTTI : op. últ. cit., pág. 163.

[105] Vid. CANDIAN, A. : op. cit., pág. 243.

[106] Vid. op. cit., pág. 78.

[107] TOMMASINI, R . : op. cit., pág. 121.

resultante sea bien jurídicamente unitario, pues a la falta de unidad física suple una unificación económica y funcional[108].

Y frente a la objeción de que dicha unificación en "bien objeto unitario de actos y relaciones" vendría contradicha por la circunstancia de que los bienes singulares, en su individualidad específica, económica y jurídica, conservan la idoneidad para formar objeto de actos y relaciones, replica que ello no niega la unificación misma, igual que no impide la configuración de una asociación de personas como nuevo sujeto de derechos la circunstancia de que los asociados conserven la aptitud para operar en el tráfico[109] [110].

---

[108] Cfr. op. cit., págs. 40-41.

[109] DE MARTINI, A. : op. cit.,., págs. 43-44.

[110] En tal dirección insisten CARNELUTTI (vid. "Valore giuridico della nozione ..." cit., pág. 172) y COTTINO (vid. op. cit., pág. 239). Semejante postura mantiene también DE GREGORIO, aunque advierte que se trata de unidad producida exclusivamente por el organizador de los bienes, pues éstos permanecen materialmente autónomos y recuperan económica y jurídicamente su autonomía por el simple cambio de destino (cfr. op. cit. pág. 64). En la misma línea FERRI señala que la conexión es eminentemente funcional y viene determinada por el hecho de que todos los elementos se destinan a una común función económica, como instrumento de la actividad empresarial. La función no sólo es el presupuesto de la unidad, sino también su límite (vid. "Manuale di Diritto Commerciale..." cit., págs. 220-221).

Es interesante la opinión de CASANOVA, a cuyo parecer el problema jurídico fundamental del negocio consiste en dilucidar si a su unidad económica corresponde una análoga unidad jurídica (Cfr. "Studi sulla teoria..." cit., pág. 58 ; y en "Impresa e Azienda..." cit., pág. 346). Lo primero, para determinar la naturaleza del negocio es precisar su naturaleza económica (vid. "Studi sulla teoria..." cit., pág. 64) : ¿qué es el negocio económicamente hablando ? Señala el jurista que desde este punto de vista el negocio es un conjunto de cosas y de obras ligadas entre sí por un enérgico vínculo de coordinación económica, un complejo de bienes económicamente complementarios respecto del fin de la consecución del beneficio. Merced a la organización, los bienes y servicios unidos adquieren una utilidad (aviamiento) no sólo más elevada, sino también distinta de aquélla que sería propia de los mismos (Cfr. "Studi sulla teoria..." cit., pág. 67, y "Beni inmateriali e teoria dell'azienda", Riv. Dir. Comm. 1945 I, págs. 92-93).

Tradicionalmente dos son las figuras de conjuntos económicos consideradas en la doctrina jurídica : la *universitas rerum* y el complejo de cosa principal y pertenencias. No obstante, entiende el autor que el negocio no se adapta bien a ninguna de estas categorías (Cfr. "Studi sulla teoria..." cit., pág. 69 y ss) ; a pesar de lo cual por razón de analogía se impone la extensión al mismo de las normas que gobiernan la materia de las pertenencias, en cuanto se inspiran en exigencias comunes, separándolas en los casos en que dichas normas tengan por presupuesto especiales características que se dan sólo en los complejos pertenenciales (op. cit., pág. 88). Y el principal efecto de las pertenencias que se extiende al negocio es la uniformidad de destino jurídico que, salvo pacto en contrario de los disponentes, la pertenencia tiene respecto del bien principal (op. cit., pág. 94).

El negocio como universalidad de derechos

Frente a la concepción del negocio como universalidad de cosas, otro grupo de autores, en un intento de anular la heterogeneidad jurídica de los componentes del negocio, configuran éste como un *"bloque homogéneo de puros derechos"*[111].

El negocio es una universalidad particularmente compleja, que se puede reducir a homogeneidad si los elementos que la componen se consideran *sub especie iuris* como bienes, y no ya como cosas. Se trata de convertir los elementos que constituyen el negocio en objetos de los derechos que sobre los mismos competen al titular, facilitando el paso de la fórmula de la *universitas rerum* a la *universitas iurium*[112].

Esta postura, elaborada por los postglosadores[113], es defendida por FADDA y BENSA[114], MARGHIERI[115], CASTELLI-AVOLIO[116], MESSINEO[117],

---

Como podemos comprobar, la tesis sostenida por el autor incide sobre todo en el principio del valor objetivo de la destinación de los bienes (op. cit., pág. 125).

Después de la publicación del Código Civil, sin embargo, CASANOVA, modifica su visión, en un afán de adecuarla a la nueva legalidad y considera el negocio como *universitas beni*, donde la fuerza unificadora de la destinación al ejercicio de una empresa permite pasar sobre la falta del requisito de la pertenencia en propiedad a la misma persona de los bienes reunidos en *universitas* (Cfr. "Impresa e Azienda..." cit., págs. 348 y ss. ; y "Azienda" ... cit., pág. 5 y ss.)

[111] Es expresión de CASANOVA (vid. "Impresa e Azienda..." cit., pág. 372)

[112] Esta es la construcción de PUGLIATTI (Cfr. "Riflessione in tema di universitas", Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., pág. 1004), que propone sustituir en el puesto del establecimiento en el que se ejercita la actividad del titular, el derecho sobre el mismo ; desde este punto de vista se tendrá un bien, que tiene como término de referencia mediato el inmueble, y como término de referencia inmediato, el derecho de propiedad, de usufructo ..., para todas las demás cosas de las que el empresario sea propietario, se atenderá al derecho de propiedad, para los créditos a los derechos de crédito, para las relaciones de servicio a los derechos a las relativas prestaciones.... (op. cit., pág. 993)

Este autor, por defender la postura de la unificación relativa de grado intermedio, será estudiado más detenidamente *infra*.

[113] Señala PUGLIATTI (cfr. op. cit. págs. 981-982) que la tendencia más cauta excluye que la teoría del negocio haya sido formulada por los glosadores, y la imputan a los postglosadores. Sin embargo este autor no considera injustificadas las voces que atribuyen la

PUGLIATTI ..., que contemplan el negocio como una suma de relaciones jurídicas que el Derecho contempla como una sola cosa[118].

El negocio sería jurídicamente una combinación de cosas incorporales, de derechos, es decir , una universalidad homogénea, formada por entidades de la misma especie. Sería una cosa incorpórea compleja susceptible de ser objeto de relaciones jurídicas[119].

α-2) Tesis de la cosa compuesta

Igualmente unitarias son las corrientes que ven en el negocio una "cosa compuesta". Éstas rechazan que el negocio constituya una universalidad patrimonial, alegando que en las mismas no existe entre los bienes nexo físico ni de verdadera y propia organización, sino sólo vienen considerados

concepción del negocio como *universitas iuris* a los glosadores, y afirma como cierto en cualquier caso que, por mérito de BARTOLO, la figura jurídica del negocio adquiere perfiles bien delineados. El propio BARTOLO construye el negocio mercantil en todas sus formas como *universitas iuris*, cuya característica fundamental consiste en fundir en un todo las distintas relaciones que se refieren al ejercicio mercantil y, por consiguiente, en comprender en sí también los elementos incorporales, créditos y deudas.

[114] Vid. "Note al Diritto delle Pandette di Winscheid", vol. I, parte II, UTET, Torino, 1936, págs. 1 y ss.

[115] Vid. "Il Diritto Commerciale Italiano..." cit., págs. 248 y ss ; y "Manuale di Diritto Commerciale", Athenaeum, Società Editrice Romana, Roma, 1922, págs. 115 y ss. Sostiene MARGHIERI que el negocio se presenta como un complejo orgánico, que siendo el resultado de todos los elementos que lo componen, es de cierta manera independiente, en el sentido de que, una vez constituida, bienes que no formaban parte de la misma pueden entrar, y otros que se encontraban dentro, pueden ser excluidos, sin que la universalidad se altere. El negocio es pues, para él, un *universum ius*, un *nomen iuris*, un organismo de la vida económica, existente más allá de la persona física del poseedor.

[116] Vid. op cit., págs. 33 y ss.

[117] Vid. op. cit., pág. 297.

[118] Cfr. CASTELLI-AVOLIO, G. : op. cit., págs. 33 y ss.

[119] Cfr. CASANOVA, M. : "Impresa e Azienda..." cit., pág. 342.

unitariamente *en vista de la mayor importancia económica reconocible a su agregación y por una particular dinámica de la relación jurídica*[120].

Sin embargo, la esencia de la empresa y también del negocio, es la organización, por medio de la cual una simple agregación de bienes, se convierte en instrumento indispensable de la actividad económica de empresa. El negocio existe en cuanto existe una organización capaz de producir, no ya un beneficio para el empresario, sino bienes y servicios para el mercado[121].

Para BARBERO en el negocio encontramos reunidos, como en la cosa compuesta, una pluralidad de elementos que, a pesar de tener propia individualidad jurídica y económica, confluyen hacia una función unitaria, hacia una *forma funcional*, mientras que en la cosa compuesta confluyen hacia una forma física nueva. En la cosa compuesta los componentes están unidos por un vínculo físico de conexión, en el negocio por la *organización funcional*. Por tanto el negocio se considera como una *cosa compuesta funcional*: organización unitaria de una pluralidad de elementos entre los cuales se encuentran cosas y bienes inmateriales, mercaderías, patentes ... [122].

De igual forma TABELLINI equipara el negocio a la cosa compuesta, dado que en él como en aquéllas la función del complejo es categóricamente diferente a la de los componentes y existe un nexo de interdependencia que pone cada elemento al servicio del otro[123].

---

[120] Cfr. BARBERO, D.: "Sistema Instituzionale del Diritto Privato Italiano", UTET, Torino, 1958, pág. 244.

[121] Cfr. BARBERO, .: op. cit., pág. 237.A juicio de TABELLINI (cfr. op. cit., págs. 101-107), la organización tiene relevancia en un triple perfil: a) actúa la relación de complementariedad entre los distintos elementos del negocio; b) mediante ella el complejo da al empresario la utilidad que hace del negocio un nuevo bien individual, y c) es el trámite entre el polo subjetivo y el polo objetivo del fenómeno.

[122] Cfr. op. cit., pág. 233.

[123] Cfr. op. cit. pág., 107 y ss.

Para ambos el negocio tiene individualidad objetiva como bien, no identificable con los elementos componentes. Y como tal puede ser objeto de usufructo, arrendamiento, transmisión hereditaria ...[124]. No obstante, — afirma TABELLINI — debiendo tutelar los intereses de todos los sujetos, la ley se pone unas veces de parte del empresario y otras de parte de aquéllos sujetos que tienen derechos sobre los elementos particulares del negocio, de tal manera que las normas jurídicas unas ocasiones consideran el negocio en su complejo y otras sólo los elementos singulares que constituyen la misma, sin que por ello se deba concluir, como hacen las teorías atomísticas, que el negocio no existe como bien unitario, o que existe como tal exclusivamente en las transmisiones, como afirman las teorías relativistas[125].

Esta tesis ha recibido duras críticas, así TOMMASINI, encuentra entre el negocio y la cosa compuesta notables diferencias pues, a la *coherentia* de los bienes compuestos, se contrapone la *distantia* de los bienes que forman el negocio, los cuales permanecen separados aunque ligados por un vínculo funcional. Además los elementos singulares no pierden su relevancia e individualidad económica y jurídica, requisito considerado necesario para hablar de cosa compuesta[126].

β) LAS TEORÍAS DIFERENCIADAS O DE LA UNIFICACIÓN RELATIVA

Las teorías diferenciadas o de la unificación no suponen un gran salto en relación con las anteriores. Hay que observar, como antes se ha apuntado, que las mismas suelen mantener la concepción del negocio como *universitas*[127]. Sin embargo, acusan la influencia de la tesis de BARBERO

---

[124] Vid. BARBERO, : op. cit., págs. 236-237 ; y TABELLINI, T. : op. cit., pág. 124.

[125] Cfr. op. cit., págs. 151-152.

[126] Cfr. op. cit. pág. 47. Y en el mismo sentido vid. LA LUMIA, I. : "Teoria giuridica ..." cit., pág. 435.

[127] LA LUMIA no duda de que el negocio tiene naturaleza jurídica de *universitas facti*, sin que para ello obste la heterogeneidad de sus elementos (vid. "Azienda e Impresa..." cit.,

sobre la universalidad. Éste consagró el principio del reconocimiento relativo, enunciado de la siguiente manera : no porque un complejo se considere como *universitas* en una relación determinada, es tal necesariamente en todas las relaciones, y viceversa, no porque en una relación se entiendan los bienes como autónomos o singulares debe excluirse que pueda ser considerado como universalidad en otras[128].

En un mismo sentido se manifiesta PUGLIATTI, quien asevera que la unificación en la *universitas* es de tipo funcional y de grado medio (no para todas las relaciones). La universitas no es una cosa nueva, permanece siempre como una pluralidad[129].

De ahí que se subraye la necesidad de reconocer en el negocio mercantil dos aspectos, complementarios entre sí, el negocio como conjunto, y los elementos singulares que lo forman, elaborándose un concepto eminentemente relativo, esto es, se admite que la unificación es sólo relativa, de grado intermedio, y relativa es también la tutela de la unidad del complejo[130].

Por tanto, los autores de este grupo suelen diferenciar respecto al negocio, dos sedes jurídicas distintas : la sede estática, en la cual el negocio

pág. 493), y de la misma opinión es NAVARRINI (vid. "Trattato teorico pratico di Diritto Commerciale" Vol. IV. Fratelli Bocca Editori, Milano - Torino - Roma, 1920 págs. 8 y ss). GRECO insiste en la inclusión del negocio dentro de las universalidades de bienes (vid. op. cit. págs. 114 y ss), e igual parecer sostiene MINERVINI (vid. "L'imprenditore. Fattispecie..." cit., pág. 128) ; y MESSINEO y PUGLIATTI, citados anteriormente, se decantan por la *universitas iuris*.

Muy particular es la construcción de GHIDINI, quien entiende el negocio como *universitas facti*, y la empresa como *universitas iuris*, por estar constituida esta última por los bienes que forman el negocio y las relaciones jurídicas inherentes al mismo, siendo tal agregación obra del Derecho (cfr. "Disciplina giuridica..." cit., págs. 184 y ss.).

[128] Cfr. op. cit., pág. 246.

[129] Cfr. op. cit., pág. 992.

[130] Vid. MESSINEO, F. : op. cit., pág. 298 ; MINERVINI, G.: "L'imprenditore. Fattispecie ..." pág. 130 ; y GRECO, P. : op. cit., págs. 121. Vid. también PUGLIATTI, S. : op. cit., págs. 1004-1006.

se considera en sus elementos singulares (es decir, atomísticamente) ; y la sede dinámica, en la cual adquiere relevancia la unidad del complejo[131].

Señala PUGLIATTI que el negocio no da lugar a un bien jurídico autónomo[132], pero sí a un nuevo objeto jurídico, entendido como unitario centro de atracción de una disciplina jurídica peculiar[133]. Según manifiesta, la unidad jurídica que caracteriza la universitas no sólo no destruye, sino que directamente mantiene y revela la pluralidad de bienes y derechos que constituyen el complejo ; por ello cualquier modificación que incida sobre el complejo cómo unidad, se refleja sobre los componentes[134].

La relevancia unitaria del negocio se pone de manifiesto asimismo como criterio de interpretación de la voluntad de las partes a la hora de determinar el alcance objetivo de una relación jurídica constituida sobre la empresa[135].

γ) TEORÍAS ATOMÍSTICAS

Pertenecen a la tendencia atomística las doctrinas negatorias de la unidad del negocio como bien jurídico. Estos juristas rechazan que el negocio constituya un objeto del tráfico jurídico, y lo disuelven en la multitud de sus elementos componentes.

---

[131] Así lo advierte FERRARI, al decir que la relevancia jurídica del negocio se resuelve en sede negocial (vid. op. cit., págs. 698-699) ; de la misma forma observa GHIDINI que mientras el complejo se encuentra en manos de su titular, la ley no se interesa por mantener su unidad, sólo interviene en fase de transmisión (cfr. "Disciplina giuridica..." cit., págs. 190 y ss ; y "Lineamenti del Diritto..." cit., págs. 24-25, nota al pie). GRAZIANI considera el negocio de forma unitaria en hipótesis en las que el goce corresponde a personas distintas de su titular (cfr. op. cit., pág. 85).

[132] Cfr. op. cit., pág. 993. Y en el mismo sentido LA LUMIA, I : "Teoria giuridica dell'azienda..." cit., pág. 437.

[133] Cfr. op. cit., pág. 996.

[134] Cfr. op. cit. págs. 1005-1006.

[135] Vid. GHIDINI, M. : "Disciplina giuridica..." cit., págs. 190 y ss. ; y "Lineamenti del Diritto..." cit., págs. 24-25 nota al pie ; y NAVARRINI, U. : "Lezioni di Diritto Commerciale. Vol. I, Parte Generale", Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1940, págs. 85 y 86.

Pero, observado que en la realidad la empresa tiene, en sí misma y en su conjunto, relevancia no sólo económica, sino también jurídica, reconducen dicha unidad a la voluntad de las partes. Es la voluntad negocial la que, refiriéndose al complejo, lo constituye como objeto unitario en todas las relaciones que tienen su origen en la misma.

Es decir, la relevancia jurídica que la corriente atomística atribuye al negocio es escasa, y en todo caso ligada a la voluntad de los sujetos[136].

En este sentido señala ASCARELLI que la unidad del negocio es meramente económica. Si bien las partes guiadas por propósitos empíricos y no jurídicos, se refieren al mismo en sus contratos, el jurista debe entender que todos los bienes comprendidos bajo dicho nombre han de seguir la suerte de la voluntad de las partes, y debe proporcionar a las mismas el medio jurídico adecuado para realizar su finalidad. En muchos casos se podrá tratar de un negocio jurídico que tendrá una pluralidad de objetos unificados como objeto de una única prestación ; en otros de varios contratos[137]. Según este autor, por tanto, la consideración unitaria encuentra su fundamento y su límite natural en la voluntad de quien imprime esta unidad, no alterando el régimen de circulación de los distintos bienes[138].

Igualmente BRUNETTI[139] advierte que el negocio no puede encuadrarse entre las cosas de Derecho Mercantil, aunque sí en cambio los elementos de que se compone. A su juicio la existencia y el contenido del negocio dependen

---

[136] Por ello, — recuerda CASANOVA — cada vez que la relación no surja de un negocio, no es posible construir una disciplina que responda a las necesidades del complejo empresarial, imputándola a la probable voluntad de las partes (cfr. "Impresa e Azienda..." cit., págs. 344)

[137] Cfr. "Appunti di Diritto..." cit., pág. 122.

[138] Cfr. "Corso di Diritto..." cit., pág. 320.

[139] Cfr. "Corso di Diritto Commerciale. Parte Generale", Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1934, pág. 137.

de la voluntad del titular, y a ésta hay que atender para ver cuales son los elementos que la componen y cuando constituye objeto de relaciones jurídicas[140].

La presumible unidad del negocio funciona pues para esta vía como mero criterio interpretativo del alcance objetivo de un negocio, imputable a la voluntad de las partes.

Menos nihilista es sin embargo la postura de otro atomista, AULETTA, el cual, a pesar de negar que a la unidad económica del negocio corresponda una unidad en el Derecho, y de reconocer que su relevancia jurídica es *en la mayor parte* imputable a la voluntad contractual[141], afirma que no parece que el legislador se haya limitado a reconocer el intento de las partes de transmitir contemporáneamente un complejo de derechos; sino que, al traducir en normativa la unidad económica del negocio, el ordenamiento ha adoptado una solución compleja y difuminada, de difícil definición[142].

b) Teorías inmaterialistas

Los autores inmaterialistas ponen su acento en la organización, factor decisivo para pasar de un simple agregado de cosas al negocio. Sobre esta base se considera el negocio, no como el conjunto de bienes organizados, sino como el valor *organización*, la idea organizadora del empresario.

---

[140] Se decanta también CAMPOBASSO por esta postura, afirmando que la posibilidad de concebir el negocio como un nuevo bien bajo cualquier perfil y a todos los efectos, encuentra un grave obstáculo en los datos normativos, aunque es innegable que la salvaguardia de la unidad funcional del negocio debe considerarse como criterio interpretativo (cfr. op. cit., pág. 146).

De la misma manera para COLOMBO el negocio no es un bien, su naturaleza no sería otra que la de un "conjunto de bienes" (vid. "L'azienda ed il suo trasferimento", en Galgano (dir.) : "Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'economia" III, 1979, págs. 4 y ss.)

[141] Cfr. "Impresa e Azienda "... cit., pág. 30.

[142] Cfr. "Note in tema di circolazione ..." cit., págs. 478 y ss.

Ya muy tempranamente la doctrina francesa puso de relieve la importancia del elemento inmaterial en el negocio. En efecto, LYON CAEN y RENAULT entienden que si se considera el negocio como un todo, hay que encuadrarlo entre los muebles incorporales, ya que ésta es la naturaleza de la clientela y del *achandalage*, y los demás objetos que forman el negocio no son sino accesorios de éstos[143]. Asimismo THALLER rechaza la naturaleza de universalidad del negocio y considera como elemento principal del mismo la clientela, el componente incorporal[144].

En la actualidad, un amplio sector se inclina por la doble naturaleza del negocio : como universalidad y como bien mueble incorporal. La primera noción es meramente descriptiva (el negocio está formado por un conjunto de bienes) ; siendo la segunda calificación la más característica por derivar de la consideración de la clientela como el elemento central y fundamental del negocio, condición misma de su existencia, de manera que se dice que no hay negocio sin clientela propia.

Así pues según esta línea de pensamiento, el negocio es, en primer lugar una universalidad de bienes distintos que forman una entidad jurídica compleja afectada a la actividad de explotación ; y en segundo lugar, es un mueble de carácter incorporal debido a la preeminencia en el conjunto de la clientela y otros bienes incorporales sobre los corporales[145].

---

[143] Op. et loc. cit.

[144] Vid. "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence. Arthur Rousseau Editeur, 1910 : *"Le fonds de commerce contient, comme élément prépondérant (et même, dirons-nous dans un instant, comme unique élément si c'est de sa nature incorporelle que l'on s'occupe), la clientèle ou achandalage qui y est attachée..."*

[145] Encontramos tal construcción entre otros en ALFANDARI (Vid. op. cit. págs. 214-215) ; CHARTIER (Vid. "Droit des affaires. Tome I. L'entreprise commerciale", Ed. Puf, París, 1993, págs. 348-355) ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (Vid. "Droit Commercial. Activités commerciales. Commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation", 4ª ed. Montchrestien, París, 1995, págs. 283-286) ; JAUFFRET (Vid. "Manuel de Droit Commercial", 23 ª ed. por Jacques MESTRE. L.G.D.J., París, 1997, pág. 392) .. etc.

Junto a ésta encontramos también en nuestros días, una línea, que siguiendo las posturas clásicas, manifiesta que la naturaleza del negocio es la de propiedad incorporal consistente en el derecho a la clientela[146], dado que ésta no se conserva sino por la especial organización que pone en funcionamiento el empresario, la misma aparece como una *creación intelectual*, análoga a la invención[147]. A tal respecto PÉDAMON, si bien considera interesante tal explicación, piensa que debe ser precisada. Según él, la propiedad del negocio no es un verdadero derecho sobre la clientela, porque en virtud del principio de la libertad de comercio y de industria, ésta puede dirigirse a un concurrente. El empresario no tiene otro derecho que sobre los elementos que pone en movimiento para reunir su clientela, y sobre la forma en que los organiza ; por tanto no tiene propiedad incorporal sino en esta medida. De aquí que el fundamento del negocio, su realidad profunda, consista en la manera original en la que el empresario organiza y prepara su empresa para atraer y retener una clientela. Esta organización constituye para el autor una creación intelectual semejante a la creación literaria o a una invención de tipo técnico, por lo que debe ser jurídicamente protegida ; pero, a diferencia de la invención o la obra literaria, no se protege en ella misma y abstractamente, sino en relación con los bienes corporales o incorporales que le sirven de soporte necesario[148].

También los autores alemanes hacen eco de las concepciones inmaterialistas, de tal manera KRAINZ y EHRENZWEIG afirman que el negocio no es sino la posibilidad de comercio organizada de modo autónomo y LEHMANN sostiene que las llamadas *chances* constituyen la parte más importante del negocio. Pero el concepto lo desarrolla sobre todo PISKO, para el cual el negocio consiste en la organización y en la posibilidad de lucros

---

[146] Cfr. RIPERT, G. y ROBLOT, R. : op. cit. págs. 427 y ss : *"Le fonds de commerce est une propieté incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à la exploitation."*

[147] Cfr. JUGLART, M y IPPOLITO, B. : op. cit. pág. 562.

[148] Cfr. op. cit., págs. 200 y 201.

futuros, que constituyen un verdadero objeto de derechos. De la misma idea es ISAY, quien defiende que el negocio, como bien inmaterial, no consiste en los bienes individuales, sino en el nexo espiritual que los une y organiza. Y MÜLLER- ERZBACH opina que en la unidad del negocio es tutelado el trabajo humano, la organización de los factores productivos[149].

HEINTZENBERG analiza la naturaleza de la empresa como prius de su transmisibilidad mortis causa[150] y llega a la conclusión de que el núcleo esencial de la misma consiste en la esfera de acción conseguida mediante la actividad del empresario[151]. Este ámbito de acción, auténtica esencia de la empresa, se encarna en las *"relaciones de hecho"* de valor patrimonial, las cuales, o bien son la objetivación de anteriores actividades de los propietarios, o bien resultan de su actual ejercicio. Junto a ellas aparece asimismo, cual elemento central, la clientela de la empresa. Los demás elementos (bienes, derechos y obligaciones) no son esenciales ; por consiguiente sería falso, según el autor, basar el concepto de empresa también en ellos, ya que si faltaran la empresa podría sobrevivir[152].

Afirma el jurista alemán que aunque la empresa es una unidad económica que no puede ser destruida sin perjudicar por esta causa su patrimonio y rendimiento, el Derecho no ha aceptado como principio la unidad jurídica de la empresa. Así, el Tribunal Supremo austríaco sostiene que el

---

[149] Citados por FERRARA, F. en su "Teoria giuridica..." cit., págs. 107-109.

[150] En su obra "Die Einzelunternehmung im Erbgang", Duncker und Humblot, Berlín, 1957.

[151] En este sentido se asemeja a la tesis elaborada por RAVÀ que hemos examinado *supra.*

[152] Cfr. Op. cit., págs. 15 y 16 : *"Die Rechtswissenschaft hat richtig erkannt, daß der Kern eines Handelsgeschäftes oder Unternehmens in dem durch das Handelsgewerbe geschaffenen „Tätigkeits" oder „Wirkungsbereich" besteht. Diesen „Tätigkeitsbereich"", der das eigentliche Wesen des Unternehmens ausmacht, verkörpern die „tatsächlichen Beziehungen" von Vermögenswert, die entweder den objetiven Niederschlag der früheren Tätigkeit des Inhabers darstellen oder sich aus seiner gegenwärtigen Arbeit ergeben. Im Mittelpunkt dieses Unternehmenskerns stehen die sich aus der Kundschaft des Unternehmens..."*

funcionamiento de una empresa se basa en las relaciones personales del causante, por lo que su muerte provoca la disolución de la misma, que no puede transmitirse. Sólo serán objeto de sucesión las cosas y derechos que sirven a los fines de la empresa, pero no ésta como complejo vivo, debido a la imposibilidad de la transmisión hereditaria de su núcleo esencial[153].

Sin embargo, rechaza HEINTZENBERG esta doctrina, y defiende que la sucesión no afecta exclusivamente a los bienes y derechos que sirven de medio al ejercicio empresarial, sino también al llamado núcleo esencial de la empresa, compuesto por relaciones de hecho de valor patrimonial, ya que, aunque en sí no puedan ser objeto de disposición, su transmisibilidad puede ser sostenida, al basarse en ellas el rendimiento y el consiguiente valor de la empresa como conjunto. De ahí que, incluso en la enajenación de la empresa por negocio jurídico inter vivos, procede una retribución por el valor añadido de la empresa causado por la objetivación de las relaciones de hecho[154].

Por ello defiende el autor que en la sucesión hereditaria los valores inmateriales que forman la esencia de la empresa, y los bienes patrimoniales se agrupan en unidad y pasan como un todo a los herederos. Es decir la empresa se transmite como unidad jurídica[155].

En Italia VALERI ve en el negocio una organización de cosas corporales, sea muebles o inmuebles, de derechos y de relaciones materiales

---

[153] Cfr. op. cit., pág. 16.

[154] Cfr. op. cit., pág. 17.

[155] Cfr. HEINTZENBERG, R, : op. et loc. cit. : *"Während aber bei einer Übertragung der Unternehmung unter Lebenden ihre einzelnen Bestandteile nur im Wege der Einzelrechtsnachfolge übergehen können, werden bei der Erbfolge die unkörperlichen Vermögenswerte mit dem Sachvermögen zu einer Einheit zusammengefaßt und gehen zusammen mit diesen als Ganzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben über. Die Unternehmung stellt sich daher zumindest hinsichlicht ihrer Vererblichkeit als rechtliche Einheit dar. Sie bildet als solche einen Bestandteil des Nachlasses und kann infolgedessen auch Gegenstand eines Erwerbs von Todes wegen sein".*

de valor económico, incluyéndola en la categoría de las organizaciones[156]. Pero es en FERRARA (jr.) en quien encuentra esta doctrina su más completa elaboración. Observa este autor que el elemento preponderante del negocio, que lo diferencia de los demás conjuntos de elementos y justifica la tutela del ordenamiento, es la organización. Por esta razón afirma que el negocio no está en el complejo de bienes, sino en la misma organización de aquéllos, es decir, en el conjunto de uniones y tejidos funcionales existentes entre ellos[157].

La organización presupone los elementos con los que se realiza, ahora bien, según FERRARA, no puede ser confundida con ellos. Para el jurista italiano los elementos son necesarios sólo como condición de hecho para la existencia de la organización, como momentos puramente materiales de la misma ; lo que explica no sólo por qué es indiferente el título que el sujeto ostenta sobre las cosas pertenecientes al negocio, sino también cómo puede existir en hipótesis una transmisión del negocio sin ningún traspaso de los elementos materiales[158].

Así pues, el negocio consiste en la organización de los factores de la producción[159] y se caracteriza por ser un bien inmaterial y mueble, siendo la relación existente entre el negocio-organización y los elementos singulares en ella organizados de accesoriedad legal[160].

GHIRON se suma a esta concepción ; a su parecer el negocio es un bien inmaterial, ya que, aunque sean materiales sus elementos, el complejo

---

[156] Cfr. "Elementi obbietivi ed elementi subbietivi dell'azienda commerciale" Riv. Dir. Comm. 1928, págs. 111-112.

[157] Cfr. "La teoria giuridica..." cit., pág. 113.

[158] Cfr. "La teoria giuridica..." cit., pág. 114 ; y "Naturaleza jurídica de la hacienda mercantil" R.D.P. 1948, pág. 972.

[159] Ibídem.

[160] Cfr. "La teoria giuridica..." cit., págs. 123 y ss ; y "Naturaleza jurídica ..." cit., págs. 976 y ss.

como tal no es corporal, sino que consta de una síntesis abstracta de valores que tiene unidad económica propia[161].

Una especial construcción encontramos en BRACCO, que formula una teoría basada en la utilidad económica del negocio y el valor de éste. Para BRACCO lo importante es que el negocio tiene una propia utilidad económica que es distinta respecto de la de cada uno de los bienes singulares organizados y es precisamente esta utilidad la que hace del negocio un bien en sí mismo[162].

Y partiendo de tal premisa, resuelve la unidad y la entidad del negocio en la energía contenida en la reunión de bienes organizados. Concibe el complejo de bienes como un mecanismo susceptible de producir y acumular energía, siendo esta energía el punto de referencia de la unidad del complejo[163]. De esta forma, el negocio viene constituído en su aspecto unitario por una energía[164], por lo que se configura, según el autor, como bien inmaterial[165].

Dentro de las nociones inmaterialistas hay distintas concepciones acerca de la unidad o no del negocio en el tráfico jurídico, si FERRARA y BRACCO elevan el negocio a la categoría de bien jurídico unitario, GHIRON[166], sin embargo, se inclina por la doctrina diferenciada, defensora, como hemos visto, de la doble disciplina : unitaria para el complejo y fragmentaria para los

[161] Cfr. "L'imprenditore, l'impresa e l'azienda", UTET, Torino, s.d., pág. 263.

[162] Cfr. op. cit., pág. 499.

[163] Cfr. op. cit., pág. 500.

[164] Cfr. op. et loc. cit.

[165] Cfr. op. cit., pág. 506. El autor mantiene esta afirmación aunque reconoce que algunos autores sostienen que las energías no son bienes incorporales sino corporales (ibídem).

[166] Vid. op. cit., pág. 261.

elementos particulares. Y VALERI[167], por su parte, priva al negocio de unidad jurídica y le confiere tan sólo una unidad económica relevante únicamente en el ámbito de la conclusión y ejecución de contratos, es decir, allí donde impera la voluntad soberana de las partes[168].

D) La tesis de CARRARA: el negocio mercantil como negocio jurídico complejo

Por último nos referimos a una singular noción, la de CARRARA, para el cual el negocio no es una *universitas*, ni tan siquiera una cosa, sino que se identifica con el aviamiento, debido a que es éste el único elemento del negocio realmente necesario, cuya venta comporta necesariamente la del negocio[169].

---

[167] Cfr. op. cit., págs. 113-114.

[168] Contra las teorías inmateriales se han formulado múltiples críticas, basadas sobre todo en lo abstracto de la concepción, que prescinde del substrato material necesario para atender sólo al valor organización. Son ya clásicas las objeciones de CASANOVA, que compara las disciplinas del negocio mercantil y de los bienes inmateriales, a fin de resaltar las notables diferencias :

a) Mientras los derechos sobre los bienes inmateriales excluyen radicalmente la competencia, la tutela jurídica de la empresa, por el contrario, la presupone, y sólo prohibe los actos de competencia desleal.

b) Lo característico de los bienes producidos por obra del ingenio es la desproporción que existe entre la facilidad de la reproducción, que exige normalmente sólo una cierta aptitud técnica, y la dificultad de la creación originaria que tiene sus raíces en el talento personal del autor. Situación que no se da respecto al negocio mercantil.

c) La protección jurídica del negocio, a diferencia de aquélla del derecho de autor, se inspira no tanto en el principio de la tutela del puro trabajo organizador, como en la salvaguardia de la inversión de capitales en la organización empresarial.

Además considera CASANOVA insostenible la configuración de los elementos del negocio como accesorios del mismo, ya que, por definición, la entidad principal tiene existencia independiente de la de los accesorios y que no puede ser condicionada por estos últimos. Sin embargo al negocio, si se le quitan los elementos constitutivos, se desvanece. (Cfr. "Beni inmateriali e teoria ..." cit., págs. 87-91)

[169] Cfr. "Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda" Riv. Dir. Comm. 1926 I, págs. 46 y 47.

Así pues, según CARRARA, el negocio no es otra cosa que el aviamiento, constituyéndose éste como una combinación de los factores de la producción, unidos y coordinados para alcanzar el fin económico al que el negocio se destina[170].

Ahora bien, ¿cual es la naturaleza jurídica de tal combinación ? Para este autor se trata de un acuerdo, una unión de voluntades con la finalidad de alcanzar, mediante la unión, determinados resultados económicos. Se sitúa por tanto, en el campo de los negocios jurídicos[171].

Consiguientemente, el negocio mercantil es un negocio jurídico con el carácter específico de acto complejo[172], que puede definirse como un acuerdo entre empresario, trabajadores y proveedores de capital, con la finalidad de conseguir, mediante las respectivas prestaciones, los resultados productivos que son la razón de ser de la combinación[173]. Por efecto de tal acuerdo surgen obligaciones y derechos para todos los partícipes[174].

2. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA COMO OBJETO DEL TRÁFICO EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Examinados los puntos de vista sostenidos por la doctrina extranjera, creemos llegado el momento de volver los ojos al estado de la cuestión entre nosotros, donde el panorama no es más esperanzador. Con gran acierto señaló GARRIGUES que los mercantilistas llevan medio siglo cortejando a la

[170] Cfr. op. cit., pág. 48.

[171] Cfr. op. cit., pág. 54.

[172] Cfr. op. cit., pág. 55.

[173] Cfr. op. cit., pág. 59.

[174] Cfr. op. cit., pág. 60.

empresa y todavía no han sabido conquistarla[175]. En efecto son numerosas las construcciones que de la misma se han realizado en nuestra doctrina y, sin embargo, no parece que ninguna sea absolutamente satisfactoria a la hora de reflejar la empresa en su realidad y su esencia económica.

Así, DE LA CÁMARA[176] pone de manifiesto como los juristas, al enfrentarse al concepto jurídico de empresa, han adoptado las siguientes posturas, radicalmente opuestas entre sí : a) existencia de un concepto jurídico de empresa, coincidente con el económico ; b) formulación de un concepto jurídico de empresa distinto del económico e incluso radicalmente opuesto al mismo, noción que ni siquiera se considera válida para todas las disciplinas jurídicas ; c) imposibilidad de un concepto jurídico de la empresa de contornos precisos y definidos, sólo impera un concepto económico que no puede ser trasladado al campo jurídico[177].

A) <u>Autores que identifican el concepto jurídico y el económico de empresa : las concepciones orgánicas</u>

Defendida por el maestro GARRIGUES, esta postura parte del análisis de la empresa en su realidad económica, de la que el jurista no puede prescindir.

---

[175] GARRIGUES, J. : "La empresa desde el punto de vista jurídico", en "La empresa. Estudios de Trabajo y Previsión", Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961, pág. 117.

[176] Cfr. "La venta de la empresa mercantil : principales problemas que plantea", A.A.M.N, tomo XXIV, págs. 291-292.

[177] En este sentido ALONSO OLEA estima que es dudoso que pueda darse un concepto jurídico respecto de la empresa (vid. "La empresa desde el punto de vista social", en "La Empresa, Estudios de Trabajo y Previsión", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 72) ; y la misma postura escéptica mantiene BAYÓN CHACÓN para quien se trata de un concepto fluido, impreciso, en plena evolución, pues la misma realidad sociológica y económica de la empresa no es una realidad estática ni estabilizada. Según este jurista, la legislación sobre la empresa no ha sabido adecuarse a los cambios que la misma ha experimentado en su evolución, de manera que el Derecho Privado la contempla como un fenómeno esencialmente dominical (cfr. "Presente y futuro jurídico de la empresa". A.A.M.N., tomo XVI, 1968, págs. 398 y ss.).

En su aproximación al sentido económico de la empresa descubre este autor un círculo de actividad, regido por la idea organizadora del empresario[178], una comunidad de trabajo[179]. La empresa aparece a sus ojos como una aportación de los factores económicos, capital y trabajo, con el propósito de obtener una ganancia ilimitada y con un riesgo también ilimitado[180].

Partiendo de esta realidad no es aceptable la consideración de la empresa como pura actividad, como hace la mayoría de la doctrina italiana, pues si bien es cierto que la empresa empieza siendo una actividad, la misma opera sobre algo, se vierte sobre cosas tangibles, y crea — según el autor — una cosa nueva, intangible, una entidad que se separa del empresario, que adquiere su propia vida y que se desentiende de las vicisitudes de la vida del empresario, hasta el punto de que muchas veces el interés de la empresa es opuesto al interés del empresario[181].

Advierte GARRIGUES que los juristas han querido transportar el concepto económico de la empresa al campo del Derecho, pero han naufragado en el intento al pretender encuadrarlo en las antiguas categorías jurídicas procedentes del Derecho Romano, que no pueden apresar su amplio significado : la empresa no es una cosa, ni una universalidad de cosas, ni un derecho, ni una universalidad de derechos[182]. Ciertamente la empresa tiene cosas y derechos, pero una realidad es la empresa y otra distinta su patrimonio[183]. Estas construcciones pasan por alto el elemento esencial de la

---

[178] Cfr. GARRIGUES, J. : "Aspetto giuridico dell'impresa", N.R.D.C. 1949, pág. 51.

[179] Cfr. GARRIGUES, J. ; "Aspetto giuridico ... " cit., pág. 52 ; y en "La empresa desde el punto de vista ..." cit., pág. 117.

[180] Cfr. GARRIGUES, J. : "La empresa desde el punto de vista ..." cit., pág. 116.

[181] Cfr. GARRIGUES, J. : "La empresa desde el punto de vista..." cit., págs. 117-118.

[182] Cfr. "Aspetto giuridico ... " cit., pág. 51.

[183] Cfr. "Aspetto giuridico..." cit., pág. 52. Y ello porque según afirma ("La empresa desde el punto de vista ..." cit., pág. 119-120) : "... *una cosa es la empresa y otra cosa distinta*

creación espiritual del empresario. La empresa no es sólo una actividad organizada, es también la organización de esa actividad. La empresa es una organización, pero esta organización no trasciende al campo del Derecho, no puede ser objeto de protección jurídica, ni se puede transmitir la organización con independencia de los elementos en que se asienta[184].

Por consiguiente la empresa es jurídica como económicamente, una organización, pero las organizaciones son refractarias al Derecho[185]. La ley no regula las mismas constituyéndolas objeto del Derecho, y la voluntad de los particulares no puede crear un objeto jurídico allí donde el legislador no lo haya reconocido[186]. De esta manera llega GARRIGUES, (como en Italia lo había hecho FERRARA, Sen.), a la construcción atomística[187], partiendo de una postura esencialmente organicista; pues si se entiende que es la *idea organizadora* la que vincula entre sí los elementos patrimoniales de la empresa, dotándoles de un valor superior a la suma de los valores aislados, tal consideración sólo caracteriza la empresa desde el punto de vista de su unidad económica, pero no dice nada de la unidad jurídica[188]. De modo que para este eminente mercantilista la empresa es sólo un conjunto organizado de

son los edificios en que la empresa se asienta, las máquinas que funcionan en la empresa, las mercancías que se compran o se venden en esa empresa. Todas estas cosas pueden desaparecer en un incendio, y sin embargo, la empresa subsiste, y a la inversa, pueden subsistir estas cosas materiales y la empresa puede haber desaparecido hace tiempo".

[184] Cfr. "La empresa desde el punto de vista ..." cit., pág. 120.

[185] Ibídem.

[186] Advierte el autor que *"no es posible permitir a los particulares la creación arbitraria de nuevos objetos jurídicos (con la consiguiente superposición de derechos reales sobre derechos reales) cuando ningún texto legal reconoce la empresa mercantil como un todo indivisible. La ley permite a los interesados determinar en cada caso el contenido objetivo de los negocios jurídicos relativos a la empresa y, generalmente, la coordinación económica de los elementos de la empresa inducirá a las partes a someter todos ellos al mismo destino jurídico. Aún así, la realidad del tráfico muestra que el objeto inmediato de las relaciones jurídicas no es la universalidad como tal, sino los elementos que integran la empresa ..."* ("Curso de Derecho Mercantil", S. Aguirre Imp., Madrid, 1936).

[187] El propio GARRIGUES reconocía en la edición de 1936 de su "Curso de Derecho Mercantil" que *"la solución del concepto de empresa consiste, pues, en su disolución atomística"* (op. cit., pág. 439)

[188] Cfr. "Curso de Derecho Mercantil", Madrid, 1955, pág. 160.

elementos heterogéneos, los cuales no se funden entre sí, perdiendo su individualidad en la nueva unidad, sino, al contrario, la conservan, y siguen constituyendo objeto de distintos derechos; la empresa es un conjunto de elementos patrimoniales y de relaciones de puro hecho, pero no goza de autonomía jurídica[189].

El concepto económico y orgánico que maneja este autor es compartido por otros ilustres mercantilistas, que sostienen que el Derecho se nutre de la economía, a la que corresponde regular, y por ello difícilmente podrá postular éste un concepto de empresa distinto del económico[190], pues tal concepto sería una pura abstracción, apta para juegos conceptuales, pero que poco o nada tiene que ver con la realidad económica de la empresa[191]. Además, no puede decirse que la empresa sea una cosa distinta para cada una de las ramas del Derecho, sino que se trata de un sector de la realidad configurado por el Derecho unitariamente, con una noción válida para todas las disciplinas, si bien cada una de éstas reglamenta una parcela diferente del íntegro fenómeno que es la empresa[192].

---

[189] Cfr. ídem, pág. 161.

Afirma el autor que para poder decir que el organismo económico que constituye la empresa ha sido reconocido por el Derecho como un todo unitario, sería preciso encontrar en la ley los datos positivos siguientes: *"1º. La configuración de la empresa como un objeto jurídico único, del cual los derechos conexos a la empresa serían considerados como partes constitutivas o como pertenencias; 2º. La transmisibilidad como un solo objeto; 3º. La protección de la organización como creación artística del empresario; 4º. La conservación de la unidad de la empresa y la defensa contra su desmembración o su liquidación antieconómica"* (ibídem).

[190] Cfr. BROSETA PONT, M.: "La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento", R.D.M., 1968, pág. 62. Señala el autor gráficamente que no puede pretenderse por el jurista que la empresa sea una cosa para la economía y otra distinta para el Derecho, tal y como sería absurdo pensar que la familia es una cosa para la vida y otra para el Código Civil (ibídem).

[191] FRAGUAS MASSIP, R.: "El concepto jurídico de empresa" en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas VI", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 240.

[192] Cfr. BROSETA PONT, M.: "La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil", R.C.D.I.,1965 I, pág. 618.

Para estos juristas, la búsqueda de una noción jurídica de la empresa diferente de la económica es tarea infructuosa, pues la empresa es una unidad, una realidad dotada de sustantividad propia en el mundo de lo económico, y por ello, el concepto que se dé de ella tiene que ser siempre un concepto económico[193].

La posición que comentamos se resume en las tres afirmaciones siguientes de BROSETA[194] : en primer lugar, que existe un concepto jurídico unitario de empresa válido para todas las disciplinas jurídicas ; en segundo lugar, que este concepto jurídico coincide necesariamente con la noción económica de empresa ; y finalmente, que cada disciplina regula una parte o parcela del total fenómeno económico que es la empresa[195].

Porque la empresa es una realidad fáctica y objetiva, el conocimiento de la misma ha de partir de dicha realidad. Bajo esta perspectiva la empresa se presenta según DE LA CÁMARA, como un hombre o grupo de hombres que trabajan con arreglo a un plan y bajo una dirección, valiéndose de una serie de elementos impersonales para producir bienes o servicios. Este conjunto de bienes personales e impersonales constituye una entidad dinámica, destinada a relacionarse con terceros, sea para aprovisionarse de lo necesario para

[193] Cfr. OLIVENCIA RUIZ, M. : "Los establecimientos mercantiles y el nuevo artículo 1413 del Código Civil" en "Centenario de la Ley del Notariado", sección 3ª, Estudios Jurídicos Varios, vol. IV. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963, pág. 176.

[194] Cfr. "La transmisión de la empresa ..." cit., pág. 62. Y en su "Manual de Derecho Mercantil", Tecnos, Madrid, 1991, págs. 93 y ss.

[195] Afirmaciones compartidas entre otros por DE LA CÁMARA (vid. "La venta de la empresa mercantil ..." cit., pág. 292) ; FRAGUAS MASSIP (vid. "El concepto jurídico ..." cit., págs. 236-244) ; OLIVENCIA RUIZ (vid. op. cit., pág. 175 y ss) ; LUNA SERRANO (vid. "Notas sobre la empresa y el empresario agrícola" en "Estudios en honor al Prof. Castán V", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pág. 417) ; SIMO SANTOJA (vid. "Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa", A.A.M.N., 1984, tomo XXIV, pág. 126) ...

cumplir su actividad, sea para vender los bienes o servicios que produce o que es capaz de prestar[196].

Avanzando en esta línea, y en palabras de FRAGUAS MASSIP, la empresa es una de las posibles unidades económicas productivas, cuya esencia radica en constituir una organización dinámica de elementos diversos, para la producción con el mayor índice de productividad, y la comercialización óptima, de bienes o servicios, en condiciones de atender una demanda teóricamente indeterminada[197]. La empresa aparece pues, como una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado[198].

Ciertamente es la organización la característica más sobresaliente de la empresa. No se trata de una acumulación de medios, ni siquiera de una ordenación de los mismos, hay que organizarlos, es decir, situarlos conforme a un plan previo, en una determinada posición y en una mutua correlación e interdependencia funcional duradera, que convierta a cada uno de los factores, hasta entonces con propia entidad e independencia, en parte de un todo organizado[199].

La actividad organizadora del empresario actúa sobre los elementos materiales, los cuales adquieren por la misma un peculiar relieve económico (y jurídico). De ahí que no sea posible separar en la empresa la organización de

---

[196] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "La venta de la empresa mercantil ..." cit., pág. 292.

[197] Cfr. "El concepto jurídico ..." cit., pág. 244. En el mismo sentido económico RICO PÉREZ define la empresa como una organización dinámica y superior, con participación de sus hombres en el capital y trabajo, en su gestión y responsabilidad, integrando una unidad caracterizada por el fin perseguido, con vida propia e independiente de sus distintos componentes, y capaz de atender una demanda tendente a satisfacer necesidades sociales y económicas. (Cfr. "La empresa como objeto del Derecho" en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez", Editorial Revista de Derecho Financiero. EDERSA, Madrid, 1978, pág. 677).

[198] Vid. BROSETA PONT, M. : "Manual de Derecho Mercantil..." cit., pág. 93.

[199] Cfr. FRAGUAS MASSIP, R. : "El concepto jurídico..." cit., págs. 255-256.

los elementos (negocio) de la actividad organizadora, pues el negocio, el conjunto de elementos que sirven de base al ejercicio empresarial, no es sino el precipitado objetivo de la misma actividad y de actividades anteriores[200].

Ahora bien, entendida la empresa como organización, la dificultad se encuentra al intentar descubrir cual es la naturaleza jurídica de tal organización ; pues la misma no se ajusta a ninguno de los conceptos unitarios que el Derecho tiene acuñados. Por ello DE LA CÁMARA propone abandonar la pretensión de encajar la empresa en los esquemas conceptuales tradicionales y partir de la interpretación de las normas, a fin de investigar qué transcendencia jurídica tiene la empresa como organización[201]. Para este autor se trata de una institución que, por consistir esencialmente en un conjunto de bienes organizados que, sin perder su individualidad, son tratados como partes de un todo, podría pertenecer tal vez a la familia de la *universitas* ; si bien reviste en su composición y en su tratamiento una complejidad mucho mayor, no sólo por el carácter diverso de los elementos que la componen, sino además porque dichos elementos están afectos a un fin esencialmente dinámico que hace necesaria una organización, idea que es ajena a la *universitas*. Así pues, — advierte — en realidad nos encontramos ante una categoría nueva ; lo cual no es refugiarse en el cómodo y socorrido *"sui generis"*, sino admitir que, al enriquecerse el elenco de bienes tutelados por el Derecho, hemos de acudir forzosamente a fórmulas nuevas[202].

---

[200] Advierte al respecto DE LA CÁMARA que el propio concepto de negocio es inimaginable si no se le relaciona con la actividad de un empresario, sea esta actividad pasada, presente o futura. (Cfr. "La venta de la empresa ..." cit., pág. 306).

[201] Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Estudios de Derecho Mercantil I" Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, págs. 22 y ss.

[202] Cfr. op. últ. cit., pág. 40.

LUNA SERRANO hace eco igualmente de las dificultades de cabida que las "organizaciones" encuentran en nuestro sistema jurídico dogmático actual, pues el recurso habitual a la *institución* se ha mostrado poco eficaz y no ha hecho más que trasladar la discusión sobre el concepto de empresa a la determinación de la virtualidad del concepto *institución* (Cfr. op. cit., pág. 418).

Mas, ¿puede transmitirse unitariamente la empresa en el tráfico jurídico ? En efecto, la empresa es susceptible de ser, válida y eficazmente, objeto unitario de negocios jurídicos, ya que las partes pueden contractualmente considerarla como un todo. Las partes venden y compran una empresa, la arriendan, constituyen sobre ellas usufructos o la transmiten mortis causa. Pero esta unidad lo es tan solo en sede negocial, un único negocio servirá para crear la obligación de transmitir todos los elementos que forman la empresa, pero luego cada uno de ellos seguirá su propia ley de circulación, y exigirá una forma distinta de entrega. La postura adoptada, por tanto es de naturaleza ecléctica o intermedia, pues se acepta la unidad de negocio, rechazándose en cambio que la empresa pueda constituir objeto de derechos reales, aun cuando lo puedan ser algunos de sus elementos[203].

Esta posición de identificación del concepto jurídico con el concepto económico de empresa no ha estado exenta de críticas, así se ha dicho que la ciencia jurídica no puede utilizar directamente conceptos económicos, pues la economía es ciencia descriptiva mientras que el Derecho es ciencia normativa ; y además, dentro de la ciencia jurídica el concepto de empresa tiene una índole muy especial, ya que no se trata de una noción estrictamente metajurídica, sino propiamente de una realidad social que, desde el momento mismo de su aparición, asume carácter jurídico[204].

---

[203] Cfr. BROSETA PONT, M. : "La transmisión de la empresa ..." cit., pág. 69 ; y en el mismo sentido SIMO SANTOJA (vid. op. cit., pág. 127) ; RICO PÉREZ (vid. op. cit., pág. 685) ; y asimismo vid. voz "Empresa mercantil" en el "Diccionario de Derecho Privado", tomo I, ed. Labor S.A., Barcelona - Madrid, 1950, págs. 1757-1758.

[204] Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C. : "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", R.D.M. 1965, págs. 17-18.

En el mismo sentido DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, rechaza el concepto jurídico - económico de empresa al entender que la empresa es una realidad social global, con implicaciones relevantes para otras ciencias distintas de la economía y el Derecho. Asimismo no ve por qué el Derecho debe aceptar acríticamente lo que la ciencia económica le dice de la empresa, precisamente porque ha de regularla. Y finalmente no puede aceptar como concepto *jurídico* el de *organización*, término del que no consta un sentido técnico en el Derecho Privado. (Cfr. "Comunidad de bienes y empresa", McGraw Hill, Madrid, 1997, págs. 90-91).

Profunda y general es la visión crítica de RUBIO, para el cual todas las nociones orgánicas (o *totalitarias*, como le gusta denominarlas), deducidas de la noción económica,

B) Autores que elaboran un concepto jurídico de empresa distinto del económico

Paralelamente a la postura anterior, y haciendo eco de las construcciones de los autores de los países de nuestro entorno, existen en la doctrina española múltiples nociones jurídicas de la empresa que intentan traducir en términos jurídicos la realidad compleja y unitaria de la empresa.

a) La empresa como actividad

Esta concepción, procedente de la doctrina italiana, tiene en URÍA a su principal valedor. Éste, rechazando la posición organicista, separa en el fenómeno empresa el aspecto subjetivo del aspecto objetivo, distinguiendo entre la actividad del sujeto organizador y el conjunto de medios instrumentales (reales o personales) por él organizados para el servicio de la actividad, y centra la idea de empresa sobre el primer aspecto, y la idea distinta de negocio o establecimiento (denominación que prefiere) sobre el segundo ; con lo que la empresa se configura como pura forma o modo de actividad[205] y el establecimiento como el instrumento de dicha actividad,

tropiezan en el Derecho con un obstáculo insuperable : la imposibilidad de someter a un tratamiento jurídico uniforme los elementos personales, sujetos de Derecho, y los bienes y relaciones de hecho, objetos de Derecho (cfr. "Introducción al Derecho Mercantil", Ediciones Nauta S.A., Barcelona, 1969, pág. 471).

Por esta causa, le parece imprescindible partir de una distinción fundamental entre la empresa como *empresario*, frente a la empresa como *organización empresarial*, como patrimonio de explotación (cfr. ídem, pág. 474), sin que pueda admitirse el *tertius genus* de la empresa-actividad tan cara a la doctrina italiana (vid. op. cit., págs. 491-494). Por lo que a la empresa como *organización empresarial* respecta, para el autor se trata de un *objeto de Derecho unitario*, que constituye un bien en sí mismo, consistente en *la organización de los elementos coordinados por el empresario con vistas a su explotación productiva*. Es decir, para el autor, el bien empresa no consiste en la idea organizadora, como han pretendido algunos, *sino en la organización llevada a cabo y reflejada en la disposición concreta de los elementos que en cada caso la componen*. Estamos entonces ante un bien inmaterial que es protegido por el Derecho en cuanto tal (cfr. op. cit., págs. 528-537).

[205] Cfr. URÍA, R. : "Derecho Mercantil", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., vigésimo cuarta edición, Madrid, 1997, págs. 35 y 36.

entrando la primera en la categoría de los actos jurídicos y el segundo en la de los bienes instrumentales con valor económico[206] [207].

La actividad de empresa se caracteriza por los siguientes elementos :

a) Su *economicidad*, (la actividad ha de ser de *orden económico*[208]) ; esto es la *valorabilidad patrimonial* de la actividad ha de entenderse en sentido objetivo, no tanto como ánimo lucro cuanto como idoneidad abstracta para cubrir los costes de ejercicio. En este sentido un elemento importantísimo es la inserción en el mercado, esto es, la relación con terceros[209].

b) Ha de ser actividad *planificada*, dirigida a conseguir la unidad de acción de arreglo a un proyecto racional[210].

c) Y por último habrá de ser actividad *profesional*, continuada, sistemática, con tendencia a durar, y con propósito de lucro permanente[211].

d) El fin perseguido por la actividad debe ser la producción de bienes y servicios o el cambio de los mismos en el mercado[212].

---

[206] Cfr. op. cit., pág. 37.

[207] Tal concepción es acogida también por LAGUNA IBÁÑEZ (vid. "La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones", A.D.C. 1962, págs. 669 y ss) al sostener que *"la empresa es actividad económica, que no guarda más relación con el complejo de bienes organizados para ello que la cualidad de utensilios que éstos tendrán de valor puramente material para la obtención del fin propuesto"* ; DE LOS RÍOS SÁNCHEZ entiende asimismo que el único concepto jurídico de empresa capaz de explicar la exigencia de plena capacidad de obrar para ser empresario (o la necesidad de adoptar la forma societaria en algunos casos), así como que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio del titular, es el que considera la empresa jurídicamente como una *actividad*, para cuyo *desarrollo* se han de cumplir aquellas exigencias y de *cuyos resultados* se responde de la manera prevista por las normas (vid. op. cit. pág. 92). Igual opinión sostiene CASALS COLLDECARRE ("L'entreprise et le Droit Commercial", Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, tomo XIII, fasc. 2, 1965, pág. 89) ; y en la doctrina hispanoamericana ETCHEBERRY ("Empresa y objeto social", R.D.C.O., Diciembre 1980, págs. 794 y ss).

[208] URÍA, R. : op. cit. pág. 36.

[209] Cfr. DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M. : op. cit., pág. 95.

[210] Cfr. URÍA, R. : op. et loc. cit.

[211] Ibídem.

[212] Ibídem.

Según estas premisas, URÍA califica de empresa *el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios*[213], y la encuadra en la categoría de los actos conjuntos y de carácter continuado (procesos) que, aun implicando una combinación o serie de actos simples coordinados entre sí por la unidad de acción y de fin, ofrecen en todo momento una visión unitaria del fenómeno[214].

Junto a la actividad, el negocio aparece como el conjunto de bienes, derechos y servicios, de los que el empresario se vale en su ejercicio. La cualidad fundamental del complejo es la organización que confiere al mismo una particular potencialidad de éxito y tiene un valor patrimonial evidente[215]. Pero ello no quiere decir que los elementos unidos y coordinados en el negocio pierdan su autonomía, antes bien, son fungibles, en el establecimiento se sustituyen o se renuevan las cosas y los servicios, sin que por ello se rompa la unidad del mismo, en tanto no se produzca una disgregación o dispersión total que destruya la organización[216].

Para esta posición las cuestiones de naturaleza jurídica se centran sobre todo en el negocio. Acerca de este tema son numerosas las construcciones : así, mientras URÍA soluciona el problema por la vía de la institución[217], DE LOS RÍOS se decanta por la tradicional "universalidad" en sentido amplio, pues — según afirma — se trata de un conjunto de bienes

---

[213] Cfr. op. cit., pág. 37.

[214] Cfr. op. cit., pág. 36.

[215] Cfr. URÍA, R. : op. cit., pág. 39.

[216] Cfr. URÍA, R. : op. cit., pág. 39.

[217] Según este autor, (op. cit. págs. 39 y 40), *"si la idea de institución, como organización de elementos materiales y personales, en función de un fin de orden superior a todos ellos, cada día penetra más profundamente en el terreno jurídico, el establecimiento, como particular forma de organización jerarquizada de bienes y servicios personales, podría merecer, sin violencia, esa calificación"*.

que conservan su carácter propio, pero que en determinadas circunstancias puede comportarse como objeto único de derechos[218].

Entendiendo la empresa como forma específica de actividad económica cualificada, está claro que no podrá ser objeto de transmisión, pues supondría enajenar un dato puramente espiritual y que atañe a la persona misma del empresario; el objeto de la transmisión será, por tanto, únicamente el negocio[219]. Ahora bien, ¿es el negocio susceptible de transmisión unitaria? URÍA responde optimistamente indicando la tendencia existente en los últimos años en nuestro ordenamiento positivo a favor de la idea de que el establecimiento, en su unidad, constituye un bien, distinto de los elementos que lo componen, y susceptible de ser objeto de negocios jurídicos. Frente a él, LAGUNA[220] ve en la inexistencia de una regla que permita la transmisión de las deudas, el mayor obstáculo a la transmisión del negocio como bloque unitario, pues rigen las reglas generales del Código Civil, que exige la aceptación de cada uno de los acreedores, para los que no es indiferente la persona de su deudor. Sólo en las relaciones internas (entre transmitente y adquirente) tiene trascendencia jurídica unitaria el establecimiento[221].

Esta corriente conceptual dinámica de la empresa ha recibido no pocas críticas. De lo más acertada consideramos la que afirma que tal visión incurre en un error de perspectiva, defecto óptico que consiste en percibir como realidad empresarial total lo que no deja de ser un simple aspecto concreto del

---

[218] Cfr. op. cit., pág. 78.

[219] Vid. LAGUNA IBÁÑEZ, F.: op. cit., pág. 672. Y dentro del negocio tendrá importancia decisiva un elemento consistente en el resultado de la actividad del empresario anterior, que por facilitar el ejercicio del comercio al que le sucede, será estimado al establecer el precio globalmente (ídem. pág. 676).

[220] Cfr. op. cit., pág. 674.

[221] Señala no obstante este autor una excepción de gran interés para nosotros, un supuesto en el cual la transmisión del negocio se hace precisamente con las deudas que lo gravan, salvo pacto en contrario: cuando el empresario transmite su explotación a un heredero, mediante testamento. Entonces parece lo más seguro entender que la transmisión se realiza en bloque, sin que pese sobre los restantes coherederos parte alícuota de las deudas de la explotación (Cfr. op. cit., pág. 679).

fenómeno. Estos juristas han contemplado la empresa y han destacado un aspecto que, aunque integrador de la misma, no constituye ni su esencia ni su todo[222]. Además, se ha llegado también a decir que la distinción y separación entre negocio y empresa es tan fundamental que atenta directamente contra la unidad y la consistencia conceptual de esta última[223].

b) La empresa como universalidad

Otro sector de la doctrina prefiere considerar la empresa como universalidad, prescindiendo de la distinción entre *universitas facti* o *iuris*, ya que el hecho de que la empresa esté formada por elementos heterogéneos cuya suma tiene menor valor que el todo, permite pensar que la reunión de dichos elementos no da lugar a un todo suma, sino a un todo producto, a una universalidad concebida como *res nova*[224].

c) La empresa como institución

MARTÍN-BALLESTERO COSTEA partiendo de la consideración de la empresa como universalidad (de hecho en cuanto el tratamiento unitario de sus diversos bienes ; y de derecho en cuanto la norma o la autonomía privada

---

[222] Cfr. OLIVENCIA RUIZ, M. : op. cit., pág. 176-177.

[223] Cfr. BOIX RASPALL, J.M. : voz "Derecho Mercantil" en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo I, Editorial Seix S.A., Barcelona, 1985, pág. 701.

[224] Cfr. ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis : "La vida jurídica de la empresa individual" (Ponencia presentada en el XV Congreso Internacional del Notariado Latino, París, 1979), R.D.N., 1980, pág. 165.

Según este autor, cabe considerar la empresa como cosa universal porque en ella se produce el juego de la fungibilidad de sus elementos, característico de las universalidades jurídicas (ibídem).

Pero esta construcción le lleva a otra más comprometida : la noción de empresa como un *patrimonio separado de eficacia relativa*, no a los efectos de la responsabilidad por débitos y sin personalidad jurídica (ídem, págs. 165 y ss).

También para DÍEZ BALLESTEROS (y para los efectos de la regulación de los gananciales), la empresa es una universalidad, un complejo de cosas, energías de trabajo, clientela ... etc., que él califica de *universitas facti*, susceptibles de regirse individualmente por distintas normativas, pero que en virtud de los vínculos de naturaleza económica y organizativa, se la hace objeto de tratamiento unitario en el tráfico (Cfr. "La empresa individual en el régimen de gananciales". Editorial Montecorvo, Madrid, 1997, págs. 44 y ss.)

le da relevancia jurídica)[225], llega a su construcción como *institución*[226], una institución que actúa por medio de órganos, con un carácter transpersonalista y capaz por ello, a pesar de materializarse en personas y bienes, de separarse de los mismos y ofrecer una vivencia propia y aislada, subjetiva y objetivante[227]; de constituir algo vivo y dinámico, no sólo algo tangible, económico, sino algo espiritual que aúna todos esos elementos materiales y las personas que los manejan y dirigen[228].

De la misma forma, para POSADA, la empresa ha de ser institución, en razón de su fin de satisfacción de necesidades colectivas, de los factores humanos o personales que en la empresa actúan y de la función que ésta desempeña en el conjunto o "sistema" de las actividades que se sintetizan (o que se deben sintetizar) en el concepto del "bien común", del interés y del bienestar general[229].

d) La construcción de FONT GALÁN

Una construcción particular es la de FONT GALÁN, para quien la empresa es una específica modalidad de "riqueza" productiva, constitutiva de un bien o *valor patrimonial de explotación*, resultante de la materialización u

---

[225] Cfr. "La empresa y el Derecho Civil" en "Estudios de Derecho Público y Privado", vol. I. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario "Menéndez Pelayo" de Valladolid, 1965, pág. 592.

[226] Pues, — afirma — *"si de la suma de una serie de relaciones jurídicas emparentadas deducimos lo típico y llegamos a la construcción de una relación jurídica en abstracto, nos hallamos ante la institución"* (cfr. op. cit., pág. 591).

[227] Ibídem.

[228] Cfr. op. cit., pág. 588.

Esta es la noción que, desde el punto de vista social, sostiene también VARELA AUTRÁN, el cual ve en la empresa una institución con vida y autonomía propia que se separa y diferencia perfectamente de la persona de su titular, de ahí que las relaciones contractuales de trabajo que constituyen el soporte personal de la empresa, no tengan que sufrir alteración alguna por el simple hecho del cambio de titularidad sino que, como norma general, deban subsistir, con su propia configuración jurídica, sin que deban resultar afectadas por el hecho de la transmisión empresarial (cfr. "La sucesión de empresa en el Ordenamiento Laboral Español : sucesión mortis causa y supuestos especiales", R.G.D. 1996, pág. 595).

[229] Cfr. "Concepto económico y régimen jurídico de la empresa", R.D.P. 1944, pág.778.

objetivación de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado. Este *valor patrimonial de explotación*, por tanto, se sustenta en tres soportes fundamentales, a saber : el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización. La empresa en sentido jurídico sería la resultante patrimonial de todos esos soportes[230] cuya unidad jurídica, tras haber sido reconocida por la reforma de 1981 del Código Civil, ha de ser tenida en cuenta, como elemento normativo de nuestro sistema patrimonial, en la solución de los problemas jurídicos que surjan en el tráfico de la empresa[231].

e) La empresa como realidad pluridimensional

Sin embargo, la mayoría de nuestra doctrina actual ha renunciado a la concepción lineal o unidimensional de la empresa, y la configura como una

---

[230] Cfr. "La empresa en el Derecho Mercantil", en la obra colectiva : "Derecho Mercantil I", coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Editorial Ariel, Barcelona, 1997, pág. 69.

Según afirma el autor el proceso progresivo de juridificación de la empresa ha de seguir las siguientes pautas : *"1) evitar toda escisión de los aspectos subjetivos (empresario y su actividad), objetivos (establecimiento mercantil), prestacionales (bienes y servicios producidos), e incluso la fragmentación de la regulación de los distintos grupos e intereses en juego, funciones o poderes, que en su funcionamiento, son o pretenden ser ejercitados (por empresarios, socios, trabajadores, Estado ....) ; 2) integrar y adecuar la combinación de todos sus aspectos y dimensiones al modelo jurídico-constitucional de empresa que ha de inspirar el concepto amplio o político jurídico de empresa (supraconcepto), como institución o sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad económica en el mercado, de los intereses de cuantos participan en la misma como aportantes de factores productivos (empresarios, socios o inversores y trabajadores), de las funciones y poderes que con relación a la organización empresarial corresponden a éstos y al poder público, y , finalmente, de la explotación del establecimiento mercantil ; 3) deducir de este concepto institucional o político jurídico de empresa, su concepto jurídico estricto, tipificador de una nueva categoría patrimonial capaz de dar forma y clasificación jurídica a esa específica modalidad de "riqueza" productiva del país, que es cabalmente, la empresa, constitutiva de un nuevo tipo de bien o valor patrimonial de explotación económica, entendido como resultante o proyección patrimonial de la organización económica jurídicamente así tipificable, como valor patrimonial de explotación, concepto idóneo para identificar esa nueva forma de riqueza productiva estructurada conforme al sistema de organización de empresa ; 4) delimitar y regular jurídicamente el establecimiento mercantil, como objeto patrimonial organizado e instrumento primordial de la actividad empresarial"* (idem, pág. 68).

[231] Cfr. "La empresa como objeto de negocios de negocios jurídicos", en Jiménez Sánchez (coord.), "Derecho Mercantil I..." cit., pág. 73.

realidad que, en el plano jurídico, tiene varios aspectos o perfiles[232]. Esta construcción pluridimensional ayuda a aflojar el *nudo gordiano* que supone el estudio del concepto jurídico de empresa[233], y alivia la angustia del investigador al permitirle aprehender el amplio fenómeno empresarial, sin las estrecheces que supone la noción unívoca.

De esta manera, se entiende que el concepto jurídico de la empresa abraza los siguientes aspectos : institucional, subjetivo, funcional o dinámico, objetivo o estático, aspectos que no se encuentran separados, sino interrelacionados entre sí, dando lugar a la realidad global y única de la empresa.

La dimensión institucional alude a la especial comunidad formada por el empresario y los trabajadores[234], el conjunto de elementos personales que en la empresa colaboran y coordinan su actividad[235].

Con relación a la dimensión subjetiva es necesario aclarar que, a pesar de que en el uso corriente la empresa se considere sujeto de derecho, carece dentro del ordenamiento de personalidad jurídica. Es el empresario, y no la

---

[232] Se trata del concepto *poliédrico* de ASQUINI (vid. *supra*).

Esta postura es la sostenida entre otros por CALVO ALFAGEME (vid. "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", A.A.M.N., tomo I, 1945, págs. 511 y ss. ; SÁNCHEZ CALERO (vid. op. cit., págs. 49 y ss.) ; FERNÁNDEZ NOVOA (vid. op. cit. págs. 18 y ss.) ; GIRÓN TENA (vid. "Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa", en "Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Antonio Polo", Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1981, pág. 281 y ss.) ; VICENT CHULIÁ (vid. "Introducción al Derecho Mercantil", Tirant lo Blanc, Valencia, 10ª Edición, 1997, pág. 131 y ss.) ; GONDRA (vid. "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)", R.D.M. 1998, págs. 507 y ss.) ; GÓMEZ PÉREZ (vid. "Breves consideraciones sobre el concepto de establecimiento mercantil en el artículo 1413 del Código Civil", R.D.N. 1963, págs. 212 y ss.) ; LE PERA ("La empresa", R.D.C.O., 1970, págs. 187 y ss)...

[233] Es expresión de FERNÁNDEZ NOVOA (vid. op. cit., pág. 18).

[234] Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C. : op. cit., pág. 19 (nota al pie nº 38).

[235] Cfr. GIRÓN TENA, J. : "Sobre las características generales ..." cit., pág. 283.

empresa el titular de los derechos y obligaciones que la actividad empresarial genera[236]. En este sentido puede afirmarse que la dimensión subjetiva del fenómeno empresa se refracta sobre un sujeto, distinto de aquélla : el titular de la empresa[237]. Y ello a pesar de la progresiva subjetivación de la empresa que se deja sentir incluso en la normativa moderna.

La dimensión funcional o dinámica pone de relieve que la empresa es actividad del hombre, un continuo obrar dirigido a una finalidad doble, de un lado la creación de nuevos valores, y de otro la conservación de los valores creados[238]. Afirma SÁNCHEZ CALERO que cuando el artículo 38 de la Constitución hace referencia a la "libertad de empresa" en el marco de la economía de mercado alude a la facultad de libre iniciativa económica para que el individuo — bien él solo o conjuntamente — pueda realizar la actividad organizadora de los medios de producción que estime convenientes y necesarios para satisfacer las necesidades del mercado[239]. La actividad de empresa ofrece como singularidad el desarrollarse con la *interposición de una organización* (creada mediante el propio ejercicio de la misma) que contribuye a la fijación y exteriorización del fin de la actividad[240].

En cuanto a la dimensión objetiva o estática, observa GONDRA que la empresa se manifiesta en el tráfico como un bien económico de estructura compleja[241]. Objetivamente la empresa se nos muestra como un conjunto de bienes organizados que son a la vez instrumento y resultado del ejercicio

---

[236] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 49.

[237] Cfr. GONDRA, J.M. : op. cit., pág. 509.

[238] Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C. : op. cit., pág. 20.

[239] Cfr. op. cit., pág. 50.

[240] Cfr. GONDRA, J.M. : op. cit., pág. 529.

[241] Cfr. op. cit., pág. 544.

empresarial[242]. La parte visible de la organización está formada por un conglomerado de elementos objetivo-patrimoniales, de naturaleza heterogénea, acoplados formando una unidad funcional de conexión, pero junto a ellos encierra la empresa además un núcleo intangible de gran valor económico[243].

La empresa aparecería pues como una especie de *minicosmos jurídico*[244] ; por lo que proponerse una unidad consistente en una única figura comprensiva de sujetos, objetos y actividades no parece factible ni razonable. Según GIRÓN se habrá de atender a las fórmulas de coordinación jurídica que el Derecho conoce (cosas compuestas y universalidades en Derecho de cosas, y en Derecho de Obligaciones, los contratos conexos y mixtos..) y superando incluso éstas, tratar de encontrar mecanismos de supracoordinación adecuados para la empresa, cuya combinatoria es nueva y extraordinariamente complicada, teniendo en cuenta además que ni la coordinación ni la unidad deben conducir a pretender la inseparabilidad de los componentes de la empresa[245].

En este sentido GONDRA (siguiendo a BRECHER) ve en la empresa una *unidad objetiva superior*, y la reconduce a la esfera del *patrimonio* con una unidad estructural de conexión interna ; pero lo particular de la empresa es

---

[242] Señala acertadamente FERNÁNDEZ NOVOA que la actividad del empresario sólo desemboca en auténtica empresa cuando logra objetivarse (vid. op. cit., pág. 21).

Para él, el fruto de la actividad empresarial constituye un bien inmaterial, estrechamente relacionado con los elementos en que se manifiesta pero no identificado con éstos (vid. ídem, págs. 21 y ss.)

[243] Cfr. GONDRA, J.M. : op. et loc. cit. El autor pone de manifiesto como dicho núcleo es un *compositum* de elementos inmateriales : valor de organización, relaciones de clientela, meras oportunidades .... etc.

[244] Cfr. GIRÓN TENA, J. : "Sobre las características generales ..." cit., pág. 297. Con ello se quiere dar a entender por este autor la variedad de titularidades existentes sobre los diferentes componentes de la empresa, a lo que hay que añadir la actividad empresarial.

[245] Ídem, pág. 298.

que su configuración unitaria se apoya sobre la voluntad del sujeto, y además dicha voluntad viene encarnada y objetivada en la propia organización[246].

Dichas construcciones intentan resolver el tantas veces repetido problema de la unidad de la empresa en el tráfico jurídico, pero parece que todas las soluciones pasan en nuestro ordenamiento por la voluntad del empresario (o en su caso de las partes)[247].

No hay más remedio por ello que confiar la transmisión unitaria a la voluntad negocial[248] : es la representación unitaria del objeto del negocio en la intención común de las partes lo que hace del negocio jurídico un todo unitario[249]. Pero, como apunta VICENT CHULIÁ, habrá unidad de título y pluralidad de modos de transmisión[250]. Son los *momentos de coordinación y disgregación* de los que habla GIRÓN TENA, según el cual se conviene primeramente en un acto unitario la transmisión de la empresa (momento de

---

[246] Cfr. op. cit., pág. 561.

Según se afirma : *"esa conformación del "patrimonio empresa" como una unidad de conexión no se traducirá en su consideración en el Derecho positivo como un bien jurídico (objeto derecho) unitario strictu sensu, ni por supuesto como un patrimonio en sí mismo cerrado, es decir, separado en el plano de la responsabilidad. Pero, sin duda, es tenida en cuenta por aquel en otros planos normativos de su ordenación — en particular, el Derecho de Obligaciones —, que lo permiten sin entrar en contradicción con el armazón lógico-conceptual del sistema jurídico"* (vid. op. cit., pág. 566).

[247] GIRÓN considera como aglutinante de la empresa la sola voluntad del empresario, de modo que la conservación y extinción de la misma depende de aquélla (vid. "Sobre las características generales..."cit., pág. 299 y ss.), y en tal sentido se manifiesta también GONDRA (vid. *supra*).

[248] En este sentido, DE LA ESPERANZA, siguiendo a FERRARI, sostiene que *"la unidad de la hacienda sólo es jurídicamente relevante en sede negocial"*. La empresa puede, como objeto múltiple, ser materia de un negocio jurídico único, aunque operante sólo en el campo consensual. De esta forma, estima que para el Derecho español parece exacto afirmar que la unidad sólo es lógica, que opera en el ánimo de los contratantes, y que por tanto, lo que es único es el negocio relativo a la empresa , no la empresa misma (cfr. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A y otros : "La empresa y la función del Derecho ; sus necesidades jurídicas y contractuales. El papel del notario en su satisfacción", R.D.N. Julio-Diciembre 1979, págs. 97 y 98).

[249] Cfr. GONDRA, J.M. : op. cit., pág. 574.

[250] Vid. op. cit., pág. 142 y ss.

coordinación), y luego éste, para su ejecución, se disgrega en función de la variedad múltiple de naturaleza jurídica de todos los bienes y relaciones que en la empresa existen (momento de disgregación). Esto es, existe un negocio jurídico unitario que luego se disgrega en una complejidad e interconexión de actos de ejecución aptos para construir titularidades de distinto carácter según el objeto[251].

Finalmente, y con relación a este interesante asunto, clave en nuestro estudio, hemos de decir que, si bien ciertamente la doctrina ha reconocido que falta en nuestro sistema un tratamiento jurídico unitario de la empresa como objeto del tráfico, sería absurdo cerrar los ojos a una realidad incuestionable : la empresa se hereda, se vende, se arrienda, se da en garantía, en usufructo ...[252] ; y en todos esos casos se transmite como un todo, como un complejo unitario[253]. Cabe, por ello, la transmisión de la totalidad, sin que se pueda considerar como un obstáculo la necesidad de cumplir los requisitos especiales referentes a la transmisión de ciertos elementos singulares que entran en la composición del todo[254].

III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL CONCEPTO DE EMPRESA

---

[251] Cfr. "Sobre las características generales ..." cit., págs. 300 y 301.

[252] Vid. POLO SÁNCHEZ, E. : "La transmisión mortis causa de la empresa en el Derecho Catalán", R.D.M., 1972, pág. 9.

[253] Vid. LANGLE Y RUBIO, E. : El contrato de compraventa mercantil, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 149.

[254] Cfr. LANGLE Y RUBIO, E. : op. cit. pág., 150.

Esta es la postura mantenida, además de los ya citados, por ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (vid. "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", R.C.D.I., 1947, pág. 589 y su Derecho Mercantil, Madrid, 1950, pág. 84 y 120 y ss.) ; LÓPEZ JACOISTE (vid. "La idea de la explotación en el Derecho Civil actual", R.D.P. 1960, págs. 365 y ss) ; VALLET MÁS ("El empresario creador y el futuro de su empresa", A.A.M.N., tomo XXIV, 1984, pág. 201 y 202) ....

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre el concepto de empresa no puede decirse pacífica ni uniforme, y ello a pesar de la abundancia de pronunciamientos al respecto. En efecto, con motivo del art. 3.1° de la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de Diciembre de 1964, que excluía de su ámbito de aplicación los arrendamientos que lo fueran de industria, múltiples resoluciones del Tribunal Supremo se ocuparon de aclarar que debía entenderse por tal.

Pero en sus decisiones el Alto Tribunal no sienta un único concepto de empresa, antes bien, parte de la relatividad del mismo, e incluso, en algún momento, llega a afirmar que éste varía según el punto de vista desde el que se observe, de modo que no coincide el concepto de empresa a efectos del Derecho Mercantil o Fiscal, y el elaborado en relación a la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos[255]. Muy dispar es igualmente la nomenclatura que utiliza el Tribunal Supremo para denominar la empresa ; en sus numerosas sentencias se refiere a ella con los nombres de "industria", "empresa", "empresa industrial" o "empresa mercantil", "negocio" o "negocio industrial", "establecimiento mercantil", "explotación" o "explotación industrial" ....[256]

---

[255] S.T.S. 30 Noviembre 1950, R.J.A. 1950/1771 (CDO. 2º) : "...pues *lo que importa, en trance de aplicación del aludido artículo 4º., es que lo arrendado constituya una unidad patrimonial apta con sus propios elementos para ser explotada por el arrendatario, concepto éste que no se identifica absolutamente con el de empresa, a efectos de derecho mercantil, ni con el de industria, a efectos fiscales.*" ; S.T.S. 4 Junio 1951, R.J.A. 1951/1641 (CDO. 1º) y de 13 de Enero de 1953, R.J.A. 1953/563, (CDO. 2º).

Esta diversificación conceptual es criticada por MUÑOZ CAMPOS y CEREZO CARRASCO que la califican de "bautizo jurídico" : "Ya una empresa, un negocio industrial pueden ser calificados de forma diversa por el poder judicial, «según como» o «en función de»". Vid. MUÑOZ CAMPOS, J. y CEREZO CARRASCO, E.: "Concepto jurisprudencial de la empresa a efectos arrendaticios". R.D.M. 1955. Pág. 282.

[256] En principio parece que el uso de los diferentes términos es aleatorio, sin embargo, la S.T.S. de 3 de Marzo de 1955, R.J.A. 1955/757, incidiendo en el sentido de las citadas en la nota anterior, quiere establecer una distinción en el empleo de los mismos (CDO. 2º) : "... parece olvidar el recurrente que aquel concepto de empresa y su distinción del patrimonio propio de ella, elementos subjetivo y objetivo de una misma cosa, útiles sin duda cuando de determinar cuestiones de índole singularmente mercantil se trata, no tiene completa aplicación bajo el punto de vista arrendaticio urbano, respecto del cual y para sus efectos se ha establecido el concepto y denominación de industria, no empresa, en el artículo 4º de la Ley especial sobre Arrendamientos Urbanos ...". No obstante, tal distinción no tuvo continuidad alguna en las decisiones ulteriores.

Últimamente en cambio, se prefiere la denominación de "empresa" o "empresa mercantil".

El Tribunal Supremo huye asimismo de una formulación categórica de la empresa, entiende que se trata de una realidad económica en continua evolución, que escapa, por así decirlo, a los parámetros jurídicos; de una entidad compleja dotada de vida propia[257]. Por ello aconseja partir, para la configuración de la empresa, de la realidad y la eficacia jurídica práctica, ya que, como afirma en la S.T.S. de 16 de Diciembre de 1960[258] (CDO. 8º) "..., pues aunque la calificación jurídica de «empresa», «local de negocio» y otros, puede decirse que tienen una definición moderna, nada han creado y ahora como antes, con esas u otras definiciones más o menos técnicas tenían una realidad y una eficacia jurídica práctica que no necesita para vivir definiciones más o menos dogmáticas o más o menos científicas, porque el devenir de la vida y las necesidades que crea y comporta suelen adelantarse a las definiciones conceptuales y hasta a las normas legislativas, que generalmente las sancionan y no las crean ..."

Aunque, como hemos advertido, no existe una única postura jurisprudencial acerca de lo que debe entenderse por empresa, sí podemos encontrar cierta tendencia a configurarla como *conjunto organizado u organización de elementos para la consecución de una finalidad económica mercantil, que constituye unidad patrimonial y puede transmitirse como un todo unitario*[259]; concepto que, como podemos apreciar es económico, y no

[257] S.T.S. 25 Febrero 1960, R.J.A. 1960/927, (CDO. 1º): "Que el concepto de empresa que viene evolucionando en los tiempos modernos, transformándose de una simple acumulación de elementos de trabajo y de actividad personal, en una entidad dotada de vida con un complejo de elementos que llegan desde el arrendamiento del local en que tienen su sede, mercancías, clientela, prestigio comercial: en resumen, acervo mercantil y especialmente organización...."

[258] R.J.A. 1960/4097.

[259] Vid. S.T.S. de 13 de Noviembre de 1963, R.J.A. 1963/4570 (CDO. 2º) "... complejo o universalidad de elementos materiales, conectados y adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinada a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente, es decir, ..., un todo organizado para la realización de una finalidad productiva o de su fin económico,

jurídico, puesto que en ninguna decisión fija el Supremo la naturaleza jurídica de esta organización de elementos.

Ya la temprana S.T.S. de 26 de Mayo de 1914[260], en un supuesto de tercería de dominio, calificaba el "establecimiento mercantil" como "un todo comercial con diversos géneros", sin que pueda obstar a esta consideración "la naturaleza fungible de los bienes", y declaraba que los adquiridos por la tercerista "vienen a sustituir y representar a los que primitivamente y en fecha no remota fueron la base de su comercio" ; con lo que se proclama la *idea de la totalidad*, resultante de la unidad teleológica o de destino que vincula a todos los elementos de la empresa, y también la "*capacidad de regeneración de la empresa*", por virtud de la cual los diversos elementos de la empresa pueden ser sustituidos y reemplazados poco a poco por otros nuevos, merced a su fungibilidad, de tal manera que puede llegar un momento en que, siendo distintos el titular y el personal trabajador de la empresa y distintos también los elementos integrantes del activo de la misma, sin embargo, conserve su identidad y estado merced a esa *capacidad de regeneración como cuerpo organizado*[261].

organización que constituye una unidad patrimonial, o, en otros términos,..., la industria constituye una entidad compleja, integrada por los enseres, maquinarias, local en que está instalada, y una organización que constituyen un todo orgánico para una actividad industrial, según el concepto recogido por la jurisprudencia....". Y asimismo las SS.T.S. de 10 Marzo 1969, R.J.A. 1969/1225 (CDO. 1º) ; 10 Marzo 1970, R.J.A. 1970/1848 (CDO. 2º) y de 28 Junio de 1979, R.J.A. 1979/2552 (CDO. 2º).

[260] J.C. 1914 II, Núm. 78. Un poco después, en igual dirección, y también con motivo de una tercería, encontramos la S.T.S. de 26 de Abril de 1916, J.C. 1916, Núm. 51.

[261] Cfr. POLO, A. : "La empresa como objeto del tráfico jurídico" (Comentario de las SS.T.S. de 7 de Diciembre de 1945 y de 23 Marzo de 1946). R.D.P. 1946, pág. 564.

Se ha afirmado también que en esta sentencia el Tribunal Supremo prescinde ya de la doctrina atomística, y opta por una visión teleológica y total ; todos los elementos tanto patrimoniales como personales de la empresa pueden variar, ser sustituidos por otros, sin que la empresa sufra menoscabo jurídico, en virtud de un principio de economía vital que en la práctica es reconocido cuando en el léxico vulgar se dice *la casa debe, la casa compra, la casa quiebra.* Se vislumbra la empresa como una entidad biológica comercial, y por tanto única en su valoración específica. Vid. MUÑOZ CAMPOS, J. y CEREZO CARRASCO, E. : op. cit., pág. 253.

Entre las sentencias que siguen esta orientación es posible subdistinguir dos líneas: aquélla, claramente dibujada, que ve la empresa como un conjunto organizado y puede denominarse por ello concepción orgánica u organicista, la cual, unas veces con vigor y otras debilitada, es una constante en las decisiones del Supremo ; y aquélla que la construye como una universalidad.

La primera línea, la de las llamadas teorías orgánicas u organicistas, es la que parece prevalecer, aunque no falten pronunciamientos en contrario. Su característica esencial consiste en la configuración de la empresa como organización[262], ; así lo establece la importante S.T.S. de 13 Marzo de 1943[263], la primera que aborda de lleno el concepto de empresa y el problema de la naturaleza jurídica de la empresa como objeto del tráfico jurídico[264]. Esta resolución, tras calificar el concepto de *negocio* como "anfibológico" "a primera vista", viene a afirmar que ".... es innegable que, cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución, favorecidas por el silencio que a ese respecto guardan nuestros Cuerpos de derecho material, una vez desechadas las teorías que lo conciben como una persona jurídica, o como un patrimonio autónomo, o como una *universitas rerum*, que implica una reunión al par física y económica de elementos de muy variada condición que unitariamente considerados, exigen un tratamiento jurídico propio, gana terreno en el orden científico la idea de que la empresa es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser, *en su conjunto*, objeto de tráfico jurídico ; sin que la idea sea extraña a nuestras

[262] Destacan MUÑOZ CAMPOS, J. y CEREZO CARRASCO, E. (op. cit., págs. 258 y ss.), como notas más importantes de este concepto empresarial : a) Su marcado aspecto espiritual : el Tribunal Supremo comienza a considerar la empresa como un "todo" por encima de los valores materiales, de los hechos y de las relaciones jurídicas. Todo único o "corpus", que viene animado por la acción organizadora del empresario ; b) La distinción entre el patrimonio y la organización, y c) la supremacía del valor empresa en la relación arrendaticia.

[263] R.J.A. 1943/308, (CDO. 2º).

[264] Cfr. POLO, A. : "La empresa como objeto del tráfico jurídico" (Comentario de la S.T.S. de 13 de Marzo de 1943). R.D.P., 1943, pág. 320.

prácticas comerciales, en las que suele ser frecuente la transmisión, definitiva o temporal, del negocio mercantil como entidad substantiva, ni pueda decirse ajena a nuestro derecho, que en algún caso, como el contemplado por el artículo 928 del Código de comercio, admite la posibilidad de que la empresa sea traspasada, que es tanto como decir que, considerada como un todo, puede ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional"[265].

En la misma línea encontramos la S.T.S. de 13 de Enero de 1944[266], que consagra además una nota fundamental de esta teoría : la consideración del elemento "organización" como el preponderante sobre todos los demás que constituyen la empresa : *"Que la explotación o negocio industrial está normalmente integrado por un patrimonio y por una organización de actividad que da aliento a los elementos materiales, coordinándolos en una unidad económica susceptible de producir ganancia o lucro, destacándose generalmente de estos elementos el carácter preponderante de la organización — elemento espiritual — sobre el patrimonio — elemento material —, que a veces desempeña un papel muy secundario ; ....*"[267]

---

[265] Le sigue en el tiempo la S.T.S. de 3 Mayo de 1943, R.J.A. 1943/564, mucho menos explícita que su precedente al definir el "establecimiento industrial" como *"conjunto de elementos diversos, destinados a una explotación industrial ..., formando un todo con ésta"*. (CDO. 3º).

[266] R.J.A. 1944/120, (CDO. 2º)

[267] También de esta tendencia es la S.T.S. de 7 de Diciembre de 1945, R.J.A. 1945/1290, cuya doctrina es muy seguida por resoluciones posteriores, en su Considerando Segundo establece "Que la palabra industria, tanto por su etimología como por su definición lexicológica : «Maña, destreza o habilidad, y también conjunto de operaciones materiales necesarias para la obtención y transformación de un producto natural», o su acepción económica de transformación de primeras materias y producción de riqueza como en el concepto más vulgar de profesión u oficio, representa una idea substancialmente integrada por la actividad del factor humano que la sustenta, el cual, con auxilio de los elementos materiales (trabajo manual, maquinarias y artefactos e instalaciones en mayor o menor número, según su desarrollo) económicos (capital, crédito, clientela) o inmateriales (inteligencia, laboriosidad, crédito público) *constituye una unidad patrimonial propia de la persona individual o colectiva que la produce y mantiene y susceptible de ser transmitida, cedida, traspasada de modo permanente o arrendada por tiempo determinado a otra u otras personas que al recibirla como tal industria no adquieren solamente los elementos auxiliares enumerados por muy importantes que sean, sino una entidad dotada de vida, según la actividad que la anime y multiforme en sus relaciones jurídicas, derivadas de los derechos y obligaciones que la correspondan como objeto de derecho y elemento económico social"*.

Insiste en tal sentido la S.T.S. de 23 de Marzo de 1946[268], que se puede considerar como la exposición clásica y básica de la teoría orgánica de la empresa[269] : "Que, *a falta de definición de la empresa mercantil en la legislación vigente, para establecer su concepto ha de recurrirse a la que ya forma tanto por número de sentencias, como por las poderosas razones en que la apoyan, puede tomarse como jurisprudencia de este Tribunal coincidente con el mismo concepto dado en legislaciones extranjeras modernas y en la glosa nacional y extranjera de las autoridades en la materia.*

Que *las tres sentencias aludidas son las de 13 de marzo y 3 de mayo de 1943 y 7 de diciembre de 1945, en las cuales se establece el concepto de empresa mercantil, estimando como elementos integrantes de ella «el trabajo», «el capital» y «la organización» de ambos, a los fines de producción económica, el último de los cuales elementos, o sea la organización, creación exclusiva del empresario, es el señalado únicamente como el esencial para que el conjunto de bienes y trabajo, tenga el carácter de empresa mercantil, con valor económico en su conjunto, superior a la suma de los factores singulares que la componen y cuya responsabilidad en orden al éxito o fracaso de la empresa, es exclusivamente del empresario, siendo también, y por lo mismo, el elemento al que principalmente se atiende en los negocios jurídicos que tienen por objeto la empresa mercantil*".

Según POLO, esta sentencia constituye un punto trascendental en la evolución de la elaboración del concepto de empresa mercantil por nuestro

---

[268] R.J.A. 1946/275, (CDO. 4º y 5º).

[269] GIRÓN TENA alaba la noción de empresa formulada por el Tribunal Supremo en esta sentencia, y la entiende exacta y acertada. Señala que en la misma se fija definitivamente la aptitud de la empresa para ser objeto del tráfico, y además el Supremo, al subrayar la idea de la organización, se alinea junto a la doctrina alemana y la italiana (concepto de "avviamento"), que destacan el elemento fundamental que hace a la empresa ser algo más que la suma de sus elementos componentes, frente a la doctrina francesa (cuando estudia el contenido de los términos "chance", "achandalage"...) y la inglesa (cuando se ocupa de la "goodwill"), que no prestan atención a la posibilidad de que sean, en algunas de sus formas, manifestaciones de una especial organización. Vid. GIRÓN TENA, J. : "Empresa". Jurisprudencia Comentada. R.D.M. 1946. Págs. 479-480.

Tribunal Supremo. La contemplación de tal proceso permite a este autor la fijación de tres momentos distintos y sucesivos marcados cada uno por un diferente criterio inspirador del concepto ofrecido : el primero lo constituye la *consideración de la empresa como un "todo comercial"*, después se atiende al hecho de ser la empresa una *"verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición "*, y finalmente se destaca aún más el dato espiritual de la organización, concibiendo la empresa como *"entidad económica organizada susceptible de producir ganancia o lucro".*[270]

Sin embargo, ponen de relieve MUÑOZ CAMPOS y CEREZO CARRASCO, que esta corriente espiritualista, este reinado de la organización, se debilita en algunas sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, que permitía la posibilidad de la existencia de arrendamiento de industria sin que ésta hubiera sido explotada con anterioridad a la celebración del contrato[271].

La primera sentencia que se aleja de la teoría puramente organicista es la de 16 de Marzo de 1948[272], la cual, ante la alegación del arrendatario recurrente de la situación de paralización del molino objeto del contrato en el momento de la perfección del mismo, afirma en sus Considerandos Segundo y

---

[270] La primera etapa (la concepción de la empresa como un todo comercial), se inicia con la S.T.S. de 17 de Marzo de 1880, al considerar ésta el patrimonio de la empresa como un todo bajo la construcción de la universitas rerum ; a la que siguen las de 26 de Mayo de 1914, 26 de Abril de 1916, 19 de Diciembre de 1924 y 4 de Diciembre de 1933, cuyo criterio informador es el de la unidad y la totalidad. El segundo momento viene marcado por la S.T.S. de 13 de Marzo de 1943 que ya sitúa en primera línea el elemento organización; y el último lo constituyen las sentencias de 13 de Enero de 1944, 7 de Diciembre de 1945 y 23 de Marzo de 1946, las cuales apuntan, según el autor, "hacia un *moderno concepto de Empresa*, en el cual, *sin romper la unidad económica de la organización que la Empresa constituye,* y que *expresamente se proclama* , permite adivinar *la doble consideración estática y dinámica, estructural y funcional, instrumental y personal de la Empresa,...*" (Cfr. POLO, A. : "La empresa como objeto ...." cit. R.D.P. 1946. Pág. 559-566).

[271] Cfr. op. cit., pág. 274 y ss. A pesar de que estos autores se muestran en su artículo pesimistas y descorazonados por lo que consideran un nuevo y fatal viraje de la jurisprudencia y la pérdida del valor "organización", la perspectiva de los años nos demuestra que se trata tan sólo de una breve desviación, pues las decisiones posteriores volverán pronto a la línea organicista.

[272] R.J.A. 1948/624.

Tercero : "Que al razonar este motivo, se mezclan de manera poco clara las ideas de organización y de entidad viviente, ideas y términos que importa deslindar, pues, *si bien puede decirse, en general, que es esencial en la industria que exista una organización, no es esencial que esa organización esté en todo momento funcionando como entidad viviente, pues la vida que es autopropulsión y que sólo puede entenderse aquí en sentido figurado o analógico, viene del elemento director que imprime su impulso a la industria, y este elemento director es precisamente lo que no se transmite por el arrendamiento, ni es objeto por tanto del contrato de industria, sin que pueda decirse que en el momento en que esa dirección activa cesa, desaparece «ipso facto» la industria, ni que cambia su naturaleza, dado que conserva su propia estructura y finalidad.*

Que *el objeto del arrendamiento referido no es una reunión de enseres inconexos y con valor independiente, sino un complejo de elementos materiales adecuados entre sí, por su estructura y disposición destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, es decir un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, organización que constituye una unidad patrimonial*"

Siguen a éste, entre otros, los siguientes pronunciamientos : SS.T.S. de 30 de Junio de 1949; 27 de Septiembre de 1949; 20 de Marzo de 1950 ; 15 de Marzo de 1951; 26 de Junio de 1951 ; 8 de Abril de 1952; 14 de Febrero de 1954 ; 30 Enero 1956 ; 6 de Febrero de 1960 ; 8 de Noviembre de 1974[273].. .... ; en ellos el elemento organización ha perdido importancia, ciertamente, ¿cómo puede existir la organización sin ejercicio empresarial anterior o paralización de éste ?.

[273] R.J.A. 1949/737, (CDO. 3º) ; R.J.A. 1949/1114, (CDO. 2º) ; R.J.A. 1950/708, (CDO. 4º) ; R.J.A. 1951/617, (CDO. 2º) ; R.J.A. 1951/1886, (CDO. 1º) ; R.J.A. 1952/746, (CDO. 3º) ; R.J.A. 1954/1853, (CDO. 1º); R.J.A. 1956/672, (CDO. 1º) ; R.J.A. 1960/464, (CDO. 1º) ; R.J.A. 1974/4130, (CDO. 2º).

Se pueden citar como notas de esta corriente de relajación de la tesis organicista las siguientes[274] :

a) Habla sólo de elementos materiales, por lo que hay preterición, que no se puede calificar involuntaria, de los demás elementos constitutivos de la empresa.

b) Parece rehuirse el concepto "organización" sancionado por la anterior jurisprudencia y se sustituye por "coordinación" ; se habla de elementos adecuados o coordinados (y sólo en ocasiones "organizados")

c) Las decisiones se refieren a la empresa como a un "todo organizado", pero parece que lo único que hace falta para lograrlo son los bienes materiales más o menos coordinados y el local. Es como si para el Tribunal Supremo, la unidad patrimonial con vida propia tuviera más de patrimonial que de viva, pues entiende como tal el local con los utensilios preparados para funcionar, aunque hayan estado años sin hacerlo.

No obstante este breve receso temporal, la tesis orgánica no desapareció de nuestra jurisprudencia, estuvo siempre latente, durante algún tiempo convivieron ambas concepciones, luego la línea organicista fue ganando terreno, llegando con fuerza hasta nuestros días [275].

---

[274] Cfr. MUÑOZ CAMPOS, J. y CEREZO CARRASCO, E. : op. cit., pág. 285 y ss.

[275] A lo largo de más de cincuenta años de pronunciamientos encontramos en esta línea entre otras las siguientes sentencias, de 16 Mayo 1947, R.J.A. 1947/626 (CDO. 9º) ; 17 Junio 1947, R.J.A. 1947/776 (CDO. 1º) ; 30 Abril 1948, R.J.A. 1948/639 (CDO. Único) ; 8 Julio 1948, R.J.A. 1948/975 (CDO. 4º); 11 Noviembre 1949, R.J.A. 1949/1248 (CDO. Único); 25 Abril 1951, R.J.A. 1951/1025 (CDO. 1º); 29 Septiembre 1955, R.J.A. 1955/2723 (CDO. 2º y 3º) ; 16 Diciembre 1960, R.J.A. 1960/4097 (CDO. 8º) ; etc.

De igual modo la S.T.S. 21 Diciembre 1965, R.J.A. 1965/5957 expone : "Que la empresa mercantil carente de regulación en nuestro derecho positivo, ha venido configurándose en la doctrina como una unidad patrimonial propia de la personalidad individual o colectiva que la crea y mantiene, integrada no solamente por determinados elementos singulares — trabajo y capital —, sino también por la organización que como elemento preponderante tiende a que con el conjunto de bienes materiales y dinamismo creador se desarrolle una actividad en la esfera de la producción económica, o sea, como un conjunto organizado dotado de vida propia e independiente y diferenciada de los elementos singulares que la integran y susceptible de ser transmitida, cedida , traspasada o arrendada, y en suma, como una organización viva y no como un conglomerado inerte de cosas y derechos idóneos para el tráfico jurídico..."

En esta dirección merece mención aparte la S.T.S. de 15 de Julio de 1985[276], que ensalza el relieve y la particular preeminencia de la organización, elemento inmaterial de la empresa, y lo denomina "fondo de comercio".

Ciertamente este elemento inmaterial está presente en todas las empresas mercantiles, y más aun, creemos que es precisamente la organización lo que convierte un mero agregado o suma de elementos en una realidad completamente distinta : la empresa. Por esta razón, el "fondo de comercio" puede y debe tenerse en cuenta a la hora de establecer el valor de la empresa, pues no es igual el precio de la misma como conjunto y el que se obtendría si se vendieran por separado sus componentes ; "... es indudable la existencia del llamado fondo de comercio en las empresas mercantiles, concepto si bien de límites difusos no por ello menos atendible en cuanto denotador unas veces del lado espiritual o inmaterial de la empresa como negocio, otras que hay empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, y casos en que a más de los valores patrimoniales hay otros que sobrepasan los mismos y que se plasman en la organización de los medios de producción ; conceptos éstos y otros similares que son susceptibles de ser valorados en el balance, a lo que no obsta que muchas veces la valoración no se atenga a patrones fijos sino que vaya

Y también las SS.T.S. de 20 Diciembre 1986, R.J.A. 1986/7755 (F.D. 2º) y S.T.S.J. Navarra 25 Junio 1995, R.J.A. 1995/5928 (F.D. 2º) y la S.T.S. 7 Marzo 1994, R.J.A. 1994/2197 (F.D. 3º) : ".... se destaca el concepto de empresa mercantil que se configura con una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización, fuente del dinamismo creador y de la actividad en la esfera de la producción económica, rasgos o señas todas ellas de identidad que obligan a la organización empresarial, como tal unidad patrimonial, al cumplimiento de cuantas obligaciones le incumben..."

Las SS.T.S. de 14 Noviembre 1980, R.J.A. 1980/4135 (CDO. 2º) y de 4 de Marzo de 1985. R.J.A. 1985/1103 (CDO. 1º), utilizan el calificativo "aviado" para referirse al conjunto organizado que constituye la empresa, incorporando así la concepción italiana de "avviamento" de difícil traducción a nuestro idioma : "...organización patrimonial económicamente productiva, o con susceptibilidad para serlo, integrada por un conjunto organizado y dispuesto («aviado») con tal pluralidad de elementos para proceder a la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada..."

[276] R.J.A. 1985/4055.

subordinada a multiplicidad de coeficientes, a los puntos de vista que se elijan o al momento de la valoración; vicisitudes todas ellas que ciertamente dificultan la valoración del fondo de comercio, pero que no la imposibilitan, porque ha de calcularse un valor, concepto que se ha dicho que nunca se puede fijar con precisión, y sin embargo la liquidación de las relaciones jurídicas así lo exige ; ..."

Y tal noción no la encontramos tan sólo en las resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil, también las Salas de lo Contencioso - Administrativo y de lo Social del Tribunal Supremo acogen el mismo concepto complejo de la empresa como organización que constituye una unidad.

Así ya tempranamente la S.T.S. de 4 de Diciembre de 1933 (Sala de lo Contencioso - Administrativo) venía a diferenciar en la empresa dos valores, el valor real, correspondiente a la suma de los elementos materiales que la componen ; y el valor industrial, que representa el mayor valor que adquieren estos elementos por el hecho de estar organizados como empresa, "como un todo revelador de la existencia de un patrimonio económico"[277]. Y la de 4 de Octubre de 1988 (Sala de lo Social)[278], al distinguir conceptualmente empresa y empresario configura de modo expreso aquélla como organización : "Efectivamente, una cosa es el empresario, tal y como lo define el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, como una de las dos partes del contrato de trabajo, bilateral y sinalagmático, que da origen a la relación laboral delimitada en el nº 1 del mismo precepto y otra la empresa, denominación frecuentemente empleada como sinónima de la primera, pero de la que, en sentido estricto,

[277] S.T.S. 4 Diciembre 1933. R.J.A. 1933/650, (CDO. 5º) "... sugiriendo la frase *valor industrial* la idea de una diferenciación de valores, o sea, uno real y otro industrial, correspondientes a distintos conceptos, pues mientras el primero de ellos supone el coste de los elementos materiales que integran una industria, el otro significa algo más, ya que se caracteriza por lo que pueda importar en pesetas un negocio en marcha, no desintegrando sus elementos materiales, sino considerándolo como un todo revelador de la existencia de un patrimonio económico, con un contenido de esta naturaleza, representativo de las ganancias o beneficios que con su explotación se obtienen"

[278] R.J.A. 1988/7525 (F.D. 3º).

puede y debe ser diferenciada, independientemente de que es un concepto que también cabe ser contemplado desde un punto de vista jurídico-laboral, además de jurídico-mercantil y el económico, campos en los que es elemento muy importante de su temática, en cualquier caso hace referencia a una organización de medios personales y materiales para producir bienes o servicios con destino al mercado, cuya titularidad corresponde al empresario."

Una clara exposición de las teorías orgánicas la hallamos en la S.T.S. de 17 de Julio de 1993 (Sala de lo Social)[279], que en su Fundamento de Derecho Tercero expone: "El concepto de empresa, en el ámbito de lo económico que es donde ésta surge, ha sido definido como — organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias —. La característica esencial de la empresa es ser organización, es decir ordenamiento de los factores reales y personales de la producción para la consecución de un fin. Y así uno de los elementos propios de este concepto es la asunción de un riesgo por el empresario, pues ese fin, esto es, esas ganancias pueden lograrse o no, o incluso, por contra la actividad empresarial puede generar pérdidas.

La realidad económica de la empresa al entrar en el mundo jurídico, da lugar a que cada rama del Derecho presente ciertas diferencias de acento o enfoque, sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad. Y así mientras que el Derecho Mercantil se centra o fija sobre todo en la finalidad lucrativa o de obtención de ganancia que la empresa persigue, en cambio al Derecho del Trabajo lo que interesa es la condición de empleadora que la misma tiene, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización.

De lo que expresa en los núms. 1 y 2 del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, se desprende que, en el área del Derecho Laboral, es empresario toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios

[279] R.J.A. 1993/5688.

retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma. ....»[280].

En contra de esta línea jurisprudencial mayoritaria se pronuncia abiertamente la S.T.S. de 13 de Febrero de 1992[281], en un supuesto en el que, a raíz de la formación del inventario en un juicio voluntario de testamentaría, se ha de interpretar si el contrato de compraventa de empresa otorgado por la testadora a favor de una de sus hijas incluía o no el local en el que la misma se ejercía. Ambas instancias acuerdan la exclusión del mismo de la extensión del contrato y el Tribunal Supremo no da lugar a la casación. En el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, el Supremo afirma lo siguiente : "Frente a la concepción puramente organicista de la empresa, se suele distinguir en los momentos actuales la actividad del organizador, como aspecto meramente subjetivo, de imposible transmisión, pues que siempre que se reemplaza un empresario por otro en el ejercicio de su actividad económica, profesional y organizada, desaparece una empresa naciendo otra nueva, aunque ésta se valga de los mismos medios instrumentales que la anterior, que constituyen, como conjunto coordinado de bienes y servicios (aspecto objetivo), lo que se suele denominar establecimiento comercial, industria, negocio, explotación, o en la configuración jurídica francesa «fonds de commerce», y en la italiana «azienda», que es, por el contrario lo que realmente se puede transmitir ; mas el establecimiento, el fondo de comercio, así entendido, está formado por innumerables elementos, cuales el trabajo del personal asalariado, bienes inmuebles, bienes muebles, corporales o incorporales, fungibles o no fungibles, propiedad comercial, propiedad industrial, derechos reales o de crédito, clientela, marcas, rótulos, patentes etc. ...., de forma que sobre cada uno de ellos puede recaer una relación jurídica distinta, cual es la propiedad, el usufructo, el arrendamiento, préstamo,

[280] Recogen idéntica expresión las SS.T.S. de 18 de Marzo de 1994 (Sala de lo Social), R.J.A. 1994/2548 (F.D. 3º) y de 25 de Febrero de 1997 (Sala de lo Contencioso - Administrativo), R.J.A. 1997/1226 (F.D. 3º).

[281] R.J.A. 1992/842.

comodato u otras diferentes, pudiendo transmitirse el total conjunto o sólo parcialmente, sin que, cuando se excluya algún elemento, pueda decirse que no se transmitió el establecimiento o fondo comercial...."

Rompe esta sentencia con la doctrina orgánica u organicista y viene a diferenciar, al modo en que lo hace la doctrina italiana y el propio Código Civil italiano, entre la actividad del empresario (empresa), entendida como intransmisible, y el conjunto organizado de bienes y servicios (azienda) que formaría el negocio, establecimiento o la explotación de posible transmisión.

Es decir, esta resolución distingue entre un aspecto subjetivo y otro objetivo de la empresa, considerando transmisible sólo el último. Pero, según nuestro criterio, el Tribunal Supremo incurre en una confusión conceptual; está claro que la actividad del empresario como tal, como ejercicio de su empresa, es intransmisible, igual que lo es la cualidad de empresario que va unida al mismo, ésta es personal e intransferible, de modo que el que adquiere una empresa no se convierte en empresario sino con su efectivo ejercicio, tal y como prescribe el art. 1º del Código de Comercio[282]; pero no lo es en cuanto se objetiviza en la "organización" de la empresa, pasando así al adquirente.

En consecuencia, no puede decirse que cuando un empresario substituye a otro en la empresa, ésta desaparece creándose "ex novo" otra distinta; por el contrario, lo que cesa, lo que se extingue, es el ejercicio efectivo del primer empresario, y surge por parte del sucesor un nuevo ejercicio de la *misma* empresa, pues lo que el adquirente recibe es el fruto de la actividad empresarial anterior.

Por otra parte, y en cuanto al problema de la unidad de la empresa, pensamos que quiebra también esta resolución la doctrina de la concepción

[282] Art. 1º C.com. : "Son comerciantes para los efectos de este Código :

1º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente"

unitaria. En efecto, afirma acertadamente en esta sentencia el Tribunal Supremo que sobre cada uno de los elementos que forman la empresa puede recaer una relación jurídica distinta[283], y que la misma puede transmitirse como conjunto o sólo parcialmente, sin poder negarse su transmisión por la exclusión de algún elemento. Esto es incuestionable, pero también lo es que, si se parte de un concepto unitario de empresa y se entiende, como creemos debe entenderse, que ésta constituye un todo, esta concepción entraña una presunción de transmisión unitaria, de manera que si en un contrato se dice que se enajena la empresa, ha de considerarse que lo ha sido en su totalidad, y no que han quedado excluidos algunos elementos (como ocurre en este caso con el inmueble), salvo prueba en contrario. Por lo tanto, incurre en error el Tribunal Supremo al exigir a la demandante la prueba de la transmisión del local.

La otra corriente en principio apuntada es la que configura la empresa como una universalidad de elementos coordinados para el ejercicio de una actividad económica. Las sentencias que recogen esta noción de empresa no son muy abundantes, no representan una línea jurisprudencial clara, y parecen constituir un segundo estadio dentro de lo que hemos denominado anteriormente debilitamiento o relajación de la concepción organicista.

Dentro de esta tendencia se sitúa la S.T.S. de 4 de Junio de 1951[284], que califica como industria, a los efectos del arrendamiento de la misma (CDO. 1º) : "*una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio de una industria determinada bien se halle en funcionamiento o bien inactiva,*

[283] La S.T.S. de 14 de Octubre de 1993, R.J.A. 1993/7320, insiste en la posibilidad de que la empresa y los elementos de la misma reciban tratamiento jurídico diferente y sean objeto de negocios jurídicos diversos : (F.D. 4º) ".... la Sala ha de resaltar que sobresale, y — se repite — al margen de las dificultades que ello en la práctica pueda representar, el posibilismo negocial que al punto es inconcuso, en cuanto pueden recibir tratamiento jurídico independiente, como sendas manifestaciones de la titularidad dominical, la relativa al inmueble y la autónoma, por ello mismo, actividad comercial, negocio, establecimiento, en fin que en él se desarrolle ...."

[284] R.J.A. 1951/1641.

pendiente en este caso de ser explotada mediante el cumplimiento de formalidades administrativas"

Insisten en tal configuración las sentencias de 12 de Julio de 1952[285], 3 de Febrero de 1960[286] y 8 de Febrero de 1960[287]; y en la misma dirección encontramos la S.T.S. de 25 de Mayo de 1973[288] que define la empresa como "universalidad con vida propia capaz de ser explotada de inmediato" (CDO. 1º).

Pero no han faltado tampoco pronunciamientos del propio Tribunal Supremo contrarios a la configuración de la empresa como universalidad. Ya en la citada S.T.S. de 13 de Marzo de 1943 se desechaba la teoría doctrinal de la *universitas rerum*, pero es la S.T.S. de 13 de Octubre de 1987[289], el más claro ejemplo de las oscilaciones jurisprudenciales en esta materia, al afirmar en su Fundamento de Derecho Primero que "...nuestras leyes desconocen el concepto de empresa como universalidad, por lo que la transmisión de la empresa originará negocios jurídicos que corresponden a cada uno de los elementos que se transmiten, estando cada uno de ellos sometido a sus propias reglas, de ahí que el nacimiento, vida y efectos de cada relación

[285] R.J.A. 1952/1560, (CDO. 1º) : "*... además de un local se comprende y entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una actividad industrial determinada, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en funcionamiento con los elementos que se le entregan, sin que la sustitución o adición de algunos por razones de utilidad o conveniencia pueda modificar el concepto expresado.*"

[286] R.J.A. 1960/457 (CDO. 1º) : "...el objeto de la herencia, además de una casa no discutida en el pleito, era el negocio mercantil más bien que los objetos sobre que versaba y estaban en el local, al disponer el causante en su testamento que se continuara el repetido negocio con el capital relicto, y por eso fue muy natural que en la partición no se adjudicasen individual y separadamente cada uno de esos objetos a cada una de las herederas, sino en común y por partes abstractas, como es propio de la adjudicación de una universalidad" (el subrayado es nuestro).

[287] R.J.A. 1960/467 (CDO. 1º) : ; seguida por las SS.T.S. de 2 Julio 1964, R.J.A. 1964/3824 (CDO. 3º) y 17 Marzo 1970, R.J.A. 1970/1850 (CDO. 2º).

[288] R.J.A. 1973/2223.

[289] R.J.A. 1987/6937.

patrimonial en la venta de una empresa siga su propio cauce con independencia de los demás, ..."

En dicha sentencia, como podemos fácilmente apreciar, el Tribunal Supremo no sólo rechaza la construcción de la empresa como universalidad, sino que además declara la imposibilidad de la misma de constituir objeto de un único negocio jurídico, con lo que se está negando la unidad de la empresa en el tráfico, pues, según se establece, habrá tantos negocios jurídicos como elementos la constituyan. Esta sorprendente afirmación quizás encuentre explicación si examinamos el supuesto de hecho a solucionar por el Tribunal Supremo. Se habían concluido entre los litigantes dos contratos de compraventa en sendos documentos privados : en el primero se transmite una empresa industrial, con cesión de la totalidad de la plantilla de trabajadores y de los vehículos, maquinaria y enseres existentes, y en el segundo se vende una parcela, una nave industrial, un puente grúa y un centro de transformación, aplazándose el precio. Posteriormente hay falta de pago del precio aplazado por parte de la compradora, y el vendedor, fundándose en la misma, pide que se declare resuelto este segundo contrato, con pérdida de las cantidades abonadas e indemnización de daños y perjuicios. La compradora se opone a tal petición y reconviene alegando que ambos documentos corresponden a un único contrato de compraventa, y debía entonces resolverse el contrato único en su totalidad. El Juzgado declaró resuelto sólo el segundo contrato, solución que confirmó en grado de apelación la Audiencia Territorial de Valencia. El Tribunal Supremo, con la fundamentación jurídica antedicha, declara no haber lugar al recurso. Efectivamente lo que el Supremo pretende con su decisión es la finalidad loable de garantizar la conservación del contrato, sin embargo, las afirmaciones más arriba transcritas, además de innecesarias a tal fin (hubiera bastado con recurrir al artículo 1256 del Código Civil o al principio general clásico "pacta sunt servanda"), resultan peligrosas en relación al importante tema de la unidad de la empresa en los negocios : si, según esta sentencia, la transmisión de la empresa se descompone en tantos negocios como elementos existan, entonces, ¿por qué en los supuestos de

arrendamiento de empresa no hay tantos arrendamientos como bienes ?, ¿qué ocurre con el art. 3.1º de la anterior L.A.U. ? No parece legítimo, ni siquiera en aras de una justa solución, volver la espalda a la realidad y a la lógica jurídica.

Lo dicho en el párrafo anterior nos permite enlazar con el análisis de la cuestión de la unidad de la empresa en el tráfico jurídico ; ¿puede ésta constituir un objeto unitario en el tráfico ?, y más aún, ¿la unidad de la empresa — si existe — es tal que nos permita hablar de un nuevo objeto de derecho ?

Algunas respuestas se han ya apuntado con anterioridad al comentar las sentencias que quiebran la teoría jurisprudencial sobre el concepto de empresa, sin embargo, no podemos dejar de examinar la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta fundamental cuestión.

Nuestro Tribunal Supremo mantiene al respecto una postura realista aunque evita comprometerse a proclamar la empresa como objeto jurídico nuevo y distinto. En la mayor parte de sus pronunciamientos el Alto Tribunal califica la empresa como "unidad patrimonial"[290], siguiendo así la letra del art. 3. 1º de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos (o del art. 4 de la L.A.U. de 1946)[291], y la considera como posible objeto de contratación.

En otras sentencias se considera la empresa como una "unidad económica"[292], o como encuadrada en la categoría de "entidad económica

[290] Vid. entre otras muchas las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Marzo de 1948.; 30 Junio 1949; 27 Septiembre 1949 ; 26 Junio 1951; 30 Octubre 1951, R.J.A. 1951/2362 (CDO. 1º) ; 14 Febrero 1954 ; 29 Septiembre 1955; 30 Enero 1956; 18 Junio 1963, R.J.A. 1963/4631 (CDO. 1º); 8 Noviembre 1974; 10 Enero 1985, R.J.A. 1985/170 (CDO. 1º) ; 8 Octubre 1985, R.J.A. 1985/4631 (F.D. 4º) ; 7 Marzo 1994 etc.

[291] Ambas hablaban de "unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas"

[292] Así lo hace la precoz S.T.S. de 13 Enero de 1944 ya citada, y modernamente la R.D.G.R.N. de 7 de Octubre de 1991, R.J.A. 1991/7493 , al decir ésta en su Fundamento de Derecho 4º : " ... el establecimiento mercantil, al menos para la Ley 16-12-1954, es la unidad económica que trasciende a la mera suma de una serie de elementos materiales e

superior", así, en este sentido la S.T.S. de 8 de Febrero de 1960[293], concibe la empresa como universalidad de elementos aptos para el desarrollo de una actividad industrial, incidiendo en la importante nota de la unidad de la misma, de la unificación y destinación de todos los elementos que la componen para la consecución de una finalidad económica ; ello es, afirma, lo que convierte la mera reunión de cosas y valores en una entidad económica superior, (aunque no va más allá hasta afirmarla como unidad jurídica superior, con lo que el Tribunal Supremo recorre sólo la mitad del camino).

No faltan las resoluciones que confieren a la empresa una mera unidad funcional, unificación que en principio puede parecer pobre y de escaso significado, pero mediante la cual se logran resultados muy deseables. Veamos como ejemplo la S.T.S. de 13 de Diciembre de 1982[294] ; se trataba de un negocio de especulación de frutas que había sido explotado por el causante hasta su fallecimiento. Tras el mismo, y aunque el negocio se pretendió seguir explotando en comunidad por todos los hermanos, a fin de evitar los inconvenientes fiscales de la misma, se dio de alta sólo al mayor. Pero algún tiempo después el hermano mayor aparta del negocio mediante el pago de fuertes sumas de dinero a dos de sus hermanos, y lo pone unilateralmente a su nombre, con perjuicio de los demás herederos. Interpuesta demanda por éstos, los juzgadores de una y otra instancia declararon que del negocio eran herederos abintestato todos los hijos y la viuda del difunto, tal negocio tenía condición familiar y común y había de ser incluido en el haber partible de la

inmateriales organizados y dispuestos para el desenvolvimiento de una actividad comercial o fabril, ... "

[293] "...el arrendamiento lo es de industria cuando en el contrato, además de un local, se comprende y entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una actividad industrial determinada, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en funcionamiento con los elementos que se le entreguen, sin que la sustitución o adición de algunos, por razón de utilidad o conveniencia, pueda modificar la calificación del vínculo jurídico, cuya aptitud especial de los elementos reunidos y organizados en la unidad de empresa para producir rendimientos o lucros es lo que transforma la mera reunión de cosas y valores en una entidad económica superior susceptible de ser término objetivo de diversos contratos como realidad concreta en la vida de los negocios, ...". Vid. asimismo la S.T.S. de 20 de Diciembre 1986, R.J.A. 1986/7755 (F.D. 2º).

[294] R.J.A. 1982/9033.

herencia. El primogénito alegó entonces en la casación, entre otras cosas, que se había producido la usucapión trienal de los bienes muebles que constituían la empresa, ante lo cual el Tribunal Supremo declara que "aun haciendo caso omiso de la improcedencia de descomponer la unidad funcional del establecimiento o negocio en la diversidad de sus componentes, prescindiendo de la naturaleza jurídica que conviene al conjunto, los objetos y elementos de la explotación tienen el carácter de inmueble por destino conforme al número quinto del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Civil,....". Aunque efectivamente no sea la razón principal de la decisión, no carece de transcendencia la proclamación de la unidad funcional de la empresa a los fines de configuración como objeto jurídico indivisible.[295]

Un paso adelante representan las sentencias, algunas muy antiguas, que proclaman la posibilidad de transmitir la empresa como un solo bien, "como una entidad substantiva", según expresión de la importante S.T.S. de 13 de Marzo de 1943, en cuyo Considerando Segundo antes transcrito, observa el Tribunal Supremo que semejante idea es frecuente en nuestras prácticas comerciales y el mismo Código de Comercio, en su art. 928, admite tal posibilidad. Afirma POLO que esta resolución pretende resolver entre otros, el problema fundamental de *la naturaleza jurídica de la empresa desde el punto de vista de su construcción unitaria, como objeto del tráfico jurídico*[296]; problema ante el cual adopta el Tribunal Supremo una consideración *instrumental* u *objetiva* de la empresa, encuadrable dentro de la tendencia a la desvinculación de la empresa de la persona del empresario, a fin de asegurar la continuidad y el mantenimiento de la empresa como "empresa en sí". Pues, señala este autor, sólo cuando se acentúa la separación entre la empresa y el empresario, destacándose aquélla de éste, como organismo dotado de autonomía económica, que le permite substraerse a las vicisitudes personales de aquél (facilitándose su mantenimiento y continuidad incluso tras su

[295] De unidad funcional habla también la S.T.S. de 20 de Septiembre de 1991, R.J.A. 1991/1540 (F.D. 1º)

[296] Cfr. " La empresa como objeto..." , cit. R.D.P. 1943, pág. 320.

fallecimiento), el empresario pasa a un segundo término y los problemas fundamentales giran entonces en torno a la empresa en su configuración estructural y a su naturaleza jurídica, a sus transmisiones y a su aptitud para ser objeto de derechos reales, etc.[297]

Asimismo en esta línea, las sentencias de 7 de Diciembre de 1945 y 21 de Diciembre de 1965 ponen el acento en que el adquirente de una empresa no recibe un conglomerado inerte de elementos, sino algo distinto y superior, una unidad. Y muy recientemente la S.T.S. de 18 de Noviembre de 1997[298], en una controversia sobre la declaración de los derechos relativos a un legado de empresa, declara en su Fundamento de Derecho Primero que "... la cotitularidad del demandante, es de una explotación, empresa, masa patrimonial, con activo y con pasivo, no sobre cada uno de los bienes concretos y determinados; ...". Podemos observar como en esta sentencia nuestro Tribunal Supremo concibe la empresa como bien único, con todos sus elementos, distinto de los bienes que la forman y de la titularidad que sobre los mismos se tenga. El mero hecho de que la empresa pueda constituir el objeto de un legado de cosa cierta da cuenta de que se trata de un objeto unitario del tráfico.

No se nos oculta, sin embargo, la existencia de sentencias que se decantan negativamente sobre la unidad de la empresa como objeto jurídico, así ocurre con las ya citadas de 13 de Febrero de 1992 y 13 de Octubre de 1987, opuestas respectivamente a las teorías organicistas y a la tesis de la universalidad; pero, entre los pronunciamientos contrarios, no me resisto a examinar la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 20 de Marzo de 1986[299], en la que se contiene la siguiente afirmación: "Considerando que aun cuando el establecimiento mercantil como conjunto de

[297] Ídem., pág. 321.

[298] R.J.A. 1997/7900.

[299] La Ley 1986-3, 148-RN, págs. 794-799.

elementos de diversa índole organizados y dispuestos para el desarrollo de una actividad de este tipo, puede considerarse — como asimismo señala el recurrente — como una unidad con vida propia e independiente, tal unificación no puede llegar al extremo de afirmar el nacimiento de un objeto jurídico nuevo, de modo que la titularidad que recaiga sobre el mismo haga desaparecer las titularidades sobre cada uno de los elementos que lo integran, pues esta titularidad sigue subsistiendo y solamente se produce una modalización de su régimen jurídico de cada una de ellas en aras de la necesidad del mantenimiento de aquella unidad ...".

Como vemos se niega que la empresa constituya un nuevo objeto y para ello se alega el no decaimiento de las titularidades sobre los distintos elementos que la constituyen. No comprendemos que incidencia puede tener la subsistencia de las mismas (que la propia Dirección General admite se modalizan en aras del mantenimiento de la unidad) con el nacimiento o no de un nuevo objeto jurídico. El titular de la empresa lo es de una organización de elementos materiales e inmateriales que él ha dispuesto y adecuado entre sí para destinarlos a un fin muy concreto: la producción de un resultado económico. Mas, no por esto ha de ser propietario de todos y cada uno de los bienes que la forman, antes bien, puede que el local sea arrendado, disponga de los equipos mediante leasing ..., y ello no significa que no sea titular de su empresa, objeto jurídico distinto y superior.

Realmente hemos de decir que, aunque no hemos hallado ningún pronunciamiento jurisprudencial que califique abiertamente la empresa como entidad jurídica, como bien jurídico en sí misma, sí está ínsita tal idea en el espíritu de casi todas las sentencias que comentamos, en las que la fuerza de la vida práctica impone que las empresas sean, como tales realidades económicas y, por qué no, jurídicas, objeto de contratos de compraventa, arrendamiento ... y de transmisiones hereditarias.

IV. LA EMPRESA EN EL DERECHO POSITIVO : LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD, CONTINUIDAD Y CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

Hemos examinado hasta ahora los conceptos doctrinales y jurisprudenciales de la empresa y ha llegado, por tanto, el momento de acercarnos a nuestros textos legislativos. Sin ningún ánimo de exhaustividad (no se trata de ver todos los preceptos en que se utiliza el término empresa), analizaremos el punto de vista que el legislador tiene sobre la empresa, con la finalidad de descubrir si puede la misma ser transmitida unitariamente.

Lo primero que causa perplejidad al investigador que se aproxima al tema, es la falta de rigor lógico con que se usa la noción de empresa ; tal que, si en el Derecho de la Competencia las empresas suelen aparecer como los *sujetos* destinatarios de las normas legales (arts. 6 y 8 de la Ley de Defensa de la Competencia), por contra, en el ámbito del Derecho Patrimonial, la vemos tratada como *bien* unitario (arts. 1347.5º y 1056.2º C.c.) ; y no faltan tampoco preceptos en los que la empresa se toma en la acepción de *actividad* (art. 221.1º C.com.)[300].

Intentaremos pues, poner orden en tanta confusión, y adelantando el resultado, podemos afirmar que en materia de empresa tres principios inspiran el ordenamiento jurídico español : el principio de unidad, el principio de continuidad y el principio de conservación de la empresa.

Comenzando por la norma de superior rango, se consagra en la Constitución española de 1978 un modelo jurídico de empresa caracterizado por la libertad de iniciativa en el marco de una economía de mercado y orientado a la productividad[301]. De ahí que pueda decirse que la Constitución

---

[300] Cfr. GONDRA, J.M. : op. cit., pág. 500.

[301] Así lo declara el art. 38 al decir : *"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la*

concibe la empresa como una *organización productiva y eficiente* desarrollada en régimen de libre competencia[302].

Efectivamente el mismo Tribunal Constitucional ha afirmado que el artículo 38 se refiere a las empresas, en el sentido de *organizaciones* que tienen una finalidad de lucro como vehículo de garantizar la existencia de una economía de mercado[303].

En esta línea FONT GALÁN manifiesta con gran acierto que el concepto económico constitucional de empresa es el de una *organización económica productiva y socioeconómicamente eficiente, creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público) atribuido de libertad económica*[304]. Esta es la noción jurídico-constitucional de empresa, coincidente, en sus rasgos más significativos, con el concepto económico.

También en nuestros códigos decimonónicos aparece la figura de la empresa, confundida, en la mayor parte de los casos, entre las nociones de explotación, establecimiento, tienda, industria ...

Por lo que al Código Civil se refiere, el precepto más significativo es el artículo 1056.2º, que permite al padre que, en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, atribuirla a un solo descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima. Esta norma faculta, por consiguiente, no sólo la continuación y conservación de la empresa, sino también su mantenimiento dentro de la familia, evitando así que caiga en manos de extraños lo que en ocasiones constituye el fruto de toda

defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

[302] Cfr. FONT GALÁN, J. : "La empresa en el Derecho ..." cit., pág. 61.

[303] Vid. STC 49/88 de 22 de Marzo, PORTERO MOLINA, J.A. : "Constitución y jurisprudencia constitucional", Tirant lo blanc, Valencia, 1997, pág. 273.

[304] Cfr. FONT GALÁN, J. : "La empresa en el Derecho ..." cit., pág. 62.

una vida. Se ha afirmado que dicho artículo contempla a la empresa en su condición de conjunción de varios elementos organizados entre sí, constituyendo un todo inescindible e indivisible ; se trata pues con esta norma de naturaleza dispositiva que excepciona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, de mantener la unidad, conservación e indivisibilidad de dicha conjunción u organización[305].

Asimismo el artículo 334.5º C.c., al considerar inmuebles los instrumentos destinados por el propietario del edificio a la industria o explotación que en el mismo se lleve a cabo, atiende al destino económico de los bienes[306], y consagra la unidad de la explotación[307].

Y la norma contenida en el párrafo cuarto del artículo 1903 C.c., que obliga al empresario a responder de los perjuicios causados por sus empleados, parece perfilar un concepto orgánico de la empresa[308].

Especial atención merecen los preceptos del Código Civil dedicados a la regulación de la sociedad de gananciales, en los que, tras la reforma de 13

[305] Cfr. ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. : op. cit., pág. 187.

[306] Cfr. CALVO ALFAGEME, A. : op. cit., pág. 534.

[307] En relación a tal principio de unidad, señala ROCA SASTRE MUNCUNILL que, a pesar de lo que dispone el art. 347 C.c., hay base para entender que en toda transmisión de una empresa, esta voluntad en contrario a lo dispuesto en el precepto no es necesario que sea expresa, pues puede ser tácitamente declarada, derivada de un *factum concludens*, cual es precisamente la intención clara y terminante de las partes de transmitir la empresa como un todo, unidad o síntesis, a base de considerar sus componentes o elementos integrantes como partes de este todo y no en su singularidad (cfr. op. cit., pág. 172).

[308] Así lo entiende ROCA SASTRE MUNCUNILL (vid. op. cit., pág. 172), según el cual esta norma conceptúa la empresa individual o social como organización económica típica. De esta opinión disiente RUBIO afirmando que en dicho precepto se considera la empresa como patrimonio de explotación, pues el legislador no se refiere sino a la mera relación de servicios que equipara a la dependencia de los hijos o menores respecto de los padres o tutores, sin mención alguna a su organización o volumen (cfr. "Introducción al Derecho Mercantil..." cit., págs. 449 y 477).

de Mayo de 1981, se contempla la empresa como bien, objeto del tráfico[309], que puede ser privativo o ganancial[310].

Para FONT GALÁN, estas normas permiten configurar la noción de empresa según el Código Civil como *una explotación comercial o industrial unitaria, formada por capital y trabajo, y llevada por el empresario, cuya actividad productiva o eficiente procura, en virtud de mejoras, incrementos de valor al conjunto de la explotación ; la cual se reconoce efectivamente como objeto de tráfico jurídico unitario, al incorporar como parte integrante o pertenencias los instrumentos necesarios para el ejercicio de la actividad económica, y sobre todo, al estar protegida en la conservación de su unidad patrimonial y fundacional mediante el reconocimiento en favor del cónyuge empresario de un derecho a que se incluya con preferencia en su haber repartible dicho objeto jurídico unitario*[311].

Es decir, la empresa aparece como organización formada por capital y trabajo, que constituye un objeto jurídico unitario, susceptible de disposición o gravamen como unidad patrimonial y funcional[312], cuya conservación y continuidad se intentan salvaguardar [313].

---

[309] Pone de manifiesto en esta línea DÍEZ BALLESTEROS (vid. op. cit. pág. 41) que el legislador acoge la dimensión objetiva de la empresa, descartando la concepción de la misma como actividad del empresario, la cual solamente se tiene en cuenta cuando se menciona la fundación de la empresa, o bien a los efectos de la atribución preferente a uno de los cónyuges tras la disolución de la sociedad (art. 1406.2º C.c.).

[310] Vid. al respecto los artículos 1346.8º, 1347.5º, 1360, 1362.4º, 1365, 1389.2º y 1406.2º, en el capítulo IV, del título III, Libro IV, del Código Civil.

[311] Cfr. "La empresa en el Derecho ..." cit., pág. 62.

[312] Vid. FONT GALÁN, J. I. : "La empresa en el Derecho ..." cit., págs. 63 y ss.

En este sentido insiste también DÍEZ BALLESTEROS (op. cit., págs. 43 y 44), para el cual queda claro que tras la reforma la empresa es un bien en sí mismo, una *universitas facti* (vid. *supra*).

Igualmente para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, estamos ante uno de los casos en que la empresa (conjunto organizado de bienes al servicio de una actividad económica que constituyen una "unidad patrimonial con vida propia"), es considerada por el ordenamiento como un todo, una *universitas*. Sin embargo, según este autor, no por ello pasa a ser el conjunto de bienes un objeto de derecho a todos los efectos, sino tan sólo a los fines de la

El Código de Comercio, por su parte, emplea la palabra empresa no en uno, sino en múltiples sentidos, así con significado amplio, como organización económica de varia índole, se emplea "empresa" al tratar de las operaciones bancarias de las compañías de créditos (creación de empresas y adquisición de sus acciones y obligaciones, arts. 175.2º y 3º C.com.). En el sentido de compañía mercantil se encuentra la expresión en el art. 547.4º. Al regular el transporte aparece la empresa como supuesto normal de organización del porteador, así lo vemos en relación al transporte por ferrocarril en los artículos 351 y 356, (de las compañías ferrocarriles como empresas tratan, además, los arts. 188 y 189). Mas donde claramente aparece la empresa tal y como nosotros la entendemos, es decir, como organización mercantil típica, es en la regulación de los auxiliares del comerciante (arts. 283, 285 y 286) y al tratar de la quiebra (art. 928)[314].

En efecto, al tratar de los factores en los citados artículos, se percibe como el legislador mercantil ve la actuación del establecimiento o empresa como un todo orgánico separado e individualizado[315]; el factor, más que representante del principal, es representante de la empresa, y a la misma está vinculado, vinculación que demuestran el art. 291 C.com. y el 290 C.com. que estima subsistentes los poderes conferidos a un factor mientras no le fueren

calificación privativo-ganancial y régimen consiguiente tienen una consideración unitaria y global (cfr. Comentarios a los arts. 1346, 1347 y 1360, en el "Comentario del Código Civil" tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 644 y ss.).

[313] A esta finalidad responde la norma del art. 1406.2º C.c. que preceptúa la atribución preferente de la empresa al cónyuge empresario, consagrando así una vez más el principio de conservación de la empresa presente a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico.

Advierte al respecto GARCÍA URBANO en su comentario a dicha norma, que la ley trata de favorecer la conservación de una unidad económica y proteger o facilitar la continuidad de la actividad del empresario (Cfr. "Comentario del Código Civil" tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 798)

[314] Cfr. GARRIGUES,J. : "Curso de Derecho Mercantil..." cit., ed. 1936, pág. 17.

[315] Cfr. CALVO ALFAGEME, A. : op. cit., pág. 535.

expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido.

Estos preceptos reflejan el principio de continuidad de la empresa, y demuestran que ya el legislador del siglo XIX concibió la misma como una entidad con vida propia e independiente del empresario.

Los principios de unidad, continuidad y conservación de la empresa se revelan con mayor fuerza en la disciplina de la quiebra[316], que procura en lo posible salvar la empresa, estimulando la conclusión de un convenio entre acreedores y deudor ; y concretamente, en el art. 928 C.com. se permite que en caso de quiebra de sociedades mercantiles que no estén en liquidación, el convenio tenga por objeto la continuidad o el traspaso de la empresa en su unidad.

Tienden igualmente a la conservación de la empresa (como unidad de valor propio cuya descomposición la destruye, en perjuicio del empresario, de sus acreedores, y en definitiva en perjuicio del interés general[317]), la autorización expresa de los pactos de continuación de la sociedad entre los herederos y entre los sobrevivientes (arts. 222 C.com. y 1704 C.c.) ; la posibilidad de prórroga más restringida para la compañía de comercio (arts. 223 C.com. y 1702 C.c.), y especialmente la institución mercantil de la rescisión parcial[318].

[316] Sobre el tema insiste GARCÍA MARTÍNEZ en "La conservación de la empresa como principio del Derecho Concursal", R.D.P. 1986, págs. 420-432.

[317] Cfr. RUBIO, J. : "El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho Español", R.D.P., 1935, tomo XXXII, pág. 290.

[318] Cfr. RUBIO, J. : op. últ. cit., pág. 291.

El principio de conservación postula asimismo que las causas de disolución de las sociedades mercantiles, excepto el vencimiento del término establecido, no actúen *ipso iure*[319].

Y el artículo 5 del Código de Comercio al permitir a los menores e incapacitados continuar, por medio de sus representantes, la empresa heredada de sus padres o causantes, es claro ejemplo de como estos principios de continuidad y conservación de la empresa inspiran el ordenamiento mercantil.

Además en otras muchas leyes tiene presencia la empresa como organización unitaria, así en los artículos 8.2º de la Ley Hipotecaria y 44.4º de su Reglamento, se concibe la empresa (cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí que forman una unidad orgánica) como entidad hipotecaria autónoma y registrable. Y la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, admite implícitamente la unidad de la empresa, aunque se decanta por entender hipotecable sólo el establecimiento[320].

El Reglamento del Registro Mercantil reconoce expresamente la *"unidad económica"* de la empresa, objeto de aportación social en las sociedades

---

[319] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Estudios de Derecho Mercantil..." cit., pág. 35.

[320] Tal y como se afirma en la Exposición de Motivos de dicha ley : *"La diversa terminología empleada en la doctrina científica para designar la empresa, hacienda, casa o establecimiento mercantil ; las diferentes construcciones teóricas de la empresa desde las que la consideran como un ente jurídico unitario al modo de una universalidad hasta las negativas, que no admiten el concepto unitario de la empresa y la especial naturaleza de las cosas o elementos que la integran, son cuestiones que han sido objeto de muy detenido estudio por la evidente trascendencia que tienen para el desenvolvimiento de la hipoteca.*

Se ha creído que debe consagrarse preferente atención al establecimiento, como base física de la empresa, como elemento más permanente de la misma y como bien que, en nuestra vida real, es por sí solo objeto de posible transmisión y tiene un valor intrínseco y objetivo, en cierto modo independiente de la actividad del comerciante y de los demás elementos de la empresa. Por estas razones, y habida cuenta de los precedentes de Derecho comparado y del proyecto del Código de 1926, el objeto fundamental y directo de la hipoteca es el establecimiento mercantil".

anónimas y de responsabilidad limitada (arts. 133.1 y 190.1 R.R.M.) ; y aún más, la empresa, como tal unidad económica, es objeto de identificación registral junto al empresario, en la hoja de inscripción de los empresarios individuales (art. 87.1 R.R.M.).Objeto unitario del tráfico jurídico considera a la empresa la Ley de Marcas (Ley 32/1988 de 10 de Noviembre), cuando en su artículo 79 declara que el nombre comercial no podrá ser transmitido sino con la totalidad de la empresa ; y en general, se puede afirmar que numerosas disposiciones mercantiles recientes recogen el concepto económico y jurídico-constitucional de la empresa como *organización económica productiva*[321].

Y por último, en la línea de considerar la empresa como organización susceptible de constituir unitario objeto del tráfico, el Estatuto de los Trabajadores contempla en su art. 44 el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva, sancionando la continuidad de los contratos de trabajo y la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior[322].

Así pues, parece que el legislador se inclina por considerar la empresa como organización unitaria y susceptible de ser transmitida en bloque, en conformidad con la esencia económica de la institución. En este sentido se ha afirmado que las organizaciones han dejado de ser *"refractarias al Derecho"*[323], y tienen cabida como categorías jurídicas específicas en las estructuras del *nuevo Derecho*[324]

---

[321] Cfr. FONT GALÁN, J. I. : "La empresa en el Derecho ..." cit., pág. 66.

En tal sentido cita FONT GALÁN la ley 16/1987 de Ordenación de los transportes terrestres, la ley 1/1994 de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, Ley de Sociedades Anónimas .... (ídem, págs. 66 y 67).

[322] Sobre la unidad de la empresa desde el punto de vista social como objetivo aún no logrado se pronuncia HERNÁIZ MÁRQUEZ en "El principio de unidad de la empresa", R.D.P., 1954, págs. 1003-1029, donde se analiza la unidad de los elementos personales de la empresa.

[323] Así había afirmado Joaquín GARRIGUES (vid. *supra*, pág. 56).

[324] Cfr. FONT GALÁN, J. I : : "La empresa en el Derecho ..." cit., pág. 67.

V. CONCLUSIÓN

Para la elaboración de un concepto de empresa adecuado a su esencia, debemos partir de la realidad de la misma, realidad que es, sin duda, eminentemente económica.

La empresa surge en el mundo de la economía y la función del Derecho es regularla, de ahí que nos parezca inútil el intento de acuñar conceptos particulares de empresa alejados de su entidad económica, que suponen un derroche de imaginación de escaso valor práctico.

Si volvemos, pues, nuestros ojos a la noción de empresa en la economía, y prescindiendo de singularidades, la empresa aparece como una *organización* de factores muy diversos destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado. Este concepto económico realista creemos que debe ser aceptado por el Derecho, pues de nada sirven las construcciones abstractas en las que la empresa (presente en la vida cotidiana) no se reconoce.

La empresa es una organización creada y mantenida por la actividad del empresario (sin que pueda identificarse sólo con dicha actividad), actividad que al objetivarse da lugar a una entidad cuyo valor es muy superior a la mera suma de sus muy variados componentes.

En otras palabras, la empresa constituye un conjunto dinámico, con vida propia, siendo la organización, como repetidamente ha señalado doctrina y jurisprudencia, la característica más destacada de la misma.

Ahora bien, señaló GARRIGUES, que las *organizaciones* son desconocidas para el Derecho Privado, de ahí que la doctrina se esforzara

durante años en intentar encajar la empresa en alguna de las categorías tradicionales procedentes en su mayoría del Derecho Romano. Se advirtió entonces la dificultad que suponía esta tarea, pues la moderna realidad de la empresa, este *"minicosmos jurídico"*[325], no tiene fácil entrada en ninguna de ellas, de modo que resulta más sencillo decir lo que no es la empresa que lo que es[326].

Además, ¿qué importancia tiene realmente una etiqueta jurídica ? La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hablado de *organización*[327], sin importarle poco o mucho si se trata o no de una noción jurídica, y URÍA ha afirmado que las organizaciones tienen ya cabida en nuestro Derecho[328].

Esta organización que es la empresa constituye una *unidad económica y funcional* relevante para el Derecho, como hemos visto al examinar los principios que inspiran nuestro ordenamiento en esta materia.

La empresa constituye, consiguientemente, un *objeto unitario* susceptible como tal de tráfico jurídico, sin que obste para tal consideración el hecho de que los distintos elementos que la conforman puedan ser objeto a su vez de relaciones jurídicas[329].

---

[325] Vid. *supra* GIRÓN TENA, pág. 71.

[326] Así, aunque los preceptos jurídicos tengan a menudo como referente normativo a la "empresa", está claro que no es sujeto de derecho ; se suele hablar además de "deudas de la empresa" o "pasivo empresarial", pero no es ésta un patrimonio separado ; está formada por un conjunto de elementos, sin que la noción de *universitas* suponga un paso adelante en la solución de los problemas que plantea su régimen jurídico ; la *organización* es característica fundamental, sin que pueda decirse que es un bien inmaterial...

[327] Vid. *supra* la S.T.S. de 13 de Marzo de 1943 y las que la siguieron.

[328] Vid. *supra*.

[329] POLO en su "Ensayo de un sistema..." cit. habla de *la unidad orgánica de la empresa que no consiente la desintegración de sus elementos*. Y en el epígrafe que denomina *"Régimen jurídico de transmisión y afectación de la empresa"* propone el tratamiento de los siguientes puntos : *"I. — Necesidad de superar la concepción atomística y patrimonial de la empresa. — Aptitud de la empresa para ser objeto del tráfico como "unidad económica". — Transmisión de la empresa como un "todo" y transmisión del activo de la empresa. — Unidad, identidad y continuidad de la empresa en su transmisión. — Su fundamento no reside tanto en*

La empresa, pues, se transmite *mortis causa* como una unidad, sin que la muerte del causante suponga la desintegración de lo que, en su vida, era unidad económica funcional y ello, efectivamente, a pesar de la extraordinaria heterogeneidad de sus componentes.

Se ha dicho[330] que el obstáculo principal para la transmisión de la empresa como un todo viene constituido por la imposibilidad de transmisión automática del pasivo. Ciertamente el problema de las deudas es uno de los más complicados en relación a la empresa. Está claro, y es principio innegable que la empresa como tal no tiene deudas, cuando se habla de que tal o cual empresa está muy endeudada, en realidad se está utilizando la palabra "empresa" en lugar de la de "empresario". La empresa no constituye en nuestro Derecho un patrimonio separado, de ahí que la responsabilidad por las deudas contraidas en el giro o tráfico de una empresa es imputable al empresario, que responde de ellas con todo su patrimonio por aplicación del artículo 1911, y no sólo con el llamado "patrimonio empresarial". Pero, sin embargo, no quiere ello decir que tal pasivo esté absolutamente desligado de la empresa, antes bien, se vislumbra una cierta relación del pasivo surgido en el tráfico normal de la empresa con los bienes de la misma, de tal manera que el artículo 2560 del Código Civil italiano dispone que transmitido un negocio mercantil, el cedente no se libera de las deudas sin mediar el consentimiento de los acreedores, pero el adquirente responde igualmente de ellas si resultan de los libros de contabilidad obligatorios[331].

---

un mandato legal o en la voluntad de los particulares, cuanto en la propia fuerza interna de la organización— ..."

[330] Vid. *supra* LAGUNA IBÁÑEZ.

[331] Art. 2560 C.c. italiano : *"1. L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito.*

2. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori".

La cuestión de las deudas no se plantea solamente en las transmisiones *inter vivos*, también en la sucesión *mortis causa*, en las que surgen los problemas de si, existiendo varios herederos, y siendo adjudicatario de la empresa uno solo de ellos, habrán todos de soportar las deudas en proporción a su participación en la herencia, o éstas pesarán solamente sobre el adjudicatario (quede claro que el problema se plantea sólo *inter partes*, y no frente a los acreedores, en relación con los cuales la responsabilidad es inmodificable sin que medie su consentimiento, las reglas del Código en esta materia son imperativas) ; dilemas que se repiten en cuanto al legado de empresa ....

Pero estas cuestiones serán analizadas en su lugar correspondiente, baste aquí dejar clara la noción de empresa como *organización* de muy diversos elementos que constituye un *objeto jurídico unitario* y cuya *unidad funcional y orgánica* ha de ser salvaguardada en las transmisiones.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL FUTURO DE LA EMPRESA : EL NUEVO EMPRESARIO

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER EN LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA Y CAPACIDAD PARA SER EMPRESARIO

Fallecido el empresario creador, la empresa se transmite unitariamente al sucesor designado en el testamento por el causante o, a falta de éste, al sucesor *abintestato*. Éste adquiere *mortis causa* la empresa, es decir, sucede en la titularidad de la misma, pero no por ello deviene inmediatamente empresario. Para la adquisición de la cualidad de empresario, con todos los efectos y consecuencias que tal cualidad conlleva, son necesarios una serie de requisitos regulados por el Código de Comercio, el primero de los cuales es la capacidad[1].

En efecto, es necesario distinguir entre la capacidad para suceder en la titularidad de la empresa y la capacidad para ser empresario o, como advierten algunos autores, para actuar como empresario.

La primera es la capacidad general para suceder regulada en nuestro Código Civil, en los artículos 744 y siguientes, que establecen una presunción general de capacidad para suceder ; junto a la cual se sancionan una serie de

[1] El artículo 1º del C.com. dice en su primer número que : *"Son comerciantes para los efectos de este Código : 1º. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente"*.

incapacidades relativas o prohibiciones[2], sin que exista ninguna incapacidad absoluta, pues los recogidos en el artículo 745 del Código Civil, son supuestos de inexistencia de la persona llamada (*1º. Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30 ; y 2º. Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.*), y no de incapacidad para suceder[3].

La capacidad para el ejercicio del comercio la tienen, según el art. 4º del Código de Comercio, las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes. Estos dos requisitos sólo se dan en el mayor de dieciocho años (arts. 315 y 322 C.c.), no declarado incapaz para gobernarse por sí mismo (no sometido a patria potestad prorrogada, ni a tutela, ni a curatela, por alguna de las causas legales de incapacitación del artículo 200 C.c.). Así pues, sólo el mayor de edad no incapacitado, como es capaz para todos los actos de la vida civil (art. 322 C.c.), podrá adquirir la condición de empresario mediante el ejercicio de cualquier actividad constitutiva de empresa[4].

Esta fórmula empleada por el Código de Comercio ha merecido críticas por parte de un sector doctrinal, que acusa al Código de confundir entre capacidad para ser empresario y capacidad para actuar como empresario. De esta forma, según GARRIGUES, en realidad el legislador mercantil se propuso definir esta última capacidad, pero empleó la fórmula de la primera, porque — afirma — para ser comerciante basta tener la capacidad jurídica general, sin necesidad de dedicarse personalmente al comercio, de modo que, es comerciante quien ejerce una industria mercantil, sea personalmente, cuando

[2] Artículos 752 a 754 C.c., y las de los artículos 257 y 900 C.c.

[3] Vid. PUIG BRUTAU, J. : "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo V, volumen 1º, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 113 y ss.

[4] Cfr. URÍA, R. : "Derecho Mercantil", Vigésimo cuarta edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pág. 154.

a la capacidad jurídica se une la capacidad de obrar, sea por medio de otras personas, cuando falta tal capacidad de obrar[5].

Estas críticas tienen como base el artículo 5º del Código de Comercio, que permite a los menores de dieciocho años y a los incapacitados continuar, por medio de sus representantes legales, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes. Es decir, según esta norma, pueden los menores e incapacitados, en tales circunstancias, ser empresarios, aunque no tengan capacidad legal para el ejercicio de la empresa, y sean los representantes legales quienes ejercen el comercio[6].

En este sentido se ha afirmado que el Código define la capacidad para obrar como comerciante y no la capacidad jurídica para ser comerciante[7].

Esta opinión, sin embargo, aunque acertada en algunos aspectos, no nos parece del todo adecuada, ya que, si bien es cierto que en el caso del artículo 5º C.com. los empresarios son los menores y no sus representantes, los cuales ejercitan la empresa por cuenta y en nombre de aquéllos, de forma que los primeros serán empresarios sin tener la capacidad legal exigida por el

---

[5] Cfr. GARRIGUES, J. : "Curso de Derecho Mercantil", S. Aguirre Imp., Madrid, 1936, págs. 132 y 133.

[6] Cfr. ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. : "La vida jurídica de la empresa individual", R.D.N., 1980, pág. 153.

[7] Cfr. RUBIO, J. : "Introducción al Derecho Mercantil", Ediciones Nauta S.A. ; Barcelona, 1969, pág. 563.

En igual línea LANGLE Y RUBIO (en su "Manual de Derecho Mercantil Español I", Bosch, Barcelona, 1950, pág. 306), señala que si tomásemos las palabras del art. 4º C.com. en sentido literal, *"diríamos que quien carezca de capacidad para ejercer el comercio, no puede merecer la consideración de comerciante, y nada sería más equivocado. Los menores y dementes pueden comerciar por medio de sus representantes legales, y en tal caso, quienes deben reputarse incluidos en la noción de comerciante y asumir las consecuencias jurídicas de ello no son los tutores, que obran en nombre ajeno, sino los propios incapacitados, dueños del negocio"*.

Y de la misma forma se expresa ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A. : "Derecho Mercantil", Madrid, 1950, pág. 28.

artículo 4º C.com. ; estamos ante una excepción justificada por el interés de la conservación de la empresa heredada[8].

Con este fundamento se permite al representante legal del menor o incapacitado la *"continuación"* de la empresa, pero nunca la creación de una nueva[9]. Se trata de un supuesto muy delimitado, que constituye una excepción a la regla de la mayoría de edad y la libre disposición de los bienes[10], y no se debe hacer de la excepción la regla general.

Es el excepcional riesgo económico patrimonial que entraña la actividad mercantil, lo que lleva a nuestro legislador a extremar las precauciones, en aras a la protección del sujeto que se propone ejercerla[11]. Y ello porque, la naturaleza de la empresa y de su ejercicio postula una capacidad reforzada, constante y duradera, que obliga a distinguir entre capacidad para iniciar y capacidad para continuar una empresa[12].

---

[8] Esta es la interpretación defendida por SÁNCHEZ CALERO ("Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I. Introducción, Empresa y Sociedades", Vigésima Segunda edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 74-75), y URÍA (op. cit., pág. 155).

[9] Efectivamente, la falta de capacidad no puede ser suplida mediante la intervención de un representante legal a los efectos de la adquisición *"ex novo"* de la condición de empresario. (SÁNCHEZ CALERO, F. : op. et loc. últ. cit.).

[10] Regla que HURTADO MUÑOZ entiende ha de reducirse a un solo requisito, la libre disposición de los bienes, por comprender éste al anterior, ya que sólo tienen la libre disposición de los bienes los mayores de edad no incapacitados. (Vid. "La ley de 13 de Diciembre de 1943 (mayoría de edad civil) y sus repercusiones sobre el artículo 4º del Código de Comercio". R.C.D.I., 1947, pág. 30).

[11] Cfr. GONDRA, J.M. : "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)". R.D.M. Abril-Junio, 1998, págs. 537-538.

Afirma el autor que lo que el Código intenta evitar es que el menor o incapacitado pueda verse involucrado en la arriesgada actividad mercantil por iniciativa de sus representantes legales. Y por lo que se refiere a los efectos de la falta de capacidad, son distintos respecto de la actividad y de los actos singulares. El ejercicio de la actividad por el menor o incapacitado con la asistencia o no de su representante legal, impide que se produzca el efecto de la norma. Aquél no tendrá la cualidad de empresario, y no quedará sometido, por tanto, al estatuto jurídico de éste. Por el contrario, los actos jurídico negociales que el menor hubiere celebrado, vendrán sujetos al régimen establecido en el Derecho Común.

[12] Cfr. PANUCCIO, V. : "Teoria giuridica dell'impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, pág. 124.

Algunas dudas se han planteado acerca de la capacidad del menor emancipado, incertidumbres propiciadas en un principio por el desfase de edades existente, hasta la ley de mayoría de edad de 13 de Diciembre de 1943, entre el Código Civil, que fijaba la mayoría de edad civil en los veintitrés años, y el Código de Comercio, para el cual la mercantil se alcanzaba a los veintiuno[13]. En la actualidad es innegable que el menor de edad emancipado o beneficiado de mayor edad (arts. 314 y 321 C.c.) carece de la llamada capacidad mercantil, porque, además de no ser mayor de edad, tiene las restricciones de no poder tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles sin autorización o consentimiento paterno o del curador (art. 323 C.c.), es decir, carece de la libre y plena disposición de los bienes[14].

---

[13] De la época de desacuerdo entre ambos Códigos son algunas sentencias que permiten al menor emancipado el ejercicio de la actividad comercial, así la del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1901 entre otras, y la Resolución de 20 de Marzo de 1897 (recogidas por POLO DÍEZ, A., en sus "Leyes Mercantiles y Económicas", tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 184 y ss). Asimismo la S.T.S. de 15 Diciembre de 1943, R.J.A. 1943/1315, en su CDO. 3º declara : "*El artículo 4 C.com. al exigir en su número 2º, como una de las condiciones constitutivas de la capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio, la de que la persona de que se trate no esté sujeta a la potestad del padre o de la madre, viene a admitir implícitamente que tendrán dicha aptitud los mayores de veintiún años y mayores de veintitrés, no sólo cuando hayan obtenido la emancipación por matrimonio o por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad o hayan obtenido, muertos sus padres, la concesión del beneficio de la mayor edad, sino también cuando les sea aplicable la emancipación tácita o presunta ... El requisito de la libre disposición de los bienes, impuesta por el mencionado artículo 4º del Código mercantil, ha de ser tomado, no en un sentido rígido que haría ilusorios los beneficios concedidos, a través de las dos condiciones anteriores del propio artículo, a los mayores de veintiún años, sino en un sentido de relativa amplitud*, que encuentran base y fundamento holgados : a) En la exposición de motivos del Código de Comercio, que reputaba plenamente capaces, cual los mayores de edad, a los menores que, estando emancipados, tuviesen "aptitud suficiente para la *administración* de sus bienes" ; b) En la consideración racional de que aun cuando está limitada por el artículo 317 del Código Civil la capacidad de los menores emancipados para tomar dinero a préstamo y gravar y vender bienes inmuebles, esa restricción no les impide el obligarse por razón de actos de comercio ni el disponer de una manera absoluta de los bienes muebles, que son los que por regla general sirven de base para el crédito y la responsabilidad mercantiles .... "

Y en el mismo sentido se pronuncian algunos autores de la época como L. BENITO (en su artículo "Comerciantes menores de edad", R.G.L.J., tomo XCVIII, (1901), págs. 544-552) y E. ZARANDIETA ("El menor en el Derecho Civil", R.G.L.J., tomo CXXXVI, (1920), pág. 407).

[14] Cfr. URÍA : op. cit., pág. 154-155. Advierte este autor que tal solución quizás pugne con los principios orientadores de los preceptos civiles, pero la posibilidad de llegar a otro

En consecuencia, si el Derecho Civil de Sucesiones mira poco al sucesor, y por ello no estima ni valora la aptitud, estado o condición personal del mismo ; la sucesión en la empresa exige lo contrario, ya que, al ser el ejercicio de la empresa actividad cualificada, no puede perder de vista el aspecto personal[15].

En relación a la empresa, la persona que sucederá en la misma no es en absoluto indiferente, y ya no sólo por el tema de la capacidad, que en nuestro Derecho encuentra solución en el artículo 5º, sino también por la cuestión de la aptitud o competencia del sucesor para el ejercicio de la actividad empresarial y las posibles incompatibilidades o prohibiciones que en su persona pudieren concurrir (artículos 13 y 14 del Código de Comercio). Pues si la empresa es transmitida por sucesión hereditaria a quien el Derecho prohibe el ejercicio comercial, no permitiendo el Código tampoco el ejercicio mediante un factor, si este sucesor quiere conservar su cualidad profesional,

resultado más congruente con las conveniencias de la práctica mercantil, está notoriamente dificultada por el artículo 4 del Código de Comercio, que exige la mayoría de edad y la libre disposición de los bienes propios (ibídem). (Igualmente ILLESCAS ORTIZ, R. : "El empresario mercantil individual : reglas generales", en la obra colectiva : "Derecho Mercantil I", coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ariel, Barcelona, 1997, 4ª edición, pág. 98).

Al mismo resultado de exclusión de la capacidad mercantil del emancipado o beneficiado de edad llega la Resolución de la D.G.R.N. de 24 de Febrero de 1986 (R.J.A. 1986/1017), aunque por la vía de negar, no el requisito de la libre disposición de los bienes, sino haciendo hincapié en la mayoría de edad exigida por el Código de Comercio, al decir : "Considerando que, conforme al texto originario del art. 4 del C.com., no bastaba la emancipación para que cualquier menor pudiera ejercer el comercio, al ser tres las condiciones exigidas : a) estar emancipado (no estar sujeto a patria potestad) ; b) tener la libre disposición de los bienes (no estar sujeto a tutela) ; y c) haber alcanzado determinada edad (entonces veintiún años) ; y tras la reforma llevada a cabo por la Ley 14/1975 de 2 de Mayo, no hay cambio sustancial en esta materia, salvo el exigido por la variación de la edad en que se alcanza la mayoría ; y de igual manera ahora tampoco basta tener la libre disposición de los bienes (la cual, en principio, se alcanza con la emancipación), sino que se requiere, además, haber alcanzado determinada edad (que hoy es la de la mayoría de edad).

Considerando por tanto, que el menor de edad, aunque por estar emancipado tenga, en principio, la libre disposición de sus bienes, no tiene capacidad legal para el ejercicio del comercio, como tampoco la ostenta para ser factor de una empresa y más concretamente para ser administrador de una sociedad anónima...".

[15] Cfr. DÁVILA GARCÍA, J. : "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria". A.A.M.N., 1946, tomo III, págs. 578 y 579.

no le quedará otro remedio que liquidar la empresa. Pero si, en contravención de la ley, la continúa, será considerado empresario, y sometido al estatuto de los mismos, porque quien no observa la prohibición legal, no puede invocarla en su defensa[16] ; ello sin perjuicio de las sanciones que, como consecuencia de tal vulneración, le correspondan.

Concluyendo podemos afirmar la necesidad de que los sucesores hereditarios en la empresa sean aptos para continuar la misma, y no simplemente para heredarla, porque la noción de continuador supone algo más que aquélla, supone el querer y el poder hacerlo, y esto a su vez, una toma de conciencia y un aprendizaje en el difícil oficio de empresario[17].

II. LA CONTINUACIÓN POR EL MENOR O INCAPACITADO DE LA EMPRESA DE SUS PADRES O CAUSANTES

Ya en el siglo pasado, señalaba gráficamente FONT Y VIÑALS[18] que mientras el industrial o comerciante dirige, por sí mismo, los negocios o industrias que ha implantado o creado, se basta él solo, porque su potencia o genio mercantil cuida de todo. Mas si el día de su fallecimiento se anticipa a sus cálculos, dejando menores de edad, son de difícil resolución las dificultades que aparecen inmediatamente después de su muerte.

Efectivamente la muerte del empresario creador, siendo los herederos menores de edad (o incapacitados), podría significar un grave problema para la conservación de la empresa, la cual, por otra parte, seguramente será el

[16] Cfr. D'AMELIO, M. : "L'azienda commerciale nella successione ereditaria". Riv. Dir. Comm. Tomo II, 1913, pág. 7 ; y DÁVILA GARCÍA, J. : op. cit., pág. 580.

[17] Cfr. VALLET MÁS, L.M. : "El empresario creador y el futuro de su empresa", A.A.M.N., tomo XXIV, 1984, pág. 200.

[18] Cfr. "Necesidad en ciertos casos de comerciar por cuenta de los menores o incapacitados. Insuficiencia de la forma legal actual. Reformas indispensables". R.G.L.J. , tomo LXXXV, (1894), pág. 509.

bien más importante del caudal hereditario, pues frecuentemente el fruto patrimonial fundamental de la vida de un empresario individual no es sino su empresa. Una liquidación precipitada y quizás extemporánea supondría graves pérdidas para los menores, perjuicios que el Derecho está en situación de evitar.

Apunta FONT Y VIÑALS cómo el Derecho Romano, de espíritu práctico, fue sensible a la necesidad de que el menor o incapacitado pudiera continuar el comercio comenzado por sus padres o causantes, como parece translucirse de las leyes 58 del Digesto, *De administratione et periculo tutorum et curatorum*, y 21, párrafo 2º del mismo Digesto, *De negotiis gestis*[19].

No tan previsor fue, sin embargo, el Código de Comercio de 1829, provocando algunas situaciones que tuvieron que ser solventadas en la práctica, mediante ardides jurídicos, a fin de conseguir conservar el negocio hasta que los menores llegaran a la edad en la que el Derecho les supone capacidad para el ejercicio empresarial[20].

A pesar de tal precedente, nuestro Código de Comercio actual tuvo a bien, como hemos visto, recoger la posibilidad de que la empresa heredada pudiera ser continuada por los menores o incapacitados sucesores del empresario creador, mediante sus representantes legales. Así se expresó el legislador mercantil en la Exposición de Motivos del Código : *"Las restricciones establecidas en interés de los menores que desean emprender la profesión*

---

[19] Cfr. op. cit., pág. 511.

[20] En este sentido manifiesta FONT Y VIÑALS como *"en centros mercantiles de importancia, faltando a la ley, pero rindiendo tributo a la necesidad, conservaron el nombre del comerciante aun después de su fallecimiento, y cuando no se atrevieron a tamaña transgresión legal, lo usaron como antefirma, suscribiendo el continuador como hijo, sobrino, viuda o sucesor. No siempre se usaron tales sistemas, sino que buscando formas más aproximadas a lo legal, se idearon sociedades mercantiles para administrar y continuar la casa, envolviendo el capital de los menores con el de los mayores capaces para contratar y obligarse ; se echó mano de la viuda en las nuevas operaciones, y otras veces se formaron comunidades o agrupaciones para llamarse sucesores del difunto, suscribiéndose uno o dos mayores, cual si fuese una sociedad anónima, siempre con la idea de continuar la casa, aprovechar el nombre o cifra y salvar el período hasta la mayor edad de los herederos"*. (op. et loc. cit.).

mercantil, no son aplicables a los que tan sólo tratan de continuar las operaciones comerciales a que se dedicaban sus padres o las personas que les hubiesen instituido herederos. En este caso, los menores o incapacitados podrán ejercer el comercio de sus causantes, cualquiera que sea su edad, estado civil o sexo, por medio de sus guardadores y bajo la inmediata responsabilidad de los mismos".

1. EL ARTÍCULO 5º DEL CÓDIGO DE COMERCIO : SU ÁMBITO, SIGNIFICADO Y JUSTIFICACIÓN. EL ESPECIAL SUPUESTO DE LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA POR UN MENOR EMANCIPADO O BENEFICIADO DE MAYOR EDAD

Dispone el artículo 5º del Código de Comercio que : *"Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales"*[21]. E inspirado en idéntico principio aunque, como veremos, con más restricciones, el Código Civil italiano de 1942, prevé la posibilidad de la continuación de la empresa, distinguiendo los casos según que el menor esté sometido a patria potestad o a tutela. Así en su art. 320.5º se refiere al menor bajo patria potestad, prescribiendo que la empresa no puede ser continuada por los padres sin la autorización del tribunal, tras el parecer del juez tutelar, el cual podrá consentir el ejercicio provisional de la empresa durante la deliberación del tribunal[22]. Y en el art. 371.1º, 1 y 2º regula

[21] Sostiene BENITO que este precepto tiene su origen en la legislación rusa, y adquirió carta de naturaleza, antes que en nuestro Código, en las leyes belgas y en el Código de Comercio italiano ; pero mientras el Derecho Belga se refería sólo a la continuación por el tutor de la industria heredada por los menores de sus padres, el Código de Comercio italiano y el español, ampliaban la posibilidad al negocio que proceda de los padres o de cualquier otra persona. (Cfr. "Comerciantes menores ..." cit., págs. 551-552).

[22] Art. 320.5º del Código Civil italiano: *"L'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare. Questi*

el supuesto del menor sujeto a tutela, imponiendo mayores trabas a la continuación[23] [24].

De esta manera observamos cómo, si bien es regla general en nuestro Derecho que la administración del patrimonio de los menores por los padres o el tutor es meramente conservadora, de modo que se exige autorización judicial para los actos que excedan de la misma (art. 166 y 271 C.c.), el ejercicio de la empresa, al que a los mismos se autoriza, implica, sin embargo, un alto componente de riesgo, en plena contradicción con un tipo de administración dirigido a la conservación. Y ello porque es la propia conservación del valor patrimonial que es la empresa, la que implica que ésta

---

può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sulla instanza".

[23] Art. 371 C.c. italiano : *"1. Compiuto l'inventario, il giudice tutelare, su proposta del tutore e sentito il protutore, delibera :*

3) sulla convenienza di continuare ovvero alineare o liquidare le aziende commerciali, che si trovano nel patrimonio del minore, e sulle relative modalità e cautele.

2. Nel caso in cui il giudice stimi evidentemente utile per il minore la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il tutore deve domandare l'autorizzazione del tribunale. In pendenza della deliberazione del tribunale il giudice tutelare può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa".

[24] No existe, sin embargo, en el Derecho de Francia, un precepto similar. El Código de Comercio francés, en su artículo 2º, dispone que el menor, aunque esté emancipado, no puede ser comerciante. No se prevé el supuesto de, no comenzar, sino continuar una empresa en interés de un menor que no está en condiciones de ejercerla por sí mismo. Esta carencia dio lugar a críticas ya desde la doctrina clásica, porque obliga, para obviarla, a recurrir a determinados expedientes, puesto que lo que prohibe el Código es que un menor explote una empresa, no que sea propietario de la misma.

Así, si está sometido a patria potestad, dado que el Derecho Civil francés establece el usufructo legal del padre y de la madre sobre los bienes del hijo menor (arts. 382 y siguientes del Cod. Civ.), por virtud de dicho usufructo podrán éstos tomar la explotación a su cargo, llevándola en su propio nombre, hasta que el hijo alcance la capacidad necesaria.

Si, por el contrario, el menor está sometido a tutela, no existiendo en este caso usufructo legal, mediante el empleo de un contrato de arrendamiento se conseguirá el mismo resultado que en el supuesto precedente. El tutor dará en arrendamiento, o será él mismo arrendatario de la empresa, hasta que el menor alcance la mayoría de edad, explotándola en su beneficio, y adquiriendo la cualidad de comerciante. (Cfr. THALLER, E. : "Droit Commercial", 4ª ed. Arthur Rosseau Éditeur, Paris, 1910, págs. 98-99 ; y LYON CAEN, CH. y RENAULT, L. : "Traité de Droit Commercial", tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1921, págs. 272-273).

no se pare, sino que sea gestionada con los criterios dinámicos que le son propios[25].

¿Cómo se justifica esta ruptura de las reglas que rigen la actuación de las instituciones de protección del menor en relación a sus bienes? ¿Qué razón tiene introducir una excepción en las reglas del Código de Comercio sobre la capacidad mercantil? ¿Cuál es la ratio del precepto? Tal y como apuntamos en el capítulo anterior, la norma responde al principio de la conservación y continuidad de la empresa. Se quiere conservar la empresa objeto de transmisión hereditaria, tanto en beneficio del menor, como del interés general. La liquidación forzosa le privaría del valor organización, de su valor como empresa, lo cual constituiría un despojo para el sucesor, perjudicial para éste y para el orden económico[26]. Y la venta o el arrendamiento de la empresa significaría "dejar en manos extrañas una actividad económica desarrollada normalmente en la familia del menor de edad"[27].

A esto se añade, como justificación de la excepción a la regla de la capacidad del artículo 4º que, en presencia de una empresa ya en ejercicio, se puede apreciar la consistencia y solidez de la misma, y así valorar los riesgos

[25] Cfr. CORSI, F. : "Lezioni di Diritto dell'Impresa", Giuffrè Editore, Milano, 1992, págs. 59 y 60. Encontramos aquí un ejemplo de lo que este autor denomina dialéctica entre el mundo "propietario" y el mundo de la empresa (Ibídem).

[26] Cfr. RUBIO, J. : op. cit., pág. 565.

Y en igual sentido se pronuncian entre otros: DÍEZ DOMÍNGUEZ (vid. "Tratado Elemental de Derecho Mercantil", tomo I, Granada, 1908, pág. 434); LANGLE Y RUBIO (vid. op. cit., pág. 331); URÍA (vid. op. cit., pág. 155); ILLESCAS ORTIZ (vid., op. cit., pág. 98); y en la doctrina italiana BOLAFFIO (vid. "Derecho Comercial, Parte General, vol. II, De los comerciantes - de los libros de comercio - de los mediadores", en BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE), Ediar, Buenos Aires, 1947, págs. 93-95); COTTINO (vid. "Diritto Commerciale", volumen I, tomo I. 3ª Edición, CEDAM, Padova, 1993, pág. 197) ...

[27] Cfr. GALGANO, F. : "L'imprenditore", Zanichelli, Bologna, 1970, pág. 151.

a los que el incapaz se expone, y además no se invierte, para dar origen a la empresa, capital alguno del menor o incapacitado[28].

Por estas razones ha recibido el precepto grandes elogios por parte de la doctrina[29].

Ha de advertirse, como hemos visto, que la norma permite a menores e incapacitados, sólo la *continuación* del comercio ejercido por sus padres o causantes. Quiere ello decir que no entra en la letra del mismo la posibilidad de establecer, por acto inter vivos, sin herencia ni legado previo, ni siquiera por medio del representante legal, una empresa mercantil[30].

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por *"continuación del comercio"*? En nuestra opinión, y habida cuenta la ratio del precepto, se trata de la prosecución del ejercicio de una empresa que obtuvo el menor a título gratuito, sin que tal *prosecución* y *conservación* sea tan estrecha que impida al

---

[28] Cfr. GRECO, P.: "Corso di Diritto Commerciale. Impresa-Azienda-Società", 2ª Edición, Edizioni Malfasi, Milano, 1948, pág. 57; y CAMPOBASSO, G. F.: "Diritto Commerciale I, Diritto dell'impresa", 2ª Edición, UTET, Torino, 1993, pág. 110.

[29] Así, con estilo literario, lo alaba BENITO afirmando que es *"altamente beneficioso, porque la continuación de un comercio que pertenecía a su padre o causante puede ser, precisamente en los momentos en que la desgracia le hiere arrebatándole a su padre, madre, ascendientes, o personas de su especial afecto, el único medio de vivir que remedie en algo su situación harto precaria"*. ("Manual de Derecho Mercantil", tomo I, Madrid, 1924, pág. 370).

Y aplauden asimismo la norma BLANCO CONSTANS (vid. "Reformas que deben introducirse en el Código de Comercio vigente", R.G.L.J. tomo XCIII (1898), pág. 116); ESPEJO DE HINOJOSA (vid. "Curso de Derecho Mercantil", Barcelona, 1935, págs. 109-110); LANGLE Y RUBIO (vid. op. et loc. cit.)...

[30] Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R.: op. cit., pág. 99. Advierte el autor que tal interpretación restrictiva se refuerza tras las modalidades a las que el artículo 91.3 del Reglamento del Registro Mercantil somete la inscripción voluntaria de empresarios menores o incapacitados que lo son por continuar la explotación de la empresa heredada.

Abogando igualmente por la interpretación estricta, vid. en la doctrina italiana: GALGANO, F.: op. et loc. cit.; "Comentario teorico pratico al Codice Civile", dirigido por Vittorio DE MARTINO, Libro I, Delle Persone e della Famiglia, Edizioni Pem, Roma, 1974, pág. 72; COTTINO, G.: op. et loc. cit.; etc.

Y en España, sostuvo la opinión contraria GARRIGUES (vid. op. cit., pág. 134), quien no veía obstáculo alguno en extender la posibilidad al comienzo de la explotación por medio del tutor.

representante legal la introducción de ciertos progresos que perfeccionen la empresa y le permitan adaptarse a las nuevas exigencias del tráfico ; siempre y cuando no se introduzcan variaciones substanciales que alteren la esencia de la empresa del menor o incapacitado (alteración del nombre comercial u otros signos distintivos...). Pues, según afirma LANGLE, continuar, seguir adelante, significa dedicarse al mismo género empresarial, y no abstenerse de toda variación, desentendiéndose de las circunstancias y del interés del negocio[31].

Nos queda por resolver una cuestión relativa al alcance del supuesto de hecho del precepto que estudiamos : la inclusión o no en el mismo del menor emancipado o beneficiado de mayor edad.

Hemos dicho en el anterior epígrafe que el menor, aunque esté emancipado o haya obtenido el beneficio de la mayor edad, no puede iniciar *ex novo* una actividad de empresa por no cumplir los requisitos del artículo 4º del Código de Comercio. Sin embargo, es posible que este menor adquiera, por herencia de sus padres u otras personas, una empresa ya en funcionamiento, ¿qué ocurre entonces ? En principio parece que tales menores emancipados o beneficiados de mayor edad entran en la letra del artículo 5º del C.com., que habla de los *menores de dieciocho años*, pero, hay que recordar que el emancipado no tiene, en nuestra regulación, representante legal, sino que puede regir su persona y bienes como si fuera mayor, necesitando tan sólo el complemento de capacidad de sus padres o curador para la realización de ciertos actos tipificados en el Código Civil (art. 323). ¿En qué situación están, pues, estos menores en relación con el ejercicio empresarial ?

Hay que descartar — como advierte DE LA CÁMARA— la absurda conclusión que supondría, en estos casos, que el establecimiento o empresa ha de ser necesariamente enajenado por no tener el menor emancipado (o

[31] Cfr. op. et loc. cit.

beneficiado de mayor edad), ni representantes legales que continúen el comercio por él, ni la capacidad necesaria para hacerlo por sí mismo[32]. Así las cosas, ¿se ha de sostener que, a los efectos de la administración de la empresa mercantil adquirida, continúan bajo la patria potestad o tutela, a pesar de que ambas se han extinguido ?, o bien ¿será preferible entender que pueden los menores de dieciocho años, en tales supuestos, ejercer el comercio por sí mismos ? [33]

La primera solución no parece factible en el marco de la legislación civil. Por la emancipación se extingue la patria potestad (art. 169 C.c.), e igual efecto tiene la concesión del beneficio de la mayor edad respecto de la tutela (art. 276 C.c.). Un renacimiento o continuación anómala y excepcional de las mismas, de modo que el emancipado continúe sujeto a la representación legal en cuanto al ejercicio del comercio, pugnaría abiertamente con los postulados del Código Civil[34].

Descartada esta primera, otra posibilidad podría ser la imposición del nombramiento de un factor de comercio, a fin de que éste ejerciera la empresa supliendo la incapacidad del menor. Pero, observemos que esta vía la establece el art. 5º del Código de Comercio sólo para la falta de capacidad o incompatibilidad del guardador, y no del menor ; además es regla general de la representación voluntaria que el *dominus negotii* ha de tener la capacidad especial necesaria para la realización de los actos o negocios para los que otorga el poder[35]. Un representante voluntario no puede suplir incapacidades

[32] Cfr. "Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil" en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro", I, Editorial Tecnos, 1976, pág. 305.

[33] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : op. cit., pág. 303.

[34] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : op. cit., pág. 306.

[35] Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho Subjetivo, Negocio Jurídico" Nueva Edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 293 ; y ALBALADEJO, M. : "La representación", A.D.C. 1958, pág. 797.

(ésta es potestad sólo del representante legal), el artículo 5º C.com. regula una excepción respecto de las incapacidades e incompatibilidades para el ejercicio del comercio de los representantes legales, pero nada dice de los menores emancipados, y tampoco parece caber la analogía. No podemos imponerle legalmente al emancipado o beneficiado de edad, pues, el nombramiento de un factor; y facultarle para ello es como permitir que lleve a cabo la explotación empresarial por sí mismo.

En este sentido en el Derecho Italiano, el artículo 397.1º del Código Civil, prevé que el menor emancipado pueda ejercer el comercio sin la asistencia del curador, si es autorizado para ello por el Tribunal, previo parecer del juez tutelar, y oído el curador. Con tal autorización el menor adquiere prácticamente la plena capacidad de obrar: puede continuar e incluso iniciar una empresa, y realizar por sí solo actos que excedan de la ordinaria administración, aunque sean extraños al ejercicio empresarial (art. 397.3º), con la precariedad que deriva, sin embargo, de la posibilidad de la revocación de dicha autorización a instancia del curador o de oficio por el Tribunal (art. 397.2º)[36].

Pero el Derecho Español no regula esta posibilidad de autorizar judicialmente al menor para la continuación de una empresa. Por tanto, ciertamente, la hipótesis de que el menor emancipado o beneficiado de mayor edad herede una empresa, coloca al intérprete ante una posición difícil. No parece admisible que los padres o el curador hayan de completarle la capacidad o asistirle para todos y cada uno de los actos que suponga el

[36] Art. 397 del Código Civil italiano : *"1. Il minore emancipato può esercitare un'impresa commerciale senza l'assistenza del curatore, se è autorizzato dal tribunale, previo parere del giudice tutelare e sentito il curatore.*

2. La autorizzazione può essere revocata dal tribunale su istanza del curatore o d'ufficio, previo, in entrambi casi, il parere del giudice tutelare e sentito il minore emancipato.

3. Il minore emancipato, che è autorizzato all'esercizio di una impresa commerciale, può compiere da solo atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa".

ejercicio de la explotación ; tal solución, además de ser inviable, se compagina mal con el artículo 323 C.c., según el cual, como hemos visto, la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. De aquí que queden únicamente dos opciones : o se subordina la posibilidad de que el menor explote la empresa al consentimiento del padre, madre, o curador ; o se le permite asumir la explotación sin este consentimiento inicial, siendo necesario el complemento de capacidad para los actos previstos en el artículo 323 C.c.[37].

La primera vía presenta inconvenientes, ya que, la negativa del padre, madre o curador obligará al emancipado a suspender las actividades del establecimiento hasta que llegue a la mayoría de edad, o a enajenarlo ; y no parece que los llamados simplemente a completar la capacidad en ciertos casos puedan imponerle, aunque sea indirectamente, semejante solución[38]. Además, es dudoso que tal recurso tenga cabida jurídicamente, pues el consentimiento inicialmente prestado no puede suplir genéricamente la asistencia que el Código exige para los concretos actos en él recogidos ; la situación del menor emancipado (o beneficiado de la mayor edad) se halla tipificada legalmente, de manera que ni siquiera cuando tiene su origen en un acto voluntario puede éste introducir determinaciones o condicionamientos que se aparten de lo establecido por la ley[39], y ésta exige un asentimiento que debe prestarse individualmente para cada acto, sin que valga el prestado de forma general y anticipada[40].

---

[37] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : op. cit., págs. 306-307.

[38] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : op. cit., pág. 307.

[39] LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA : "Elementos de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 2º, Personas", Nueva edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 132.

[40] LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. : "Elementos..." I, vol. 2º, cit., pág. 134

Creemos entonces que, aunque no exenta de dificultades, derivadas sobre todo de la letra de los artículos 4º y 5º del Código de Comercio, la solución más adecuada es permitir que el menor emancipado o beneficiado de mayor edad dirija el establecimiento mercantil adquirido por sucesión *mortis causa*, sin perjuicio de que deba contar con el asentimiento de su padre y/o madre o curador, cuando pretenda tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales, u objetos de extraordinario valor (art. 323 C.c.)[41]. Bien entendido que, cuando el Código dice *tomar dinero a préstamo*, no incluye el comprar a crédito[42], práctica habitual e imprescindible en el tráfico empresarial; y en cuanto a la enajenación o gravamen de establecimientos mercantiles o industriales, se refiere al todo que constituye la explotación, y no a los elementos aislados de la misma, a no ser que la enajenación o gravamen de éstos comprometa la existencia o sustancia económica de la empresa[43]. Es decir, las prohibiciones del Código en relación a los inmuebles, las empresas y los bienes muebles de extraordinario valor, se encaminan a restringir los actos de disposición patrimonial, pero no los de administración, y ya hemos dicho que la administración de una empresa engloba actos que van más allá de la simple administración (conservativa) entendida desde el punto de vista civil (así, por ejemplo, las ventas de *stocks*, aunque ascienda su importe a sumas elevadas, no son actos de disposición). Tal diferencia conceptual ha de ser tenida en cuenta si no se quiere hacer imposible el ejercicio de la empresa por el menor emancipado.

---

[41] En este sentido se pronuncia DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (op. et loc. últ. cit.). Y esta es también la solución acogida por el Acuerdo del Tribunal Gubernativo del Ministerio de Hacienda del 13 de Diciembre de 1907 (recogido por POLO DÍEZ en sus "Leyes Mercantiles y Económicas..." cit., pág. 192).

[42] Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F., y otros: "Elementos de Derecho Civil, I, vol. 2º..." cit., pág. 133.

[43] DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. I. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, novena edición, pág. 235.

2. LA CUALIDAD DE EMPRESARIO DEL MENOR

La inteligencia del artículo 5º del Código de Comercio, de la situación que le sirve como supuesto, y de las consecuencias que implica, requiere además dar solución a una cuestión transcendental : queda claro, según las palabras del propio Código, que el ejercicio de la empresa será efectuado por los representantes del menor (*sic guardadores)* pero, lo que ya no parece tan evidente es quién ha de ser considerado empresario, a quién ha de corresponder esta cualidad y, por tanto, a quién habrá de ser aplicado el estatuto del empresario.

Con la doctrina mayoritaria, creemos que es empresario el menor o incapacitado titular de la empresa, y en nombre y por cuenta del cual se ejerce ésta[44]. Ello es resultado de la aplicación de la doctrina general de la representación directa, según la cual, los efectos de la actuación del representante se producen en la esfera jurídica del representado (arts. 1725 y 1727 C.c. y arts. 247, 284, 285 y 286 C.com.).

De esta forma, si bien el economista verá el empresario en el padre o tutor, que provee a la organización y a la gestión ; en cambio, para el Derecho, el empresario es el hijo, aunque nada haya organizado ni gestionado (pues puede tratarse incluso de un infante que ni conoce la existencia de una empresa de su titularidad) ; y ello porque los actos necesarios para el ejercicio de la empresa son realizados por el padre, pero no en nombre propio, sino en el nombre del hijo menor, deviniendo éste titular de las relaciones activas y pasivas constituidas en dicho ejercicio ; de modo que los créditos le competen

[44] Así lo entienden F. SÁNCHEZ CALERO (vid. "Instituciones de Derecho Mercantil I..." cit., pág. 75), y R. URÍA (op. et loc. cit.). Del mismo modo, para LANGLE, no puede el representante ser calificado de comerciante, precisamente porque no actúa en nombre propio, sino en representación ; por lo que tal cualidad ha de atribuirse al representado. En conclusión, se puede ser comerciante y no tener capacidad de obrar, y se puede obrar comercialmente, con capacidad, sin ser comerciante (cfr. op. cit., pág. 333).

e incrementan su patrimonio, pero también le incumben las deudas, que disminuyen su peculio[45].

Para DETTI[46], (en la línea de la doctrina que distingue entre la capacidad jurídica mercantil y la capacidad para obrar como comerciante), la cualidad de empresario mercantil le deriva al menor de su capacidad jurídica, de donde resulta la titularidad del derecho al ejercicio del comercio, así como de los derechos y de las obligaciones que entran en juego, y que surgen de la actividad, de naturaleza meramente práctica o formal, del progenitor o tutor, la cual se desarrolla en el ámbito de la pura capacidad de obrar. Como consecuencia de ello, si la serie de actos jurídicos realizados por el representante o sustituto en el desarrollo del comercio, tiene como parte en sentido formal a dicho representante, en sentido substancial, no obstante, será parte el menor, el cual, como titular de los efectos, es también titular de la cualidad de la que derivan.

Ciertamente, advierte GALGANO que el fenómeno que resulta en estos casos es una disociación entre titular de la empresa, y ejercicio de la misma : la empresa es ejercida por el padre, pero debido a que éste actúa en representación del hijo, cualquier acto de empresa es jurídicamente imputado al último. Será también el padre (en virtud de los poderes de representante legal de los hijos menores, y administrador de sus bienes), quien ejercerá las

---

[45] Cfr. GHIDINI, M. : "Lineamenti del Diritto dell'impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1978, pág. 7. Vid. además, del mismo autor : "Disciplina giuridica dell'impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950, pág. 10.

Y en el mismo sentido, vid. CASANOVA, M. : "Impresa e azienda (Le imprese commerciali)", en VASALLI (dir.) : "Trattato di Diritto Civile", tomo X, vol. I. UTET, Torino, 1974, pág. 39 ; STELLA RICHTER, M. y SGROI, V. : "Delle persone e della Famiglia", "Comentario del Codice Civile", Libro I, tomo II, UTET, Torino, 1967, pág. 427 ; PORZIO, M. : "L'impresa commerciale del minore", Riv. Dir. Civ., 1964 I, pág. 380.

PANUCCIO, por su parte defiende también la cualidad de empresario del menor, al que se le atribuyen los efectos de la actividad empresarial, ahora bien, según este autor, no se trata de un supuesto de imputación por sustitución o representación, sino una confirmación del principio de la efectividad (cfr. op. cit., pág. 128).

[46] Cfr. "Minore, impresa commerciale, fallimento", Giust. Civ., 1961 IV, págs. 94 y 95.

prerrogativas del jefe de la empresa, pero será el hijo quien asumirá la cualidad de empresario, y quien se beneficiará o sufrirá todas las consecuencias que derivan de la misma[47].

Contra estas opiniones mayoritarias se pronuncia VICENT CHULIÁ, según el cual quien ejerce el comercio, en nombre propio, pero por cuenta del menor o incapacitado, es el representante legal o, si éste sufre incapacidad o incompatibilidad, el factor o apoderado general que se nombre ; son éstos quienes deben inscribirse en el Registro Mercantil, responder de la llevanza de la contabilidad y ser declarados en quiebra. Es decir, son los representantes los que ostentan la cualidad de empresarios y han de someterse al estatuto de los mismos. Y, aunque el propio autor reconoce que el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, el de 1989 y el vigente de 1996 (en sus artículos 88 y 91) acogen la postura mayoritaria, señala que este Reglamento es un

---

[47] Cfr. op. cit., pág. 151.

La situación se agrava, según este autor, en los casos en que según el art. 324 del Código Civil italiano corresponde al padre el usufructo legal de los bienes del hijo menor, ya que, en tales supuestos, se apropiará de las utilidades de la empresa ; sucediendo por ello que el padre dirigirá la empresa, se lucrará con los beneficios y será, sin embargo, el hijo quién asumirá la cualidad de empresario y las eventuales pérdidas de la gestión. Se verifica entonces un singular fenómeno, por el cual un sujeto dirige con riesgo de otro y beneficio propio una actividad de empresa, o desde otro punto de vista, el fenómeno por el cual un sujeto asume los riesgos negativos de una empresa, sin asumir los riesgos positivos (Ibídem).

Sobre esta situación llama también la atención COTTINO (vid. op. cit. págs. 202-203), para el que el padre, en tales situaciones, haría el *papel del león* : ejercita la empresa, se apropia de las utilidades de la misma y a la oportunidad ... hace quebrar al hijo menor.

Es por ello que se ha cuestionado por algunos autores si en los casos de usufructo legal del padre sobre los bienes del hijo menor es de aplicación el art. 320.4 del Código Civil italiano. FERRARA (cfr. "La teoria giuridica dell'azienda", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, pág. 384), se inclina por la solución negativa, pues aquí el derecho de gestionar la empresa se atribuye al progenitor en su propio interés, y no puede, por tanto, subordinarse a la autorización judicial exigida por el precepto en cuestión ; además, por otro lado, en este caso el menor no es empresario, permanece ajeno a la gestión, mientras que sus intereses son salvaguardados por la obligación que tiene el padre de mantener la consistencia de la empresa hasta la finalización del usufructo, pues en caso contrario, incurre en abuso. Por su parte, PORZIO (op. cit. págs. 373-380), se decanta afirmativamente al no entender legítima la escisión que FERRARA propone entre los poderes correspondientes al padre como representante del menor propietario, y los poderes que tiene como usufructuario de los bienes del mismo ; según estima, la administración del patrimonio del menor, haya o no usufructo legal, es regulada por el Código Civil de manera unitaria.

simple Real Decreto, que no puede prevalecer sobre la correcta interpretación del Código de Comercio, que es una ley[48].

Fijémonos bien en que lo que este autor pretende es configurar el supuesto como una representación indirecta, de modo que el representante legal, (o el voluntario nombrado por éste), actúe *en su propio nombre* y no en el del menor o incapacitado representado. No nos parece, sin embargo, adecuada esta vía, pues entendemos con LACRUZ que, aunque la ley nada dice en relación a la forma de actuación del representante legal en su gestión representativa, la posición del mismo, más autónoma que la del voluntario, pero dotada de una misión y una responsabilidad mayor, parece requerir como regla general la representación directa, tanto para una más clara distinción de asuntos y esferas jurídicas, como en interés del representado[49] ; y ello porque

---

[48] Cfr. VICENT CHULIÁ, F. : "Introducción al Derecho Mercantil", Décima edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997, pág. 67.

Advierte también que así fue como se interpretó originariamente el Código de Comercio en concordancia con el Código Civil (MANRESA).

[49] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros : "Elementos de Derecho Civil I, vol. 3º..." cit., pág. 312.

Igualmente DE LA CÁMARA ÁLVAREZ sostiene que la representación legal (como la orgánica), son, por lo general, manifestaciones de la representación directa, pues, aunque teóricamente no parece imposible que tanto el representante legal como el orgánico actúen como representantes mediatos ; sin embargo, la ley da por supuesto que normalmente han de actuar en nombre del representado (Cfr. op. cit., pág. 297, y nota al pie número 1).

Al respecto ha dicho DÍEZ PICAZO que *"es problemático (...) si es admisible como gestión representativa del representante legal la intervención de éste en su propio nombre y si esa actuación en propio nombre, además de admisible, es productora de efectos. En cuanto a la admisibilidad de la hipótesis se puede señalar que cuando nuestros códigos admiten y dan algún efecto a la gestión representativa proprio domine, lo hacen en función de un contrato existente entre dominus y representante, que es un contrato de mandato o de comisión mercantil. En favor de la misma tesis estaría además la idea de que, por lo menos en el ámbito interno de las relaciones entre representante y representado, la decisión sobre si la negociación ha de hacerse en nombre propio o en nombre ajeno, debe pertenecer siempre al dueño del negocio, cuyas instrucciones al respecto han de ser observadas. Si la representación legal se da en interés de la ley, parece que hay siempre una conveniencia de que la situación aparezca lo más clarificada y dotada de certidumbre que sea posible. Como argumento en contra se puede, en cambio, utilizar el de que ningún precepto prohibe la actuación del representante legal en su propio nombre y el de que todo aquello que no está prohibido debe considerarse como permitido, siempre que con ello no se contravengan principios generales del derecho o normas que hayan de considerarse como de orden público"* (vid. "La representación en el Derecho Privado", Civitas, Madrid, 1979, pág. 290).

la facultad de actuar *erga omnes* con efectos sobre el patrimonio del representado es aquí un instrumento al servicio de otras finalidades. El poder que confiere la ley no constituye una atribución unilateral de posibilidades de actuación en nombre ajeno, sino uno de los medios que se ponen a disposición del representante para el cumplimiento de su misión, y se halla en íntima relación con la misión misma, que modaliza su uso[50].

En conclusión, podemos afirmar que, en la situación definida y permitida por el precepto que estudiamos, la cualidad de empresario corresponde al menor o incapacitado (que será el que se inscribirá, en su caso, en el Registro Mercantil), y no al padre, madre o tutor que los representan, los cuales obran como sustitutos legales del empresario, en nombre, por cuenta y en interés de éste, produciéndose los efectos de su actuación en cabeza del mismo.

3. LA CONTINUACIÓN DEL COMERCIO POR LOS *GUARDADORES*

El Código de Comercio establece que los menores de dieciocho años y los incapacitado *podrán* continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes. Como observamos, las palabras de la ley inducen a pensar que la continuación es potestativa, y que, por tanto, se habrá de juzgar previamente si la misma es o no conveniente[51].

Pero el Código de Comercio no resuelve quién ha de autorizar la continuación, en tanto que la Exposición de Motivos dice: *"No obstante,*

---

[50] Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros : op. et loc. últ. cit.

[51] BLANCO CONSTANS encuentra dicha redacción del precepto deficiente ya que el Código nada dice acerca de quién ha de resolver la utilidad o menos de la continuación del comercio (vid. "Reformas que deben introducirse ..." cit., pág. 116 ; y "Estudios Elementales de Derecho Mercantil I", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1901, pág. 370.) Y de la misma idea son FONT Y VIÑALS (vid. "Necesidad en ciertos casos de comerciar por cuenta de los menores o incapacitados. Insuficiencia de la forma legal actual. Reformas indispensables". R.G.L.J. tomo LXXXVI, (1895), págs. 290 y 291) ; DÍEZ DOMÍNGUEZ (vid. op. cit., pág. 434-435) ; y BENITO (vid. "Manual de Derecho Mercantil..." cit., págs. 372-373).

deberá preceder la correspondiente declaración de la utilidad que el menor o incapacitado pueda reportar de continuar aquel comercio; lo cual corresponderá a la Autoridad judicial, previos los trámites fijados en la Ley de Enjuiciamiento, mientras no se constituya el consejo de familia que organiza el Proyecto de Código Civil, sometido o próximo a someterse a la deliberación de las Cortes". El Código Civil disponía en su artículo 269.4º que *"El tutor necesita autorización del consejo de familia : 4º. Para continuar el comercio o la industria a que el incapacitado o sus ascendientes o los del menor hubiesen estado dedicados".* Así pues, mientras que el consejo de familia había de autorizar a los tutores la actuación continuadora del comercio del incapacitado o menor, nada se dijo en relación a los que estuvieran sometidos a patria potestad, de modo que parece que los padres debían juzgar por sí mismos si era o no beneficioso para los intereses del menor la continuación de la empresa heredada por éstos[52].

Tras la reforma de la tutela por ley 13/1983 de 24 de Octubre de modificación del Código Civil, fue suprimida la necesidad de autorización para los tutores, por lo que, en la actualidad, para proseguir el ejercicio de la empresa de los menores o incapacitados, ni los progenitores, ni los tutores precisan autorización alguna (arts. 166, 271 y 272 C.c.), a ellos corresponde el juicio sobre la conveniencia o menos de la misma.

---

[52] Criticó FONT Y VIÑALS la falta de engranaje existente entre el artículo del Código de Comercio y el del Código Civil, porque mientras el Código Civil habla del comercio ejercido por el incapacitado o sus ascendientes o los del menor, el de Comercio se refiere al comercio de los padres o causantes, resultando que, según éste, no podrán continuar el comercio que hubiese ejercido el incapacitado, y, según el civil, no puede el consejo de familia autorizar la continuación del que hubiese ejercido el causante, o ascendiente del menor o incapacitado, caso posible, bien sea el menor o incapacitado heredero o legatario del comerciante (op. et loc. cit.).

ALVÁREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA, consideraban necesario que la autorización del Consejo al tutor se hiciera pública, y entendían que podía también dejarse posteriormente sin efecto, sin perjudicar los derechos adquiridos y poniendo la revocación en conocimiento del público (cfr. "Tratado de Derecho Mercantil Español comparado con el extranjero", tomo I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, pág. 195).

Muy distinta es, sin embargo, la regulación de la materia en el Derecho Italiano, donde, como vimos, la continuación se sometía a mayores trabas. El Código Civil italiano regula procedimientos diferentes según el menor esté sometido a patria potestad o a tutela. El progenitor que tiene intención de continuar el ejercicio de una empresa mercantil en el interés del menor debe solicitar la autorización del Tribunal, que decidirá, oyendo el parecer del juez tutelar, el cual podrá también autorizar el ejercicio provisional de la empresa hasta que el Tribunal haya deliberado sobre el asunto (art. 320.5º C.c. italiano). Si se trata de un menor sujeto a tutela, la ley exige la formación de un inventario previo de la empresa mercantil (art. 365); posteriormente, y a la vista de éste, el juez tutelar decidirá sobre la conveniencia de continuar o liquidar la empresa que se encuentra en el patrimonio del menor y sobre las modalidades y cautelas (art. 371.1.3º C.c. italiano) ; a continuación de tal decisión, el tutor debe solicitar del Tribunal la autorización para proseguir el comercio, pudiendo consentirse en este caso también el ejercicio provisional (art. 371.2). La autorización del Tribunal para el ejercicio de la empresa — afirma GRECO — puede ser revocada por el mismo cuando la gestión se revele insatisfactoria o directamente perjudicial para los intereses del menor o incapacitado. La revocación hará cesar *ex nunc* la aplicación del estatuto de empresario mercantil al menor o incapacitado, y la empresa será liquidada o cedida[53].

La diferencia de tratamiento entre uno y otro caso se explica, según COTTINO, por la diferente relación de sangre y de intereses existente entre un progenitor y un tutor de un lado, y un menor de otro[54].

Cuestión controvertida es, en la doctrina italiana, las consecuencias de la actuación, por parte del padre o tutor, sin las autorizaciones pertinentes prescritas por la ley. La doctrina mayoritaria se inclina por sostener que, a falta de autorización, la continuación de la empresa no hace adquirir al menor o

[53] Cfr. op. cit., pág. 58.

[54] Cfr. op. cit., pág. 197.

incapacitado la cualidad de empresario, y queda sustraído, por tanto, al estatuto del mismo. La autorización sería consiguientemente un elemento necesario para que al menor o incapacitado pueda atribuirse la condición de empresario, sería constitutiva del estado de comerciante[55]. De esta opinión disiente DETTI, quien, estima que la anulabilidad se adapta mejor a la hipótesis de la actividad jurídica llevada a cabo por el representante sin la autorización prescrita, dada la naturaleza privada del interés protegido. En conformidad con el régimen de la anulabilidad, el ejercicio de la empresa por parte del padre o tutor no autorizado, tiene como cónsecuencia una serie de negocios jurídicos que producen sus efectos hasta que el menor no los impugne en el término legal ; entretanto es coherente con esta disciplina que el menor adquiera la cualidad de empresario aunque ésta esté condicionada a la validez de los actos de los que la misma deriva[56].

Finalmente, dos problemas prácticos que plantea la continuación de la empresa por padres o tutores son, en primer lugar, la relación entre ejercicio de la patria potestad y actividad de empresa ; y en segundo término, la compatibilidad entre beneficio de inventario y ejercicio empresarial, cuando el menor está sometido a tutela.

---

[55] Así lo han entendido CORSI (vid. op. cit., pág. 62) ; MESSINEO (vid. "Manual de Derecho Civil y Comercial", tomo VII. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 124) ; PORZIO (vid. op. cit., pág. 381) ; STELLA RICHTER y SGROI (vid. op. cit., pág. 427) ; también los autores del "Comentario teorico pratico al Codice Civile", dirigido por Vittorio de MARTINO, cit., pág. 73 ; SPADA (vid. "Impresa", "Estratto dal Digesto", IV Edizione, Vol. VII, Commerciale, UTET, Torino, 1992, pág. 22) ; etc. Se alista igualmente en estas filas PANUCCIO, aunque opta por distinguir entre los efectos patrimoniales de la actuación no autorizada, que recaerían sobre el menor, y los efectos personales que pesan sobre el sujeto agente (vid. op. cit., págs. 126-127).

No obstante, los efectos de tal formalismo son, como señala CORSI, desconcertantes, ya que si, como hemos visto con anterioridad, en el caso de un menor sometido a patria potestad, cuando el Tribunal autorice la continuación, el menor asume la cualidad de empresario, pero los padres gestionan la actividad percibiendo los lucros de la misma (en virtud del usufructo legal sobre su patrimonio), y siendo para el menor las pérdidas ; cuando no existe tal autorización, por la gestión paterna de su empresa, no adquiere el menor la cualidad de empresario, de modo que no se sujetaría a la quiebra, y podría incluso intentar una acción reivindicatoria contra sus padres (y la quiebra de los mismos) sobre lo que quede de su empresa (ibídem).

[56] Cfr. op. cit., pág. 97.

Por lo que se refiere al menor bajo patria potestad, puesto que la titularidad de ésta es conjunta y pertenece al padre y a la madre[57], la continuación de la empresa se hará por ambos conjuntamente o por uno, con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156.1 C.c.). Con el fin de facilitar el ejercicio, algo que sería muy deseable en relación a la empresa, que exige celeridad en las decisiones, admiten DÍEZ PICAZO y GULLÓN un consentimiento previo, incluso en bloque, con o sin limitación temporal, sin que ello signifique una renuncia a la patria potestad, dado que tales consentimientos son siempre revocables[58]. OPPO, por el contrario, no admite la delegación de un progenitor sobre el otro, ni para la realización de todos los actos, ni para una categoría de actos relativos al ejercicio de la empresa, dado — justifica — que el poder de continuar la actividad empresarial se ha concedido a los padres, no en interés propio, sino en el interés del menor[59]. Tal objeción en nombre de un pretendido interés del menor, no nos parece, sin embargo, de recibo, ya que en numerosísimos casos, será precisamente el interés del menor el que reclame que el ejercicio de la empresa se lleve a cabo por un solo progenitor, quizás más dotado para los asuntos empresariales.

Así, y ante las dificultades que supondría para la agilidad del tráfico empresarial la necesidad de ejercicio conjunto, ofrece una salida el Código Civil, al resolver que serán válidos los actos que realice uno de los padres, conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.

---

[57] Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. : "Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones", séptima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pág. 289.

[58] Cfr. "Sistema de Derecho Civil, vol. IV..." cit., pág. 290.

Además el párrafo 3º del propio art. 156, como norma general, establece que *"En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro".*

[59] Cfr. OPPO, G. : "Diritto di Famiglia e Diritto dell'Impresa". Riv. Dir. Civ. 1977, I, págs. 367-368.

En caso de desacuerdos acerca de las decisiones que afectan al ejercicio de la empresa del hijo, se habrán de aplicar las reglas generales del art. 156.2º C.c., según sean éstos simples (relativos a un acto concreto), o reiterados[60]. En el caso de los primeros, el Juez, tras oír a ambos padres, y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Y si los desacuerdos fuesen reiterados, o concurriese cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que se fije, nunca superior a dos años. Esta última medida es de alabar, por cuanto la obligación de acudir continuamente al juez para solución de conflictos podría suponer en consideración al ejercicio de la empresa del menor o incapacitado.

En cuanto al segundo problema, se centra en la coordinación entre el beneficio de inventario (como normalmente será aceptada la herencia por el tutor, excepto cuando se le autorice judicialmente a lo contrario, según reza el artículo 271.4º del Código Civil), que supone un patrimonio en liquidación, y la conservación de la empresa mercantil ; mas, tratándose de una cuestión que no plantea dificultades específicas, remitimos su estudio al capítulo correspondiente[61].

4. LA POSICIÓN DE LOS PADRES O EL TUTOR EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA. SUS PODERES O FACULTADES

Los padres o tutores, representantes legales de los menores o incapacitados, continúan el ejercicio de la empresa, pero no adquieren la

[60] Vid. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. : "Sistema de Derecho Civil, vol. IV..." cit., pág. 291.

cualidad de empresarios que, según hemos estudiado, corresponde a aquéllos.

Llegados, pues, hasta este punto, hemos de cuestionarnos cuál es la posición del progenitor en el ámbito de la empresa o, lo que es igual, cuáles son sus facultades o poderes.

En esta materia surge un problema esencial para el desarrollo de la actividad empresarial. Nos referimos al tema de si, una vez tomada la decisión, por los padres o tutores, de proseguir el ejercicio empresarial, éstos poseen plenas facultades en cuanto al mismo, o su actuación está restringida por las normas que, respecto a la administración de los bienes por padres (arts. 164 a 168) y tutores (arts. 271 a 273), contiene el Código Civil ; planteándose el conflicto fundamentalmente en relación al tutor, cuyo campo de acción relativo a los bienes es más reducido.

Al respecto, las opiniones de la doctrina están divididas. Ya antes de la reforma de la tutela de 1983, cuando aún era necesaria autorización del Consejo de familia para el ejercicio del comercio por el tutor, FONT Y VIÑALS se lamentaba de que los tutores autorizados no podían continuar la empresa con libertad y seguridad debido a las obligaciones y prohibiciones de la ley en cuanto al sistema de autorizaciones[62]. Por el contrario, LANGLE, señalaba que, una vez autorizado el tutor, tendría plenas facultades, sin necesidad de nuevas autorizaciones para enajenar o gravar ; pues debía reputarse que el permiso concedido para comerciar, llevaba implícito el de practicar

[61] Vid. *infra* Parte cuarta, epígrafe II.

[62] Irónicamente apostillaba que *"el comercio importa vender hoy muebles y géneros que ayer se compraron, gravarlos o empeñarlos, repitiendo tales operaciones cada día y, si para efectuarlos hubiesen de obtener tal autorización, sería cosa de que, ni estando en sesión permanente el consejo, pudiese conceder tales autorizaciones"*. (Cfr. op. cit., R.G.L.J. LXXXVI (1895), pág. 296).

operaciones de esta índole, sin que estén justificadas las restricciones o prohibiciones contra el normal desarrollo del negocio[63].

En el estado actual de la legislación, los padres necesitan autorización judicial entre otras cosas para enajenar o gravar los bienes inmuebles de los hijos, sus establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (art. 166 C.c.). Mas, al hablar de los establecimientos mercantiles no se refiere a los elementos de ellos, sino a la disposición de una empresa, y seguramente también a la disposición de alguno de sus elementos esenciales para su supervivencia y desarrollo[64]. Por ello que no existen grandes problemas respecto a la actuación de los padres sobre la empresa del menor. No así ocurre en relación al tutor, al que el art. 271 C.c. impone la autorización para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción ; también es preceptiva dicha autorización del juez para hacer gastos extraordinarios en los bienes, para dar y tomar dinero a préstamo, etc... Tan amplio círculo de prohibiciones, aplicado a la actividad empresarial, haría ésta imposible.

Aun así, y reconociendo las dificultades que ello supone para la empresa, por ser la agilidad del tráfico difícilmente compatible con la lentitud de la autorización judicial, ILLESCAS considera necesaria la aplicación de este artículo 271 del Código Civil a la actuación del tutor respecto de la empresa de su pupilo[65].

En Italia, sin embargo, la doctrina mayoritaria ha entendido que, requiriendo el giro de una empresa una soltura y rapidez de decisiones,

---

[63] Cfr. op. cit., págs. 331-332.

[64] Cfr. DÍEZ PICAZO, L Y GULLÓN, A. : "Sistema de Derecho Civil, vol IV..." cit., pág. 299.

[65] Cfr. op. cit., pág. 98.

inconciliables, sea con la distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración, sea con el sistema de autorizaciones acto por acto de estos últimos, en que se funda la pura administración conservadora del patrimonio de los incapaces ; la autorización del tribunal para el ejercicio de la empresa mercantil tiene carácter general, de modo que, la solicitud de una autorización específica será necesaria sólo para aquéllos actos que no están en relación de medio a fin para la gestión de la empresa (por ejemplo, la venta del inmueble donde tiene su sede la misma)[66].

¿Cuál ha de ser la solución para el Derecho español ? En línea de principio, y como primera afirmación, nos parece necesario buscar una vía que haga posible la eficacia del artículo 5 del Código de Comercio en relación a la continuación de la empresa por el tutor, pues, ciertamente no debe defenderse una interpretación que rinda un precepto inoperante.

Partimos de que el progenitor o el tutor son los representantes del menor, mas, en la esfera de la actividad de empresa, este concepto ha de ser revisado en relación a la disciplina particular de la representación en la empresa[67].

Así, existe en nuestro ordenamiento mercantil, dentro de los auxiliares o colaboradores dependientes del empresario, el llamado "factor o "gerente", que es un apoderado general del empresario para todos los actos en que se concreta su actividad. En el artículo 283 C.com. encontramos un concepto legal de factor : es el *"gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya*

---

[66] Cfr. CAMPOBASSO, G. F. : op. cit., págs. 110 y 111.

En la misma dirección, vid. DETTI, M. : op. cit., pág. 90 ; PORZIO, M. : op. cit., págs. 388 y 389 ; STELLA RICHTER, M y SGROI, V. : op. cit., pág. 428 ; CORSI, F. : op. cit., pág. 60 ; ..

[67] Cfr. DETTI, M. : op. cit., pág. 97.

tenido por conveniente el propietario". El factor es figura que sustituye al empresario, ya que realiza cuantas operaciones conciernen al giro de la empresa (art. 286 C.com.), por ello se afirma que el factor es un *alter ego* del empresario[68].

Con fundamento en tal regulación del factor, y habida cuenta de que el representante legal del menor o incapacitado presenta, en relación al ejercicio de la empresa, las características substanciales que son propias de aquél, numerosos autores, sobre todo italianos, han considerado que la posición del padre o tutor, en el ámbito empresarial es la misma que la de un factor, jefe efectivo de la empresa ; y ello obviando la cuestión de que el factor sea un representante voluntario, mientras que el padre, madre o tutor son representantes legales[69].

Así, afirmó BOLAFFIO, que el padre o tutor no realiza la gestión del establecimiento industrial o comercial como legítimo representante del menor o incapacitado, sino como su factor. La cualidad de padre o de tutor no lleva consigo la de gestor del establecimiento. Normalmente coexistirá, pero puede no hacerlo, cuando, teniendo en cuenta los específicos conocimientos técnicos exigidos para el ejercicio del comercio, se decide el nombramiento de un factor estable y general para el ejercicio del mismo, aun continuando sin variación las funciones y responsabilidades de quien representa al menor o incapacitado[70].

---

[68] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : "Instituciones de Derecho Mercantil, I...", cit., pág. 195.

[69] De esta forma se pronuncia DETTI, afirmando además la necesidad de aplicar al padre o tutor las reglas que regulan el régimen del factor en la empresa (cfr. op. cit., pág. 98)

[70] Cfr. op. cit., pág. 96.

Señala además BOLAFFIO que la propia Casación distinguió netamente la representación legal del menor y la cualidad de factor del tutor cuando, en decisión de 14 de Noviembre de 1918, reconoció que, habiendo pasado a propiedad de menores de edad, por sucesión, un establecimiento mercantil, y constituido factor el tutor, éste conserva la función de factor aún después de cesar la menor edad de alguno de los propietarios y, por consiguiente, lo representa en la continuación de la empresa, a menos que el copropietario mayor de edad revoque expresamente el mandato.

PORZIO, por su parte, encuentra más correcto distinguir, entre los supuestos de administración de la empresa ajena, aquéllos en que los poderes están limitados a los fines de la sola conservación, caracterizados por una duración más limitada en el tiempo, de aquellos administradores con poderes más amplios, generales y duraderos. En esta segunda categoría, junto con el factor, entra, para él, el progenitor autorizado al ejercicio de la empresa del menor ; pero excluye la posibilidad de la directa aplicación al segundo de las reglas que regulan la posición del primero, defendiendo, sin embargo, una aplicación analógica[71].

La posibilidad de considerar a los progenitores o tutores, que continúan la empresa del menor o incapacitado, como factores o apoderados generales del empresario (que no puede ejercerla por sí mismo) supondría una solución a los problemas que venimos planteando acerca del ámbito de poderes de los mismos, pues serían aplicables las normas que, al respecto, contiene el Código de Comercio. Ahora bien, ¿esta equiparación es factible ?

No cabe duda que grandes son las razones que existen para pronunciarse en ambos sentidos, ya que, si bien es cierto que tanto el progenitor como el tutor, al igual que el factor, sustituyen al empresario en todas las operaciones de la empresa, de modo que se opera una escisión entre la titularidad y el ejercicio de la misma ; no se puede olvidar que el origen de la representación del factor es siempre negocial y además el empresario puede realizar por sí mismo lo que realiza por medio de aquél, apareciendo dicha representación como una forma de colaboración entre representante y representado, donde uno necesita el consentimiento del otro[72] ; por el contrario el origen de la representación de padres y tutores es legal, y además el representado no puede actuar por sí mismo, siendo un mecanismo de

[71] Cfr. op. cit., págs. 383-386.

[72] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros : "Elementos de Derecho Civil I, vol. 3º..." cit., pág. 273.

sustitución de una voluntad por otra que se halla legitimada por la ley, de la que trae su causa y fuerza vinculante, y donde encuentra sus límites[73].

De ahí que, a pesar de entender que representación legal y representación voluntaria no constituyen instituciones separadas, sino que forman parte de una única : la representación *in genere*[74], estamos de acuerdo en no considerar automáticamente, en el ámbito empresarial, al padre o tutor como factor del menor o incapacitado empresario, lo que supondría la consiguiente aplicación directa de todas las normas del Código de Comercio sobre el mismo ; sino que sostenemos procedente la aplicación analógica de algunas de estas normas, para la solución de problemas concretos que, el Código Civil, pensando en una administración conservadora de los bienes del menor o incapacitado, no contempla. Dicha aplicación analógica se ve facilitada por la circunstancia de que el Código de Comercio ha regulado preferentemente la relación externa entre el factor y los terceros (la representación), y no la relación interna entre auxiliar y empresario[75]. Además la aproximación del representante legal que ejercita la empresa del hijo o pupilo al factor o gerente, viene abonada también por el propio artículo 5 del Código de Comercio, que obliga a los guardadores que carezcan de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio. Estos representantes voluntarios tendrán las mismas limitaciones que el representante legal (el cual no puede conferir a otro más facultades que las que él mismo tiene), ahora bien, el Código de Comercio los califica de *factores*, y ello quiere decir que sus poderes serán generales en relación al tráfico de la empresa pues, aunque el Código prevea la posibilidad

---

[73] Ibídem.

[74] Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros : "Elementos de Derecho Civil I, vol. 3º..." cit., págs. 309 y 311.

[75] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : "Instituciones de Derecho Mercantil, I..." cit., págs. 194 y 195.

de limitarlos (art. 283), no de forma que le haga perder su carácter[76]. De tal suerte que no se puede hacer al representante legal de peor condición que el voluntario al que nombra.

¿Qué normas de la regulación del Código de Comercio sobre el factor son aplicables al representante legal en el ejercicio de la empresa ? Lo serán aquéllas cuya ratio o fundamento sea la escisión entre titularidad y ejercicio de la empresa, y no las que tengan su base en el origen negocial de la representación.

Así, y en primer lugar, son aplicables las normas que definen el ámbito del poder de representación, concretado en lo que constituye el giro o tráfico propio del establecimiento (art. 281 C.com.) : administración, dirección y contratación sobre las cosas concernientes a él (art. 283 C.com.), siendo nota característica que se trata de un poder general (vid. artículos citados en comparación con el 292 C.com.)[77]. Como vemos, las fronteras de la actuación del representante (tanto del voluntario como del legal), vienen marcadas precisamente por su cualidad de tal y la ausencia en el mismo de la titularidad de la empresa, de modo que sus actos serán realmente los que corresponden a una administración "mercantil" (más amplia que la comprendida desde el punto de vista civil) ; de tal manera que todo acto que altere los elementos esenciales de la actividad empresarial y, en general, todos aquellos actos de disposición que tiendan a modificar la substancia de la empresa, quedan fuera de su círculo competencial ; lo cual es de todo punto lógico porque para transformar radicalmente, gravar o enajenar una empresa es necesaria la intervención del *dominus* de la misma o, en caso de representación legal, de la autoridad judicial. Como vemos, en consecuencia, no nos alejamos mucho de la esfera de acción permitida al representante por el Código Civil sin necesidad de autorización del juez.

---

[76] Cfr. op. últ. cit., págs. 197.

[77] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : "Instituciones de Derecho Mercantil, I..." cit., pág. 196.

Asimismo entendemos de aplicación la prohibición de competencia que el Código de Comercio en su artículo 288, párrafos 1º y 2º, impone al gerente o factor, cuyo incumplimiento se sanciona atribuyendo los beneficios de la negociación al principal, y dejando a cargo del representante las pérdidas. Esta norma tiene su fundamento en el deber de fidelidad del representante en favor del representado[78], deber de fidelidad que se acentúa en el supuesto que estudiamos, por razón del cargo que el padre o tutor ostenta. Además hemos de recordar que la competencia supondría una incompatibilidad de intereses que, en caso de los padres, obligaría al nombramiento de defensor judicial (art. 163 C.c.) y, en el del tutor es causa de inhabilidad y remoción del mismo (art. 244.4º y 247 C.c.).

El cumplimiento de la mayoría de edad por el hijo o pupilo supondrá el fin del ejercicio empresarial del progenitor o tutor, por conllevar ésta la extinción de la patria potestad (art. 169 en relación con el 314 C.c.) o la tutela (art. 276 C.c.), y con ella de la representación legal que tales cargos conllevan; sin que pueda ser aplicable el art. 290 C.com. que estima subsistentes los poderes conferidos al factor mientras no le fueran expresamente revocados, pues, aunque la *ratio* del precepto es la conservación de la empresa, tiene como presupuesto un origen negocial del poder, sin que concurra, por tanto, el fundamento de la analogía[79].

Por lo demás, y en cumplimiento de las reglas generales sobre representación legal del Código Civil, el padre o tutor habrá de regir la empresa con la misma diligencia que si se tratara de sus propios bienes (arts. 164 y 270 C.c.), y rendir cuentas de su gestión al término de sus cargos (art. 168 y 279 a 281 C.c.).

---

[78] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : "Instituciones de Derecho Mercantil, I..." cit., pág. 197.

[79] Y ello a pesar de que, en algún caso, la jurisprudencia italiana ha estimado lo contrario (vid. *supra* nota 70).

5. EL FACTOR NOMBRADO POR LOS GUARDADORES

El artículo 5º del Código de Comercio, en su segundo inciso, establece :*"Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio"*. Esto es, en el caso en que los progenitores o tutores, que han de continuar la empresa por cuenta y en nombre del menor, carecieren de la capacidad regulada en el artículo 4º C.com., o estuvieren en alguna de las situaciones que determinan prohibición o incompatibilidad para el ejercicio del comercio, según lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del mismo Código, deberán nombrar un factor o apoderado general, el cual llevará a cabo la actividad empresarial.

A primera vista puede parecer que el ámbito del precepto queda reducido a los supuestos de incompatibilidades, pues lo normal es que quien carece de la capacidad para ejercer el comercio, carece asimismo de la necesaria para el ejercicio de la representación legal ; sin embargo no siempre es así, piénsese pues en el caso de los padres menores de edad emancipados, los cuales no pueden ejercer el comercio (art. 4º C.com.) pero ostentan la patria potestad sobre sus hijos.

También se ha propuesto la interpretación del término "incompatibilidad" de modo que incluya la existencia de oposición de intereses entre representante y representado[80]. No nos parece aceptable, no obstante la autoridad del defensor, tal postura, que implicaría un desplazamiento de las normas del Derecho Civil al respecto. Según entendemos, estos supuestos

[80] Vid. LANGLE Y RUBIO, E. : op. cit., pág. 333.

han de solucionarse según las reglas del Código Civil : arts. 163 y 236.1º, 237 bis, 244 y 246.

En resumen, la falta de capacidad se refiere a los requisitos del artículo 4º del Código de Comercio, y las incompatibilidades a los casos de los artículos 13 y 14 del mismo, dejando al Derecho Común la resolución de aquellos problemas nacidos de la existencia de intereses comerciales contrapuestos entre representante y representado[81].

Como vemos, en las indicadas circunstancias se *impone* al representante legal el nombramiento de uno voluntario, no se le faculta simplemente para hacerlo. Ante ello, la primera doctrina mercantilista apuntó la necesidad de abarcar, en el ámbito de la norma, las situaciones en que el progenitor o el tutor carecen de la aptitud o competencia técnica suficiente para ponerse al frente de una empresa, o ello les supone un grave perjuicio profesional[82]. Mas, esta idea carece hoy día de funcionalidad, ya que, suprimida toda autorización para la continuación del comercio, ¿quién habría de juzgar la cualidad o ineptitud para el comercio del representante ? Quedaría la cuestión a la libre apreciación del propio afectado. Además el hecho de que el artículo 5º del Código de Comercio obligue a nombrar un gerente en estos supuestos concretos, no quiere decir que en otros, y cuando así se estime necesario o conveniente por el representante legal, no pueda éste nombrar uno voluntario que colabore con él en la gestión empresarial. Antes bien, la doctrina mayoritaria ha admitido, con carácter general, tal posibilidad, siempre que se trate no de la delegación de las funciones de la patria potestad o tutela,

---

[81] Cfr. RUBIO, J. : op. cit., pág. 567.

[82] En esta dirección se pronunciaba BLANCO CONSTANS (vid. "Reformas que deben introducirse..." cit., págs. 116 y 117 ; y "Estudios Elementales..." cit., págs. 370-371), que entendía que sería el Consejo de Familia, el que habría de apreciar, antes de autorizar al tutor, la aptitud de éste, a fin de resolver si el mismo debería o no ocuparse de la empresa ; y proponía una reforma del precepto en este sentido.

Igualmente opinan DÍEZ DOMÍNGUEZ (vid. op. cit., pág. 435) ; BENITO (vid. "Manual de Derecho Mercantil..." cit., págs. 371-372) y LANGLE Y RUBIO (vid. op. cit., págs. 333-334).

sino de comunicación de poderes para determinados actos cuya naturaleza no sea tal que exija una actuación personal del representante legal, fundada esta exigencia en un poder de apreciación para el cual la ley ha escogido individualizadamente al representante[83]. Es decir, hay que distinguir, por un lado, el cargo y las funciones — patria potestad, tutela —, para los cuales, ciertamente, el sujeto que los ostenta o desempeña no puede designar un representante voluntario o sustituto ; y, por otro lado, el hecho de que el sujeto investido de aquéllos es también representante (legal) del menor o incapacitado, en cuya representación podrá o no nombrar un subrepresentante o sustituto según la naturaleza del negocio de que se trate y el que la ley haya querido o no o partido de la base de la conveniencia de su actividad personal[84], y está claro que este no es el caso del ejercicio de una empresa. En este sentido DE LA CÁMARA advierte que, dado que la ley no exige claramente que el representante legal lleve a cabo personalmente todos los actos jurídicos, debe entenderse que, en principio, es libre para cumplir su misión de la forma que estime más adecuada, sin perjuicio de que ello pueda influir en su eventual responsabilidad para con el representado[85]. Podrá nombrar, pues, un factor, el cual ostentará las facultades que el tutor o el

[83] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros : "Elementos de Derecho Civil I, vol. 3º..." cit., pág. 312.

[84] Cfr. ALBALADEJO, M. : op. cit., págs. 791-792.

En parecidos términos advierte BÁDENAS CARPIO que el "oficio" o "cargo" del representante legal no es susceptible de sustitución como tal representación legal, pues el representante legal no puede nombrar a otro (representante legal) que le reemplace y desplace, y así quedar desligado de su relación con el representado, pues esta función viene atribuida por la ley, directamente, a ciertos sujetos, y cuando no es así, por medio de la designación judicial. Lo que no impiden las normas es que el representante legal nombre a otro representante (voluntario) para que le sustituya en la realización de uno o varios actos, ya sea con un poder general o especial. En tal caso el representante legal continúa siendo el mismo ; si bien, los actos en que intervenga el apoderado-sustituto, en nombre de aquél, surtirán efecto en la esfera jurídica del representado, siempre y cuando no se rebasen los límites del apoderamiento ni se incurra en contravención de cualquier norma imperativa o prohibitiva, que pudiera ser aplicable a aquellos actos (cfr. "Apoderamiento y Representación Voluntaria" Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 31).

[85] Cfr. op. cit., pág. 356.

progenitor haya tenido a bien otorgarle, con el límite, claro está, que la ley impone a sus propios poderes[86].

El factor o factores son nombrados, según el precepto, por el progenitor o tutor para suplirle en el ejercicio de la empresa, ahora bien, ¿en nombre de quién actúa este factor, del menor o del guardador ? o, dicho de otra forma, ¿a quién representa ?

LANGLE[87] mantiene el deber de actuar en nombre del menor, que es el verdadero empresario, en contra de MARÍN LÁZARO que defendió que el ejercicio por el factor se haría en nombre del tutor, quien lo nombra. FONT Y VIÑALS, por su parte, opina que el factor dirigirá la casa de comercio en nombre propio, y atisba por ello grandes dificultades de ejercicio[88].

Para nosotros no ofrece duda que la empresa habrá de ser ejercida por el factor o factores en nombre del menor o incapacitado, que es el empresario inscrito (en su caso) en el Registro Mercantil y el representado ; pues, aunque en principio pueda pensarse que, por ser nombrado por el representante legal, el gerente es colaborador y sustituto de éste, tal interpretación, además de conducir al absurdo de sostener que los efectos de la actuación del factor se producirían en cabeza del representante legal y, a través de éste, mediatamente, en la del menor o incapacitado, chocaría abiertamente con el Código de Comercio, el cual, al definir al apoderado general, lo entiende como colaborador del *comerciante*, y le impone la obligación de actuar en nombre y

[86] Así, por ejemplo, no podrá el padre conferir al factor el poder de vender los bienes inmuebles propiedad del menor que forman parte del establecimiento, pues él mismo carece de facultades para hacer tal cosa sin la previa autorización judicial (art. 166 C.c.) (Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : op. cit., pág. 357)

[87] Vid. op. et loc. cit.

Y de la misma opinión es URÍA (vid. op. cit., pág. 155).

[88] Vid. op. cit., R.G.L.J., LXXXVI (1895), págs. 294-296. Señala además, que en estos supuestos el factor ejerce inmediatamente en beneficio y por orden del tutor, y sólo mediatamente en interés del menor, por lo que ha de seguirse de aquí que, en caso de quiebra la acción del factor será directa contra el tutor (cfr. op. cit., pág. 295).

por cuenta e interés del mismo, que es su principal. Y recordemos que, en el supuesto que analizamos, el único empresario es el menor o incapacitado que continúa la empresa heredada de sus padres o causante, aunque para ello deba servirse de su representante legal.

Consiguientemente, si el factor, al que el representante legal ha nombrado, es representante del menor o incapacitado, ¿qué relación existe entre el primero y éstos ? Creemos indudable que el factor responde de su gestión ante el representante del menor, bajo cuya vigilancia desempeña sus funciones ; a su vez, el representante legal es responsable frente al menor o incapacitado por la actuación del voluntario que él ha elegido, y ello no sólo porque, según las reglas generales de la patria potestad y la tutela, padres y tutores han de rendir cuentas de la administración ejercida sobre los bienes de los menores (arts. 168 y 279 a 281), tanto si dicha administración la han llevado a cabo por sí mismos, o han creído conveniente o necesario hacerlo mediante otras personas ; sino también por aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 1721 del Código Civil (arts. 261 y 262 C.com.), según la cual el representante responde de la gestión del sustituto cuando no se le hubiere dado facultad para nombrarlo y cuando, habiéndosele concedido tal facultad, no se designó la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. En los casos del artículo 5º C.com. no se *"faculta"* sino se *"impone"* legalmente el nombramiento de un sustituto, pero no se dice la persona a la que se habrá de elegir, que queda al libre criterio del representante legal. Estamos pues, *mutatis mutandi*, en el ámbito del precepto.

Hemos establecido, por tanto, relaciones de responsabilidad entre factor-representante legal, y representante legal-menor, ahora bien, ¿es posible configurar la relación directamente entre el factor y el menor o incapacitado representado ? El artículo 1722 C.c. permite tal posibilidad al decir : *"en los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto"* , opción que, además, se impone en aras a la protección del menor, principio inspirador de

nuestro ordenamiento jurídico, pues, si es posible tal acción directa entre el representado y el subrepresentante nombrado por un representante voluntario cuando aquél no hubiere elegido la persona que había de nombrarse, cuanto más en el caso que nos ocupa, siendo el representado un incapaz, que no puede estar pendiente de la gestión de sus negocios, y cuyo interés, ante todo, ha de ser salvaguardado por el Derecho.

6. LA QUIEBRA DEL EMPRESARIO MENOR DE EDAD O INCAPACITADO

En el ejercicio de la empresa heredada por el menor o incapaz, puede el representante legal, a pesar de su mejor voluntad, incurrir en negocios desgraciados e infortunios que arrastren a la empresa a la suspensión de pagos o, lo que es más grave, incluso a la quiebra. Siendo ésta una institución jurídica, de carácter esencialmente procesal integrada por un conjunto de normas y actos procesales dirigidos a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, unitariamente organizados bajo el principio de la comunidad de pérdidas, además de un estado legal que hace perder al quebrado la disposición y administración de sus bienes, restringe su capacidad y le inhabilita para el ejercicio del comercio en tanto no sea rehabilitado[89], hemos de saber a quién incumbe, en el supuesto que venimos analizando, la condición de quebrado, y quién o quienes habrán de sufrir los efectos de la quiebra.

A) El sujeto de la quiebra

¿A quién habrá de considerarse quebrado ? Tres son, en principio, las posibilidades : el representante legal, la propia empresa, o el menor, debiendo descartarse inmediatamente la segunda, ya que, en nuestro sistema legal, quiebra el empresario (persona física o jurídica) y no el establecimiento

[89] Cfr. URÍA, R. : op. cit., pág. 1034.

mercantil ni la empresa, sin otra excepción que la relativa al supuesto del fallecimiento del empresario insolvente[90]. Quedan sólo, pues, dos opciones : el representante legal o el menor o incapacitado.

Sobre el tema declaró FONT Y VIÑALS que sería el representante legal el que habría de sufrir las consecuencias del proceso concursal, si bien, llegado el representado a la mayor edad, rendidas las cuentas, y demostrada su falta de culpabilidad, podría reclamarle indemnización[91].

Pero excepto esta y alguna otra opinión aislada, la doctrina española e italiana se muestran de acuerdo en entender que el sujeto de la quiebra no puede ser sino el menor o incapacitado por cuya cuenta y nombre funciona el negocio, titular de la cualidad de empresario, a pesar de que no ejerza personalmente la empresa por carecer de capacidad para ello[92].

Efectivamente, creemos que de la cualidad de empresario del menor o incapacitado resulta irremediablemente su condición de quebrado, pues es

---

[90] Cfr. URÍA, R. : op. cit., pág. 1036.

En la doctrina extranjera, concretamente la belga, se sostuvo, sin embargo esta alternativa, no debía quebrar el menor porque era un incapaz, ni el representante porque no ejercía el comercio en nombre propio, por lo que habría de hacerlo, en justicia, el establecimiento (vid. BOLAFFIO, L. : op. cit., pág. 103).

[91] Cfr. FONT Y VIÑALS, R. : op. cit., R.G.L.J., tomo LXXXVI (1895), pág. 294 : *"El tutor que ha comerciado con los intereses del menor en beneficio de éste,..., deberá sufrir las consecuencias y hasta ver arrastrados sus bienes, si no ha podido salvar, ni siquiera con ellos, los compromisos que el negocio del menor le impuso. Si éste llega a la mayor edad concluida la quiebra, deberá el tutor, al rendirle cuentas, demostrar que no tuvo culpa en los desastres experimentados, pudiendo, en consecuencia, reclamar que le indemnice con los otros bienes que tuviere, no comprendidos en la quiebra, o que posteriormente adquiera, la pérdida que ha sufrido. Si viniese la mayor edad antes de la conclusión de la quiebra, también deberán rendirse las cuentas y el menor indemnizar asimismo al tutor, y además pagar a los acreedores, en cuanto pudiese".*

[92] Así lo ha sostenido en España LANGLE Y RUBIO (vid. op. cit., pág. 333) señalando que es natural que el pupilo afronte los resultados adversos del negocio, así como goza de los favorables. Y en Italia son de esta opinión, BOLAFFIO (vid. op. cit., pág. 104) ; DETTI (vid. op. cit., pág. 98) ; PORZIO (vid. op. cit., pág. 381) ; GALGANO (vid. op. cit., pág. 151) ; CASANOVA (vid. op. cit., pág. 39) ; GHIDINI (vid. "Lineamenti..." cit., pág. 7) ; GHIRON (vid. op. cit., pág. 403) ; CAMPOBASSO (vid. op. cit., pág. 113) ; COTTINO (vid. op. cit., págs. 202-203) ;...

presupuesto subjetivo de la quiebra la condición de empresario del deudor ; y ello, a pesar de lo injusto que a primera vista pueda parecer que sufra el menor o incapacitado las consecuencias de decisiones o elecciones adoptadas por terceros.

No han faltado, sin embargo voces discordantes, que queriendo evitar tales inicuas consecuencias, han incurrido en sinrazón. Entre estos intentos suele citarse una conocida sentencia del Tribunal de Milán de 13 de Junio de 1957[93], la cual dispone que, aun siendo la responsabilidad patrimonial siempre del menor, en cuyo patrimonio han confiado los acreedores, y como consecuencia de los principios generales de la responsabilidad ; debía declararse la quiebra del representante legal precisamente "en su cualidad de representante", y ello porque el menor no puede ser declarado en quiebra, precisamente por ser incapaz y no susceptible, por tanto, de ser sujeto de las incapacidades que, como sanciones civiles se imponen al quebrado[94].

Tal solución debe ser rechazada debido a que, en su afán por encontrar una vía que evitara la aplicación de las consecuencias personales de la

---

[93] Publicada en Il Foro Italiano, 1957 I, c. 1316 y ss. Y siguen su línea las del Tribunal de Nápoles de 28 de Octubre de 1957 y del Tribunal de Pistoia de 9 de Mayo de 1960, recogidas por DETTI (vid. op. cit., págs. 99 y 100)

[94] Dice el texto de la sentencia : *"Basterà ora porre in rilievo che quel complesso di sanzioni che colpiscono il fallito e che derivano della sua capacità di agire e dall'essere egli responsabile personalmente, sono la conseguenza diretta ed inevitabile della dichiarazione di fallimento, per dedurne che il minore non può essere dichiarato fallito appunto perchè incapace di agire e di essere soggetto alle predette sanzioni, le quali perciò non potranno ricadere che su colui che legalmente lo rappresenta e che personalmente ha agito. (...)*

Fermo restando tale punto, non può peraltro prescindersi dal fatto che i creditori, nei confronti dei quali il legale rappresentante in tale sua qualità ha assunto obbligazioni, hanno diritto di fare affidamento, ..., sul patrimonio del minore che invece, ove ci si arrestasse alle conclusioni cui si è qui pervenuti, verrebbe sottratto alle loro legittime aspettative, creandosi così per altro verso una palese ed ingiusta contraddizione con i principi del diritto in generale e della responsabilità patrimoniale in particolare. (...)

In conclusione quindi, nella fattispecie in esame, non avrebbe dovuto dichiararsi puramente e semplicemente il fallimento delle minori, ma avrebbe dovuto porsi in rilievo la differente responsabilità, personale della legale rappresentante e patrimoniale delle minori, dichiarandosi il fallimento della Alba Brunati, ved. Farina, nella sua qualità di rappresentante autorizzata alla continuazione dell'esercizio commerciale di macelleria, sito in Segrate, nell'interese delle figlie minori".

quiebra al menor, el Tribunal ha omitido el examen del presupuesto de la cualidad de empresario mercantil del menor, de la cual la condición de sujeto sometido a la quiebra se deriva como consecuencia automática.

No queda, ciertamente, más remedio que considerar sujeto de la quiebra al menor o incapacitado ; veamos ahora si en el examen de los efectos de la misma pueden superarse, en parte, las consecuencias de lo que parece un "contraste entre ley formal y equidad"[95].

B) Los diferentes efectos de la quiebra respecto del sujeto quebrado

En relación al deudor, los efectos que trae consigo la declaración de la quiebra son, fundamentalmente de dos clases : los efectos personales, que suponen la imposición de una serie de incapacidades y la restricción de algunos derechos de la persona ; y los efectos patrimoniales o reales. A ellos hay que añadir, en ocasiones, las responsabilidades penales, cuando se trate de quiebras culpables o fraudulentas (efectos penales).

¿Cuáles de estos efectos recaen sobre el menor o incapacitado ? En principio parece que todos, excepto las eventuales consecuencias penales dado que él no ha actuado y es extraño a la gestión irregular de la empresa. Pero la doctrina italiana, con el fin de paliar las repercusiones sobre el menor de una quiebra que él no ha provocado y a la que puede ser absolutamente ajeno, ha propuesto distinguir entre los efectos de la quiebra, tal que, algunos se aplicarán al menor o incapacitado, y otros al representante[96].

De esta suerte, la doctrina italiana mayoritaria considera posible diferenciar entre los efectos patrimoniales, que recaerán sobre el menor, titular de la empresa y de la cualidad de empresario ; y los personales y penales, los

[95] Es expresión de COTTINO en op. cit., pág. 203.

[96] Así lo hizo, como hemos visto, el Tribunal de Milán, aunque recurriendo al expediente técnicamente erróneo de considerar quebrado al representante "en su cualidad".

cuales, entendidos como sanciones , serán aplicables al tutor o progenitor, que ha actuado y gestionado efectivamente la empresa, y no sobre el menor o incapacitado, quien no ejercita ni puede ejercitar la actividad[97]. Y ello porque se interpreta que tales sanciones fueron previstas por la ley a cargo del empresario quebrado sobre el presupuesto de que él mismo fuese, como normalmente ocurre, el que gestione la empresa, pero cuando se verifica una disociación entre ambas cualidades, será necesario distinguir[98].

Se ha afirmado que, en el problema de la quiebra del menor concurren dos exigencias : de un lado, la tutela del menor, cuyo patrimonio viene puesto en juego en el ejercicio de una empresa sobre el cual el menor no está en condiciones de ejercer ninguna influencia determinada ; y, de otro, la tutela de los acreedores, a los que no puede ser sustraída la garantía formada por dicho patrimonio, en el que han confiado[99]. A tal cuestión se ha dado la siguiente solución : la exigencia de la tutela de los acreedores, que por otra parte, es la exigencia misma del tráfico mercantil, se satisface por la cualidad de empresario reconocida al menor, cuyo patrimonio viene sometido al procedimiento concursal ; y la tutela del menor postula la distinción entre efectos patrimoniales y efectos personales, que son a cargo del representante del menor[100].

Ha habido también quien ha propuesto que, en estos casos, no produzca la quiebra nada más que efectos patrimoniales y no surjan los

[97] Esta es la opinión de GALGANO (vid. op. cit., págs. 151-152) ; CASANOVA (vid. op. cit., pág. 39) ; PANUCCIO (vid. op. cit., págs. 128-129), para quien la actuación del representante no puede comprometer al menor más allá de la esfera puramente patrimonial, sin que alcance a provocarle una responsabilidad personal, sea civil o penal ; PORZIO (vid. op. cit., págs. 382-383) ; STELLA RICHTER y SGROI (vid. op. cit., pág. 428) ; COTTINO (vid. op. cit., pág. 203 ; ...

[98] Cfr. GALGANO, F. : op. cit., pág. 152.

[99] Cfr. MARTINELLI, P. : "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana de 25 de Octubre de 1965", en Il Foro Italiano, 1966 I, c. 264.

[100] Ibídem.

personales, tal y como sucede con la quiebra del empresario difunto[101]. Sin embargo, parece que el supuesto que comentamos no entra en la misma categoría. La imposibilidad de aplicar los efectos personales de la quiebra al empresario difunto, es una imposibilidad de hecho (inexistencia del sujeto) más que de derecho. Esta imposibilidad de hecho no se da en relación al menor o incapacitado, por lo que, en principio, no está justificado un tratamiento análogo[102].

Otro sector de la doctrina considera inaplicables al menor o incapacitado tan sólo los efectos penales, que recaerán sobre el tutor o progenitor, mientras que todos los demás pesarán irremisiblemente sobre aquél, sobre el empresario quebrado, sin que pueda de ninguna manera librarse de ellos[103].

Para analizar convenientemente estas cuestiones, nos parece adecuado detenernos en examinar cuáles son, en nuestro Derecho, estos efectos de la quiebra en relación al deudor quebrado, estudiar qué fundamento tienen, para así dilucidar, de acuerdo con tal fundamento, a quién habrán de aplicarse.

Hay que partir de la base de que, siendo el menor o incapacitado el empresario quebrado, su patrimonio es el que queda universalmente afectado a la satisfacción de los acreedores, y será liquidado en favor de aquéllos. Como ya dijo la decisión del Tribunal de Milán que anteriormente comentamos, ello es consecuencia de los principios generales, quien obtiene los lucros ha

[101] Es la opinión que sostiene CANDIAN, al que cita PORZIO (vid. op. cit., pág. 383).

[102] Cfr. PORZIO, M. : op. et loc. cit.

[103] Son de este parecer, entre otros, LANGLE Y RUBIO (vid. op. cit., pág. 333) ; y en Italia : BOLAFFIO (vid. op. cit., pág. 98) y CAMPOBASSO (vid. op. cit., págs. 113-114) quien afirma que no puede ser imputados al menor delitos cometidos por otros y que él no podía impedir, pero en cuanto a las incapacidades personales subsiguientes a la quiebra, no puede sustraerse el menor de la aplicación de las mismas, ya que estas derivan automáticamente de la condición de quebrado (y de la inscripción en el registro de quebrados existente en Italia), y no pueden aplicarse al tutor que no ha sido declarado en quiebra.

de sufrir también las pérdidas ; y de la protección de la seguridad del tráfico, ya que los acreedores han confiado en el patrimonio del empresario.

En cuanto a los llamados *efectos patrimoniales* de la quiebra el artículo 878 del Código de Comercio establece que *"declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes"*. La inhabilitación para administrar los bienes implica para el quebrado la pérdida de la posesión de sus bienes o del derecho de a poseer, que pasa *ipso iure* a los administradores de la quiebra nombrados por el juez[104].

La finalidad de estas medidas es evitar que una posterior actuación del quebrado agrave más aún la situación en que se encuentra su propio patrimonio. Éste queda afecto enteramente a la satisfacción de la masa acreedora, y debe, por tanto, quedar insensible a nuevas obligaciones que pueda asumir el quebrado[105].

Así pues, la desposesión de los bienes e inhabilitación para la administración ¿a quién incumbe? Nosotros creemos que al menor o incapacitado, que es el sujeto de la quiebra ; éste se verá privado de la posesión de sus bienes (es el único que puede perder este derecho respecto de su patrimonio, ya que el progenitor o el tutor no eran tales poseedores al no poseer los bienes del menor en nombre propio, sino en nombre ajeno ; eran tan sólo representantes del poseedor, tal y como permite el artículo 431 C.c.), y además quedará inhabilitado para administrar sus bienes, medida que, al tener relieve en el ámbito de la capacidad de obrar (que el menor tiene, por ser tal, restringida), tendrá relevancia sobre su representante legal[106].

---

[104] Cfr. URÍA, R. : op. cit., pág. 1046.

[105] Cfr. VIGUERA RUBIO, J.M. : "Los efectos de la declaración de quiebra" en la obra colectiva : "Derecho Mercantil II", coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ariel, Barcelona, 1992, 2ª edición., pág. 634.

[106] Opina DETTI que, en estos casos, al representante legal, aún conservando tal cualidad respecto de cualquier otro efecto, se le suprime la facultad negocial (cfr. op. cit., pág. 100)

Por lo que a los *efectos personales* se refiere, éstos determinan, como dijimos, una serie de restricciones a la capacidad de obrar y a algunos derechos personales, así, no puede el quebrado aceptar ni repudiar herencias (art. 992 C.c.), o pedir la partición de la herencia (art. 1052 C.c.), ni puede ser tutor, curador, ni defensor judicial (arts. 244, 291 y 301 C.c.); queda inhabilitado para el ejercicio del comercio (art. 13.2 C.com.); tiene prohibida la entrada en las Bolsas de Valores (art. 183 Reglamento de Bolsas); y en establecimientos o casinos de juego (art. 6 Decreto 444/1977, de 11 de Marzo); debe soportar la retención de su correspondencia a disposición del juzgado (art. 1338 L.E.C.)[107]. Además el juez puede decretar el arresto del quebrado (artículos 1044.2º C.com. 1829 y 1335-1336 L.E.C., y S.T.C. de 19 de Diciembre de 1985 que los declara constitucionales), que habrá de ser siempre domiciliario y tras resolución motivada; justificándose por la necesidad de que el quebrado esté siempre disponible[108].

Estas medidas tienen como *ratio* la protección de los acreedores, y no deben entenderse como sanciones, pues tienden, unas a evitar que la situación patrimonial del empresario quebrado empeore, y otras a facilitar a la administración de la quiebra información sobre los bienes y negocios del quebrado.

No nos parece, por consiguiente, en contra de la doctrina italiana que hemos analizado, que tales efectos personales sean, como sanciones civiles, imputables personalmente al representante legal, que ha realizado la gestión desafortunada dando lugar a la quiebra; como decimos, se atiende con estas

[107] La nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil deja en vigor los Títulos XII y XIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, hasta la vigencia de la Ley Concursal (Disposición Derogatoria Única, 1. 1ª).

[108] Vid. al respecto URÍA, R.: op. cit., pág. 1045 y 1046; SÁNCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho Mercantil", Tomo II. Títulos y valores, Contratos mercantiles, Derecho Concursal y marítimo. Vigésimo segunda edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 426; y VIGUERA RUBIO, J.M.: op. cit. págs. 634-635.

medidas a la protección de los acreedores del deudor quebrado, por lo tanto, ¿qué sentido tiene imponérselas al representante legal ?

El sujeto de las mismas ha de ser, por ello, el empresario quebrado, el menor o incapacitado. Y, aunque en principio parezca paradójico limitar una capacidad que ya de por sí está limitada, ¿se puede entender que tales actos prohibidos no puede realizarlos el menor o incapacitado ni por medio de representante ? Ciertamente así es ; esta parece ser la solución adecuada : los efectos personales se imponen al menor o incapacitado, y en cuanto influyen sobre su capacidad de obrar, recaen sobre el representante *en su cualidad de tal.*

Y decimos que es ésta la solución pertinente porque, en caso de aplicarse las restricciones a la persona del representante legal (progenitor o tutor), sobre la base de que ha sido su actuación (puesto que el menor o el incapacitado no podía actuar) la que ha llevado a la quiebra, ¿qué ocurriría si durante el procedimiento se produce el fallecimiento del mismo y se nombra un nuevo representante ? En tal caso éste no tendría limitada la capacidad, y los acreedores quedarían desprotegidos.

Por todo lo anterior, no podrá el menor o incapacitado ejercer el comercio, ni repudiar o aceptar herencias, ni pedir la partición de la misma..., ni por sí (lo cual ocurría también antes de la quiebra, dada su condición de incapaz), ni por medio de su representante legal.

Finalmente, en cuanto a las *responsabilidades penales*, en caso de existir, éstas son exclusivamente del representante legal, que es el que ha actuado, y ello porque, aunque los artículos 259 y 260 del Código Penal se refieran al *"deudor"* o al *"que fuere declarado en quiebra"*, respectivamente, por lo que pudiera decirse que, en principio, los representantes legales, que ni son deudores ni son quebrados, no entran en el tipo ; es de aplicación el artículo 31 del propio Código Penal que declara : *"El que actúe como administrador de*

hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

7. LA INSCRIPCIÓN DEL EMPRESARIO MENOR O INCAPACITADO EN EL REGISTRO MERCANTIL

El menor o incapacitado que, por medio de sus representantes legales, continúa la empresa heredada de sus padres o causantes, puede inscribirse en el Registro Mercantil, siendo su inscripción, como la de todos los empresarios individuales a excepción del naviero, potestativa (art. 19.1 C.com.)

Está legitimado para solicitar la inscripción de los empresarios menores o incapacitados, según establece el artículo 88 del Reglamento del Registro Mercantil en su párrafo segundo, quien ostente su guarda o representación legal, y dicha inscripción primera se hará en virtud de declaración dirigida al Registrador por aquél, cuya firma se extienda o ratifique ante él o se halle notarialmente legitimada (art. 93 RRM).

En estos casos de menores o incapacitados continuadores de la actividad ejercida por sus padres o causantes, la inscripción, además de las circunstancias generalmente precisas para la primera inscripción del empresario (art. 90 RRM)[109], expresará la identidad de quien ostente su guarda

[109] El artículo 90 RRM señala, como circunstancias de la primera inscripción del empresario individual, las siguientes :

1º. La identidad del mismo.

o representación legal (art. 91.1 RRM) ; y, en caso de que ésta correspondiere a personas legalmente incapaces o incompatibles para el ejercicio de la actividad mercantil de que se trate, se hará constar esta circunstancia, indicándose la identidad de quienes suplan a los incapaces o incompatibles (art. 91.2 RRM).

También, y para expresar que se trata de continuación de actividad empresarial, deberán hacerse constar el nombre y apellidos y el último domicilio del causante, así como la fecha y el lugar de su defunción (art. 91.3 RRM).

III. SUCESIÓN EN LA EMPRESA Y EMPRESARIO SUCESOR

Lo que parece un juego de palabras no lo es tal si tenemos en cuenta que, el simple hecho de suceder *mortis causa* en la titularidad de una empresa, no conlleva la adquisición de la cualidad de empresario, antes bien, ésta es consecuencia del hecho de desarrollar la actividad descrita en la norma, es decir, del cumplimiento de los requisitos que, a tal efecto, exige el Código de Comercio (art. 1.1º).

La condición de empresario es personal y no se transmite al sucesor, sólo puede ser adquirida de un modo originario (no hay sucesión jurídica en la misma)[110].

2º. El nombre comercial y, en su caso, el rótulo de su establecimiento.

3º. El domicilio del establecimiento principal y, en su caso, de las sucursales.

4º. El objeto de su empresa.

5º. La fecha de comienzo de sus operaciones.

[110] Cfr. GARRIGUES, J. : op. cit., pág. 156. En el mismo sentido afirma LANGLE que tal cualidad se ha de obtener personalmente, mediante el ejercicio habitual de actos comerciales con la capacidad legal necesaria ; el hecho de entrar en posesión por herencia o traspaso de una explotación mercantil o industrial no confiere automáticamente aquella

Así pues, si el sucesor en la empresa decide iniciar su liquidación, no asume la condición de empresario, y ello aunque no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, confundiéndose su patrimonio propio con aquél comercial del *de cuius*, de modo que deba responder frente a los terceros de todas las obligaciones relativas al mismo[111].

Si, por el contrario, el sucesor continúa la firma o industria del difunto, realizando los actos de comercio, adquiere la cualidad de comerciante ; pero, hay que hacer notar que, en tal hipótesis, la misma no le es transmitida, sino que la adquiere originaria y directamente, a causa de su propia actividad mercantil en continuación de la de su causante[112].

Dos son los requisitos que el Código de Comercio exige para la condición de empresario mercantil individual : gozar de la capacidad civil

---

condición, sino que ha de añadirse la correspondiente actividad cualificativa (cfr. op. cit., pág. 317).

Asimismo DE LA CÁMARA ÁLVAREZ señala que no por el hecho de haber aceptado la herencia (pura y simplemente o con beneficio de inventario) se convierte el heredero automáticamente en comerciante. Así, tal asunción de la cualidad no se produce si el heredero la herencia a beneficio de inventario ; y, aun en el caso de aceptación pura y simple, si el heredero paraliza la explotación, y liquida o traspasa el establecimiento no cabe sostener que se ha convertido en comerciante. Y si existen varios herederos, entiende el autor que, mientras no tenga lugar la partición hereditaria, ninguno de ellos adquiere la condición de comerciante, aunque, en tanto ésta se verifique, el negocio continúe abierto y prosigan las actividades normales de su tráfico ; salvo que, antes o después de la partición, todos los herederos continúen conjuntamente la explotación y concurran circunstancias que denoten su propósito de constituir una sociedad tácita de carácter irregular.

Sin embargo, todo ello no quiere decir que el hecho de que el causante haya sido comerciante no tenga ninguna influencia sobre la posición jurídica de los herederos si ellos no lo son cuando aceptan la herencia. Antes bien, la cuestión adquiere especial importancia en materia de quiebra, y permite distinguir, con distintos efectos, la quiebra del comerciante fallecido, la quiebra de la herencia y la quiebra del heredero del comerciante (a consecuencia del fenómeno sucesorio). (Cfr. op. cit., págs. 339 y ss).

[111] Cfr. D'AMELIO, M. : op. cit., pág. 6.

[112] Ibídem.

Así también lo advierte MESSINEO (vid. op. cit., pág. 360) ; e igualmente se recoge la idea en el "Diccionario de Derecho Privado", voz "Empresa Mercantil", tomo I, Ed. Labor, S.A., Barcelona - Madrid, 1950, pág. 1759.

plena, y la dedicación habitual al ejercicio del comercio (art. 1.1º C.com.). A ellos hay que añadir otra circunstancia que el Código no menciona pero que la jurisprudencia ha considerado necesaria : el ejercicio de la empresa ha de ser en nombre propio[113].

Completando pues, el precepto legal podemos decir que son empresarios individuales los que, teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedican a él profesionalmente, y en concepto de tales lo ejercen en nombre propio[114].

Habiendo sido estudiada con anterioridad la capacidad para ser empresario[115], procede ahora el análisis de las otras dos circunstancias.

La habitualidad en el ejercicio se ha querido entender por la actual doctrina en el sentido de "actividad profesional", lo que significa que ha de tratarse de actividad constante, pero también implica que la actividad se manifiesta al exterior[116].

---

[113] Vid. por todos ILLESCAS ORTIZ, R. : op. cit., págs. 97 y ss.

[114] Cfr. BENITO, L : "Manual de Derecho Mercantil..." cit., pág. 355.

[115] Vid. *supra,* epígrafe I de este capítulo.

[116] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : "Instituciones de Derecho Mercantil, I...", cit., pág. 56.

La exigencia de la profesionalidad del ejercicio es constante en la moderna doctrina, vid. por todos : ILLESCAS ORTIZ (op. cit., pág. 99) ; VICENT CHULIÁ (op. cit., pág. 68) ; ROCA SASTRE MUNCUNILL (op. cit., pág. 153)....

Ya, hace más de medio siglo, había advertido GARRIGUES que, en realidad, sólo es comerciante el que hace del comercio su profesión ; ésta tiene de común con la habitualidad la repetición de actos, mas el concepto de profesión se compone además de otros tres elementos : una explotación conforme a un plan, un propósito de que el lucro constituya medio de vida y una exteriorización (cfr. op. cit., pág. 149). Con igual opinión se pronunciaron VICENTE Y GELLA (vid. "Curso de Derecho Mercantil Comparado", tomo I, Zaragoza, 1944, págs. 149-150) ; ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (vid. op. cit., págs. 28-29), y RUBIO (vid. op. cit., pág. 558).

En contra, sin embargo, LANGLE (vid. op. cit., págs. 308-309), para el cual habitualidad es repetición, frecuencia, constancia y ejercicio permanente, no profesionalidad ; ya que, mientras la profesión supone hábito, no ocurre igual al contrario.

Este requisito ha sido exigido por la jurisprudencia en numerosas ocasiones, como configurador de la cualidad de comerciante, muestra de ello son las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1954[117], 17 de Diciembre de 1987[118], 24 de Diciembre de 1988[119] y 27 de Abril de 1989[120].

La cuestión de cuándo estamos ante una actividad profesional la facilita el propio Código de Comercio estableciendo una presunción legal, en virtud de la cual se entiende iniciado el ejercicio habitual, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil (art. 3º)[121].

Esta presunción, entendida *iuris tantum* por la doctrina y jurisprudencia[122], tiene, según GONDRA, un doble alcance, de suerte que con ella se simplifican dos cuestiones de difícil prueba : la indagación concreta de

---

[117] R.J.A. 1954/1587 (CDO. 2º).

[118] R.J.A. 1987/9514 (F.D. 2º).

[119] R.J.A. 1988/9816 (F.D. 3º) : ".... no pueden destruirse con la pretendida afirmación de que la sociedad actora compró dos pisos y un vehículo, pues estos aislados hechos, sin relación con una finalidad de mercado, no acreditan, por su propio valor, una actividad mercantil, que requiere habitualidad, como nota esencial tal como proclama el art. 1º.1 del Código de Comercio..."

[120] R.J.A. 1989/3266, que en su Fundamento de Derecho 6º declara : "La profesión mercantil, como dato social, implica en quien ejercita esa actividad una organización y un propósito de lucro como medio de vida,... se deduce que carece de la cualidad de comerciante quien no se dedica a operaciones mercantiles, aunque haya avalado alguna letras de cambio, o quien contrajo, como en el caso debatido, deudas por medio de pólizas de créditos suscritas gratuitamente, pues como reconoce la sentencia de 17 de diciembre de 1987, la percepción de préstamos en varias ocasiones para destinar cantidades a actos de comercio, aunque califique a los contratos como mercantiles, es insuficiente para convertir al prestatario en comerciante, por faltar la habitualidad o profesionalidad en el quehacer y ánimo de lucro,...".

[121] Siendo uno de estos cualesquiera modos, indudablemente, la inscripción en el Registro Mercantil, dado el carácter público del Registro (vid. BENITO, L. : "Manual de Derecho Mercantil..." cit., pág. 411).

[122] BENITO (vid. "Manual de Derecho Mercantil..." cit., pág. 410) ; ESPEJO DE HINOJOSA (vid. op. cit., pág. 109) ; VICENTE Y GELLA (vid. op. cit., pág. 161) ; ROCA SASTRE MUNCUNILL (vid. op. cit., pág. 154) ; ILLESCAS ORTIZ (vid. op. cit., pág. 99), etc....

la naturaleza mercantil de los actos realizados con posterioridad; y la determinación del momento exacto del inicio de la actividad y, por tanto, de la aplicación de las normas del status de comerciante[123].

Pero la presunción se desvirtúa si no va seguida de un ejercicio efectivo de la actividad de empresa. Rige pues, el llamado principio de la efectividad del ejercicio, cuyo tiempo marca los momentos de inicio y fin de la actividad empresarial[124].

Finalmente, la actividad empresarial ha de ser ejercitada en nombre propio, porque el titular de la empresa, con la utilización del nombre, se atrae las consecuencias jurídicas de las relaciones en que interviene como sujeto[125]. El Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Diciembre de 1987 advirtió que la condición de comerciante o empresario requiere "no sólo el dato real de la actividad profesional, con habitualidad, constancia, reiteración de actos, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica que, no exigido en el artículo 1 del Código de Comercio, consiste en el ejercicio del comercio en propio nombre y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial"[126].

Así pues, no es el ejercicio material de la actividad empresarial lo que atribuye al sujeto la condición de empresario para el Derecho, sino la referibilidad de aquélla sobre la base de la expedición del nombre[127]. Es el

---

[123] Cfr. op. cit., pág. 536.

[124] Este principio se considera fundamental a la hora de la atribución de la condición de empresario en el Derecho Italiano, vid. PANUCCIO (op. cit., pág. 117); CASANOVA (op. cit., pág. 33); CAMPOBASSO (op. cit., pág. 102), etc.

[125] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho Mercantil, I..." cit., págs. 56-57.

[126] Cfr. F.D. 2º.

[127] Cfr. GONDRA, J.M.: op. cit., pág. 511.

Empresario es, por ello, el sujeto al que viene referida en el Derecho la actividad en su conjunto, es decir, quien asume frente a terceros, con cargo a su patrimonio, las

principio formal de la expedición del nombre, por exigencias de certeza jurídica, el que domina la imputación de los actos jurídicos y de sus efectos[128].

Por esta razón los administradores de una sociedad mercantil, los colaboradores del empresario o el representante legal de un menor empresario no adquieren la condición de empresario, pues, si bien ejercitan una actividad de empresa, lo hacen, no en su nombre, sino en el de otra persona[129].

Para los casos de transmisión *mortis causa* de una empresa ejercida anteriormente por el causante, se ha afirmado genéricamente que, la adquisición hereditaria, unida a la presunción del artículo 3º del Código de Comercio, determina la calificación de empresario sin más[130]. No obstante, insistimos en la distinción entre la aceptación de una herencia que contiene una empresa (enmarcada dentro de las reglas generales del Código Civil de los artículos 988 y siguientes), y la decisión de continuar la explotación de la misma con la consiguiente adquisición de la cualidad de empresario.

Y conviene insistir en tal diferenciación porque se han planteado múltiples problemas, sobre todo en el ámbito del Derecho Laboral, en relación a la aceptación de la herencia y lo que los laboralistas llaman *"sucesión en la empresa"*[131]. En este sentido, advierte VARELA AUTRÁN que la aceptación de la herencia no supone la sucesión en la empresa, sino que lo decisivo al respecto es la voluntad del heredero de continuar en la actividad empresarial

consecuencias (derechos, obligaciones y responsabilidades) de los actos jurídicos que forman parte de aquélla (cfr. op. cit., pág. 533).

[128] Cfr. CAMPOBASSO, G.F. : op. cit., págs. 91 y 92.

[129] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : "Instituciones...I" cit.,, pág. 57.

[130] Cfr. "Diccionario de Derecho Privado" ... cit., pág. 1759.

[131] Se refiere a la sucesión prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

desarrollada en vida por su causante[132]. En consecuencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1984, ordena atender a "la manifestación de voluntad de los herederos de no proseguir ejerciendo la misma actividad productiva del fallecido, por cuanto no hay posibilidad legal de imponerles su continuación, sin que baste para ello la aceptación genérica de la herencia, y debiendo referirse el momento en que el sucesor habrá de adoptar su decisión al tiempo que ponderadamente exija la liquidación de la empresa, en atención a su complejidad y a las circunstancias concurrentes" [133].

Aceptada la herencia, el heredero ha de disponer de un plazo prudencial para decidir sobre su continuación o no[134]. No se han de entender como actos de continuación los que los herederos realizan para la liquidación de la empresa. Ésta precisa, a veces, de un largo período de tiempo, y puede obligar a los herederos a asumir nuevas obligaciones para no hacer desastrosas las consecuencias, con daño a los trabajadores y a los mismos acreedores. Así, el heredero que asuma tales obligaciones sólo con esta intención, siempre que no sea equívoca su conducta frente a terceros, no se convierte en empresario, ya que no realiza tales actos como profesional habitual. Si no es posible dudar de la voluntad y de la finalidad de liquidar la empresa en las operaciones realizadas, hay que excluir que se adquiera la condición de empresario[135].

Nuestra jurisprudencia social ha seguido este criterio, y en sentencia de 1 de Abril de 1987, habiéndose continuado la actividad del negocio durante tres meses tras la muerte del empresario, a petición de los trabajadores, a fin de favorecer la constitución de una cooperativa entre éstos; entendió el

---

[132] Cfr. "La sucesión de empresas en el Ordenamiento Laboral Español: sucesión «mortis causa» y supuestos especiales", R.G.D. Enero-Febrero, 1996, nº 616-617, págs. 602-603.

[133] R.J.A. 1984/3372 (CDO. 1º).

[134] Cfr. VARELA AUTRÁN, B.: op. et loc. cit.

[135] Cfr. D'AMELIO, M.: op. cit., pág. 6.

Tribunal Supremo que no se había producido la sucesión en la empresa, pues los herederos manifestaron, inmediatamente de acaecer el fallecimiento, y reiteraron en todo momento, su intención de no continuar el negocio[136].

[136] R.J.A. 1987/2311. En su Fundamento de Derecho Segundo se expone : "El tema que se plantea en el supuesto de autos, es el de si implica que no se extingan las relaciones laborales por muerte del empresario, la continuación de la actividad del negocio durante tres meses a petición de los trabajadores que deseaban seguir con el mismo en forma de cooperativa y rogaron a la viuda del empresario retrasara el cierre por poderles interesar seguir ellos con la explotación, a lo que accedió la viuda, produciéndose el cierre al no cristalizar las conversaciones en sentido positivo, cesando la actividad el 31 de octubre de 1985. Es de estimar el motivo, por cuanto de inmediato se comunicó a los trabajadores la no continuación del negocio, sin que existan dudas de que nunca tuvieron los herederos voluntad de continuarlo y que la prolongación de su actividad durante tres meses, no puede decirse que obedeció al deseo de dichos herederos de lucrarse hasta el fin de la temporada, cuando el cierre sin acabarla es obvio que en el supuesto de continuar los trabajadores la explotación sería a ellos a quienes perjudicaría. Los herederos del empresario manifestaron inmediatamente de acaecer su fallecimiento, y reiteraron en todo momento, su intención de no continuar el negocio que efectivamente no continuó, y si desarrolló su actividad durante tres meses, ha de entenderse que lo fue a petición de los trabajadores y en su interés".

SEGUNDA PARTE

LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LA HERENCIA YACENTE

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Señala LACRUZ BERDEJO que en aquellos ordenamientos jurídicos en los que la herencia se adquiere mediante la aceptación, ha venido preocupando a la doctrina la solución de continuidad en la titularidad de los derechos, a causa de la *vacatio* de la herencia ; es decir, la existencia de un periodo de tiempo entre la apertura de la sucesión y la aceptación del llamado, en el que los bienes, derechos y deudas carecen de titular actual. Se dice entonces que la herencia está yacente[1]. Este problema tiene dos facetas, una

---

[1] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO FERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones", Quinta Edición, José María Bosch, S.A., Barcelona, 1993, págs. 40-41.

Pero, como ha advertido la doctrina, en realidad esta situación de herencia yacente no se circunscribe únicamente al caso de herencia deferida y aún no aceptada ; sino que abarca también otra serie de situaciones de interinidad o pendencia, por lo que la contraposición, a estos efectos, entre sistema romano o germánico de adquisición hereditaria carece de sentido (vid. PUIG BRUTAU, J. : "Fundamentos de Derecho Civil", tomo V, vol. 1º. Tercera edición, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 158 y ss).

Los supuestos de herencia yacente son numerosos, tanto que LACRUZ y SANCHO distinguen al respecto entre la yacencia voluntaria y la forzosa , produciéndose la primera cuando el llamado determinado y conocido, aún no ha aceptado la herencia, y ésta se halla en administración provisional o judicial ; mientras que se da la forzosa cuando el llamado no se encuentra todavía en condiciones de adir la herencia (nasciturus, fundación testamentaria ...), o cuando la delación está en situación de pendencia (institución condicional) ; cuando el heredero es desconocido o se suscita contienda sobre cual deba serlo ; y cuando la institución se ha hecho en favor de persona determinable pero no determinada (Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. ; SANCHO REBULLIDA, F. y otros : op. et loc. cit.).

En este sentido, se ha advertido recientemente que para que una herencia esté yacente deben darse dos condiciones : que haya herencia y que todavía no haya heredero, lo cual puede deberse, o bien a que no se haya producido la delación, por lo que nadie ha podido

práctica, la de la conservación de la herencia para el futuro heredero, y otra teórica, la de la justificación de las relaciones pertenecientes al *de cuius*, y de la creación de otras nuevas relativas a la propia herencia[2].

La cuestión se agrava aún más cuando existe en el caudal hereditario una empresa mercantil, patrimonio dinámico[3], cuyas necesidades de gestión y ejercicio a los fines de su supervivencia, mal se compaginan con el estado de quietud y pendencia de las relaciones, que caracteriza a la herencia yacente[4]. Ésta es una situación jurídica interina, caracterizada por su naturaleza transitoria y limitada, en la que la independencia y estructura de los derechos permanece, pero quedan pendientes y vinculados a la determinación del sujeto definitivo, y en la que se ostentan titularidades interinas y preventivas[5].

En esta fase lo fundamental es que la empresa continúe funcionando. El principio de continuidad era, como vimos, criterio informador de nuestro ordenamiento jurídico referente a la empresa; y además, son muchos los intereses empeñados en esta continuidad. Así, DÍEZ PICAZO habló al

---

todavía aceptar y convertirse así en heredero, o bien a que, producida la delación, el llamado no ha aceptado todavía (Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 299).

Igualmente ESPÍN CÁNOVAS (vid. "Manual de Derecho Civil V, Sucesiones", 3ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pág. 52); LLEDÓ YAGÜE (vid. "Derecho de Sucesiones II", Primera parte, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pág. 177); ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (vid. "Curso de Derecho Hereditario", Civitas, Madrid, 1990, pág. 50)...; entre otros muchos, mantienen esta concepción amplia de herencia yacente.

[2] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Derecho de Sucesiones, Parte General", Librería Bosch, Barcelona, 1961, pág. 143.

[3] A estos efectos, apunta MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA la exigencia de que las relaciones y pretensiones de la empresa se lleven a cabo aún en este periodo transitorio y de falta de titularidad (cfr. "La empresa y el Derecho Civil", en "Estudios de Derecho Público y Privado", vol. I. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho en colaboración del Colegio Mayor Universitario "Menéndez Pelayo" de Valladolid, Valladolid, 1965, pág. 602).

[4] Dice ROYO MARTÍNEZ: *"La herencia yace — obsérvese la fuerza evocadora de lo inerte que el vocablo encierra — esperando, como el arpa de la rima becqueriana, la mano que hacia ella se dirija"* (vid. "Derecho Sucesorio «mortis causa»", Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pág. 37).

[5] Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: op. cit.; pág. 252.

respecto de la existencia de un *interés general* : tendrá interés — advirtió — no sólo la persona que por la vía hereditaria haya de adquirir la empresa, que en otro caso vería mermado su valor, también las que insertan su trabajo dentro de la empresa, y que cooperan con ella ; e interés en la continuidad tendrán, finalmente, los terceros a quienes la empresa sirve (clientes), y los terceros que la sirven (proveedores)[6]. A ellos hay que añadir otros sujetos interesados, como el llamado sucesivo, que puede llegar a ser heredero en caso de que el instituido en primer lugar repudie la herencia, el legatario y, sobre todo, los acreedores de la empresa, dado que la buena marcha y mantenimiento de aquélla constituye su principal garantía.

La empresa ha de seguir funcionando y ello porque, residiendo su principal valor en el llamado *aviamiento*, el cese de la actividad, aun transitorio, ocasionaría la pérdida de la empresa o un grave menoscabo de su valor. Lo ideal para el logro de tal continuidad sería tener un jefe formado y preparado para sustituir de inmediato al empresario fallecido[7]. Pero ello no es fácil, ni tan siquiera en los casos de sucesión testamentaria en la que los herederos sean conocidos. Será preciso dar publicidad al testamento, para lo cual se exige la demostración fehaciente de que es el último (y, en su caso, las operaciones para adverarlo), la posterior aceptación, ... etc. Esto sin olvidar que, hasta pasados nueve días después de la muerte del causante, no puede intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte o repudie (art. 1004 C.c.), e interpelado *in iure* el llamado, la declaración podrá aplazarse además otros treinta días (art. 1005 C.c.) ; y, si el llamado no tiene en su poder bienes de la

---

[6] Cfr. "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil" en "Estudios de Derecho Privado", Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 317.

[7] Algo así como lo que ocurre con la sucesión al trono en las monarquías (popularmente se dice *"A rey muerto, rey puesto"*).

SIMO SANTONJA se expresa gráficamente del modo siguiente : *"Lo ideal para la continuidad es que pueda cumplirse la regla famosa del Derecho Consuetudinario, "le mort saisit le vif", que en tema empresarial equivaldría a tener un jefe preparado para recoger el relevo, caliente aún el cuerpo del empresario muerto"* (vid. "Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa", A.A.M.N. tomo XXIV, 1984, pág. 129).

herencia ni es interpelado, podrá aceptar o repudiar mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia (art. 1016 C.c.)[8].

Así pues, a fin de que no se produzca un vacío de decisiones durante el periodo de yacencia, con la consecuente y fatal paralización del ejercicio empresarial, es conveniente que el causante prevea la situación, adoptando soluciones que pueden ser de dos tipos : extratestamentarias y testamentarias. Las primeras consisten en el nombramiento por el empresario causante, en vida, de un factor de comercio o gerente para su empresa, cuyos poderes, merced al artículo 290 del Código de Comercio, no se extinguirán por la muerte del principal, sino que se estimarán subsistentes mientras no le sean expresamente revocados. Por cuanto a las soluciones testamentarias se refiere, no olvidemos que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, y éste puede establecer el articulado por el que se desarrollará el proceso de administración hereditaria durante la fase de la yacencia, función para la cual cuenta con las figuras del administrador y del albacea. De modo que puede el testador nombrar un administrador de la empresa para que la gestione y conserve hasta la adquisición por los llamados, o un albacea, concediéndole al mismo facultades de administración.

Estas precauciones por parte del empresario creador, causante de la sucesión, son sumamente aconsejables pues, en caso de faltar, el logro de la continuidad se complica, ya que el albacea que sólo tiene las facultades legales no puede administrar, por lo que quedaría esta tarea a los llamados a la herencia, y resulta dudoso que en los estrechos márgenes del artículo 999 del Código Civil pueda caber el ejercicio de una empresa. Estas materias son las que vamos a estudiar en este capítulo.

---

[8] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. : op. et loc. cit.

Advierte asimismo POLO SÁNCHEZ (vid. "La transmisión mortis causa de la empresa en el Derecho Catalán", R.D.M., 1972, págs. 11-12) que el principal problema que plantea la continuidad en el funcionamiento y explotación de la empresa es el de la *falta de automatismo en la sucesión*.

II. LA CONTINUIDAD ORGANIZADA POR EL EMPRESARIO EN TESTAMENTO O FUERA DE ÉL

1. SOLUCIONES EXTRATESTAMENTARIAS: EL FACTOR DE COMERCIO

Afirma DÍEZ PICAZO[9] que una perfecta continuidad de la empresa sólo podrá lograrla el empresario previsor que, haciendo uso de las facultades que le concede el Código de Comercio, haya nombrado un factor o gerente para su establecimiento. Ciertamente, el nombramiento por el empresario, en vida, de un apoderado general, es la única forma de asegurar que la toma de decisiones en la empresa no quede ni un momento paralizada, pues, muerto el empresario, el factor elegido por su capacidad, formación, y la confianza que le suscita, continuará la actividad empresarial en la misma línea que lo hacía su principal. Normalmente además, el factor o gerente escogido será uno de los hijos llamados a heredar la empresa, y seguramente aquél que con el padre haya colaborado en su construcción, y al que el progenitor ha iniciado en el saber hacer y los secretos de su empresa.

Esta posibilidad la permite el Código de Comercio que, en su artículo 290[10] hace del factor un colaborador estable del empresario, al decir que *"los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiere recibido"*; estableciendo así una

---

[9] Cfr. op. cit., pág. 318.

Y en el mismo sentido se pronuncian POLO SÁNCHEZ (vid. op. cit., págs. 11-12), SIMO SANTONJA (vid. op. cit., pág. 131) y ROJO (vid. "El establecimiento mercantil, (II). Transmisión", en la obra colectiva dirigida por R. URÍA y A. MENÉNDEZ: "Curso de Derecho Mercantil, I", Civitas, Madrid, 1999, pág. 122.

[10] E igualmente el artículo 280 del Código de Comercio.

excepción al principio general civil de que el mandato termina con la muerte del mandante (artículo 1732 del Código Civil)[11], en pro de la conservación de la empresa[12].

La revocación correspondería a los herederos, no produciendo la misma sus efectos con relación al factor hasta que se le notifique en forma adecuada, y respecto a los terceros, hasta que se inscriba en el Registro Mercantil, o bien, si se trata de un factor notorio cuyos poderes no están inscritos, hasta que se difunda por anuncios o circulares esa revocación (artículo 290 en relación con el 286 del Código de Comercio)[13].

Gracias pues al artículo 290 del Código de Comercio, y a través de este nombramiento queda asegurada la continuidad, sin sobresaltos de la actividad de la empresa, no obstante la muerte de su titular, sin interrupciones en el tiempo y con la ventaja de haber podido ser contrastada la bondad del elegido en vida del causante[14], [15].

---

[11] Cfr. URÍA, R.: "Derecho Mercantil", Vigésimo cuarta edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pág. 53.

[12] Advierte acertadamente FERNÁNDEZ GIMENO (Cfr. "Problemas de la transmisión de la empresa familiar", Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999, pág. 71), que lo que el Código de Comercio protege es la continuidad de la empresa durante el período comprendido entre la delación y la regularización posterior de la herencia, para evitar que en la situación interina quede sin persona responsable.

[13] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho Mercantil, Tomo I. Introducción, Empresa y Sociedades", Vigésima segunda edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 198.

[14] Cfr. VALLET MÁS, L.M.: op. cit., pág. 212.

Opina FERNÁNDEZ GIMENO (cfr. op. et loc. cit.) que *"la diferencia entre el factor nombrado por el causante en vida y el administrador encargado en el testamento, estriba en que en el primer caso, aunque responde a la voluntad del causante, no es una voluntad testamentaria, es decir, no hizo el nombramiento en consideración a la ordenación de su sucesión, sino para el mejor funcionamiento de su empresa. Mientras que, en el segundo caso, sí está manifestando su voluntad sucesoria"*. No estamos, sin embargo, de acuerdo con tal parecer porque, si bien es obvio que, al hacerse el nombramiento fuera de testamento, no se trata de una voluntad testamentaria, no por ello debe sostenerse que el nombramiento no mira a la ordenación de la sucesión; al contrario, creemos que es posible, y más que aconsejable, que la sucesión del empresario empiece a ordenarse en vida de éste, y el nombramiento de factor, sobre todo si se trata de uno de los hijos llamados a heredar y dirigir la empresa, es un modo de ordenación de la sucesión, que facilita extraordinariamente el tránsito del complejo empresarial, sobre todo durante el período de la herencia yacente.

2. LAS SOLUCIONES TESTAMENTARIAS

En ausencia de un factor de comercio, la continuidad de la empresa durante la yacencia será mucho menos perfecta. Aún así, el testador puede intentar organizar la sucesión mediante el nombramiento de un administrador o un albacea ; pero estas soluciones testamentarias tienen el inconveniente de suponer necesariamente un "tiempo muerto" entre el fallecimiento del causante, la localización del último testamento y, en su caso, del administrador o el albacea designado que, además, podrá o no aceptar[16].

A) El nombramiento de un administrador

El testador puede, a fin de obviar los inconvenientes de una ausencia de jefatura de su empresa durante el tiempo de yacencia, nombrar un administrador general para la herencia o, en especial, para la empresa.

---

[15] En el Derecho Comparado encontramos también estas soluciones a la continuidad de la empresa hasta que los herederos se hagan cargo de ella.

Así, para el Derecho Italiano, su Código Civil prevé la posibilidad en su art. 1722. 1.4º ,al decir : *"Il mandato si estingue : 4) per la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario. Tuttavia il mandato che ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio dell'impresa e continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi".*

Y por lo que al Derecho Alemán se refiere, los juristas germanos sostienen que el empresario puede, en vida, otorgar a un tercero amplios poderes, de tal manera que quede facultado para representarlo en todos los negocios jurídicos de su empresa. Dicho poder de representación puede surtir efectos más allá de la muerte del empresario, hasta que sea revocado por los herederos. Incluso puede el testador obligar a los herederos a no revocar el poder, sino a renovarlo en la persona por él elegida, que es nombrada también albacea testamentario.

Los herederos, como titulares, se inscribirían consiguientemente en el Registro Mercantil, pero sería el factor quien dirigiría la empresa en nombre de los herederos y por su cuenta. El consentimiento de los herederos para este tipo de continuación temporal de la empresa y el otorgamiento de poderes puede imponerlo el testador a través de un modo o una condición. (Cfr. HEINTZENBERG, R. : "Die Einzeluntemehmung im Erbgang", Duncker und Humblot, Berlin, 1957, págs. 52-53)

[16] Cfr. VALLET MÁS, L.M. : op. cit., pág. 212.

Advierte GITRAMA[17] que del causante cabe esperar el máximo cuidado en dotar de una provechosa administración a sus bienes para después de su muerte y hasta que vayan a manos de sus instituidos herederos ; pues él conoce mejor que nadie la persona que posee su plena confianza, y, por ende, mayores probabilidades de realizar una sana gestión en el patrimonio.

La facultad del testador de nombrar administradores está implícita en el articulado del Código Civil que le permite designar albaceas o ejecutores testamentarios con cualesquiera facultades que desee conferirles, y que no sean contrarias a las leyes ni vulneren los derechos de los legitimarios, aparte de la expresa alusión que a ellos hace la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 1096 y 1124[18], (en lo que a la nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil respecta, se prevé la posibilidad de que el testador establezca reglas sobre la administración, custodia y conservación del caudal en el art. 795). Y no sólo puede nombrarlos, sino incluso ordenar hasta en los menores detalles la forma en que deberá llevarse a cabo la administración, por lo que, en el caso de gestión de la empresa, podrá ordenar que se continúen idénticos las líneas y sistemas de producción, la cartera de clientes y proveedores[19], etc.

Por lo que se refiere a la forma de nombramiento testamentario del administrador, éste ha de ser, en principio nominativo[20], designando a una persona concreta (v. gr. el viudo o viuda, su hijo Ticio, o su empleado de gran

---

[17] En su magnífica obra "La administración de herencia en el Derecho español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 95.

[18] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil" en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro I", Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pág. 334.

[19] HEINTZENBERG, para el caso del albacea del Derecho Alemán, (normalmente facultado para administrar (§ 2205 B.G.B)., a no ser que otra cosa haya de entenderse según la voluntad del causante (§ 2208 B.G.B.), advierte que un empresario comprensivo fijará tan sólo unas pocas líneas de actuación y en supuestos extraordinarios, ya que desconoce cuales serán las circunstancias en las que la aplicación de dichas reglas se llevará a cabo (Cfr. op. cit., pág. 51).

[20] Cfr. GITRAMA, M. : "La administración de herencia..." cit., pág. 103.

confianza) considerada idónea por el causante para la función de dirección empresarial. Pero nada obsta a la designación de titulares sucesivos de un cargo o empleo[21] (v. gr. el asesor jurídico de la empresa)[22]. Hasta es posible la ausencia del vocablo "administrador" y, no obstante, entrañar el testamento una auténtica designación de tal ; lo que ocurriría en los casos en que el testador confiara a una persona el cuidado y conservación de su empresa, la gestión de la misma, la ejecución de los contratos pendientes ...., y todo cuanto constituye la función de administración de la empresa (nombramientos tácitos de administrador)[23].

Como antes hemos dicho, el testador puede nombrar un administrador único y general para todo el patrimonio relicto, pero lo normal es que, siendo empresario, nombre personas distintas para la administración de su empresa y para la administración del resto de sus bienes. Y ello porque, es de sobra conocido, que la cualificación que precisa un administrador de bienes (muebles o inmuebles) no es la misma requerida para la administración de una empresa ; y el causante debe adoptar las precauciones necesarias al buen fin y conservación de su total patrimonio, no sólo sobre los bienes muebles o inmuebles, sino sobre los conjuntos orgánicos como la empresa[24].

Así pues, habiendo sido designado un administrador para la empresa, ésta no corre peligro durante el tiempo de yacencia, ya que, el administrador gestionará la empresa con exactitud, buena fe y la diligencia del ordenado comerciante, representándola en juicio y fuera de él. Hay que tener en cuenta que la obligación del administrador de conservar el patrimonio administrado no

[21] Cfr. GITRAMA, M. : op. últ. cit., pág. 104.

[22] Incluso, señala HEINTZENBERG que, cuando el empresario no conoce ninguna persona adecuada, con la experiencia práctica y las nociones mercantiles necesarias, puede aprovecharse de la organización y los conocimientos de una persona jurídica (por ejemplo, una sociedad auditora o consultora), nombrando a su representante como albacea administrador (cfr. op. cit., pág. 49).

[23] Cfr. GITRAMA, M. : "La administración de herencia..." cit., págs. 104 y 105.

[24] Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. : op. cit., pág. 72.

supone, sin embargo, la total inmovilización del mismo ; antes bien, a las cosas que, formando parte del organismo empresarial, estén destinadas a circular, habrá de darles el destino que su naturaleza demanda[25] ; pues la misión normal de todo administrador es la obtención de los bienes hereditarios de los rendimientos normales de que fuesen susceptibles[26]. E incurre en responsabilidad el administrador que realiza una mala gestión, entendiendo por ésta la realización de todos los actos que comprometen los intereses de la empresa, ya sean omisiones, ya negligencias ya, genéricamente, defectos de gestión[27].

De tal modo, el administrador de la empresa designado por el causante en testamento tendrá respecto de la misma, y si otra cosa no se ha dispuesto, la posición de un apoderado general, gerente o factor de comercio *mortis causa*, pudiendo dirigirla y realizar todos los actos que pertenezcan al giro o tráfico de la empresa.

Por último, nos parece interesante en esta sede una referencia al Derecho Alemán, y ello, a pesar de que su sistema de adquisición de la herencia (el llamado francogermánico o de adquisición automática) es diferente al nuestro y, en principio, no existe herencia yacente, aunque sí herencia en administración. El empresario fallecido — aconseja la doctrina —, en los casos en que deje herederos menores de edad o, por otra causa sospeche y tema que los instituidos, debido a su falta de experiencia, no están a la altura de poder dirigir una empresa, nombrará un ejecutor del testamento o

---

[25] Apunta GITRAMA que *"además de esta consumición de las cosas que puede denominarse física o material, cabe hablar de consumibilidad jurídica cuando las tales cosas están destinadas a la enajenación o venta, como, por ejemplo, las mercancías de un comercio o almacén ; normalmente a estas otras cosas consumibles habrá que otorgarlas el mismo trato jurídico, darlas el destino que su naturaleza demanda, o sea, convertirlas en metálico"* (vid. La administración de herencia... cit., pág. 247).

[26] Cfr. GITRAMA, M. : op. cit., pág. 252.

[27] Cfr. GITRAMA, M. : op. cit., pág. 302.

albacea testamentario *(Testamentvollstrecker)*[28] que cuide de llevar a cabo esta labor. El albacea tiene en el B.G.B., como antes se ha indicado, la administración del caudal relicto (§ 2205), a no ser que de la voluntad del testador se desprenda otra cosa (§ 2208) ; existiendo dos tipos de albaceazgo : el de realización (*"Abwicklungsvolltreckung"*, §§ 2203-2207), y el de larga duración o permanente (*"Dauervollstreckung"*, §§ 2209 y 2010).

En materia de conservación de una empresa contenida en la sucesión, la institución de la ejecución testamentaria permanente[29] puede jugar un gran papel, y evitar, en algunas situaciones, la liquidación de la misma, hasta que un sucesor pueda hacerse cargo de ella.

Sin embargo, y a pesar de la aparente bondad de la institución para el caso en estudio, pronto surgen dificultades : en efecto, aunque el albacea testamentario está autorizado para ocuparse de las obligaciones exigidas por una ordenada administración de la herencia (§§ 2205 y 2206 B.G.B.) , no puede, mediante sus actos, mermar el derecho que tienen los herederos de hacer valer su limitación de responsabilidad por las deudas del caudal relicto (§ 2206.2 B.G.B.). ¿Qué ocurre entonces ? Pues que tal realidad conduce a una colisión entre las normas de Derecho Sucesorio y las de Derecho Mercantil, y deja abierto el interrogante de si es posible, y bajo qué circunstancias, la continuación de la empresa por medio de un albacea, y la posibilidad de que el mismo pueda inscribirse en el Registro Mercantil[30].

---

[28] HEINTZENBERG, R. : op. cit. pág. 49 .

Asimismo, WALDNER, W. y RAUSCH, G. : "Das Testament des Unternehmers", Beck-Rechtsberater im Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1997, pág. 83 : *"Motiv einer solchen Anordnung kann aber auch die Befürchtung sein, dass die eingesetzten Erben, z.B. wegen jugendlichen Alters oder mangelnder Erfahrung, der Führung des Unternehmers nicht gewachsen sein Könnten"*.

[29] No el albaceazgo de realización que es, en estos supuestos, absolutamente inapropiado. Vid. sobre la cuestión WALDNER, W. y RAUSCH, G. : op. cit., pág. 88.

[30] Cfr. HEINTZENBERG, R. : op. cit., pág. 51.

El albacea-administrador no es el titular de la empresa, ejerce el comercio en virtud de su cargo y no responde ilimitadamente con su patrimonio de las obligaciones corrientes, sólo puede obligar a la herencia (y nunca el patrimonio de los herederos) y en los límites de la misma. Esta limitación de la responsabilidad es, por otra parte, incompatible con el Derecho Mercantil, que sólo admite la misma en los supuestos de las empresas constituidas conforme a las formas jurídicas mercantiles, y no en las empresas individuales. De ahí que la continuación de la empresa mediante ejecutor-administrador testamentario choca contra los principios mercantiles y las necesidades de un seguro y ordenado tráfico jurídico[31].

De aquí que el deseo de compatibilizar ejecución testamentaria y empresa mercantil individual, por los muchos beneficios que le reportaría, sólo puede lograrse, según la doctrina alemana, acudiendo a dos construcciones jurídicas. La primera consiste en hacer del albacea un titular fiduciario de la empresa. En este caso, el ejecutor testamentario continúa el ejercicio de la empresa en su propio nombre como fiduciario de los herederos y por cuenta de éstos. En consecuencia, se inscribe en el Registro Mercantil y responde por las deudas que contraiga en su ejercicio empresarial con su patrimonio privado e ilimitadamente. Así pues, en tales ocasiones, el albacea habrá de reflexionar cuidadosamente acerca de si desea verdaderamente correr dicho riesgo personal[32].

La segunda posibilidad se refiere a que el albacea testamentario continúe la empresa en nombre de los herederos, como apoderado general de éstos. En esta ocasión serían los herederos, como titulares, los inscribibles en el Registro Mercantil, y el albacea ejercería la labor de dirección empresarial

---

[31] Cfr. HEINTZENBERG, R. : op. cit., págs. 51-52.

[32] Cfr. WALDNER, W. Y RAUSCH, G. : op. cit., pág. 88.

También recoge tal solución HEINTZENBERG (vid. op. cit., págs. 54-57) ; y en el PALANDT (Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München, 1997, pág. 2024) vid. comentario sub § 2205.

en virtud de los poderes otorgados por los herederos, a los que el testador ha impuesto tal obligación como condición en su disposición de última voluntad. Aquí no cabe ya duda de que los herederos quedan ilimitadamente responsables por las deudas de la empresa[33].

Únicamente mediante estas vías podrá el albacea-administrador en el Derecho Alemán preservar con vida la empresa del causante.

B) El nombramiento de un albacea

Concediendo el causante al albacea testamentario la facultad de administrar la herencia[34] no habrá problema alguno y, en realidad, nos encontraremos en un supuesto muy similar al anterior, con la diferencia de que las funciones de administrar la herencia y ejecutar la voluntad del testador se reúnen en un solo sujeto. Igualmente ocurre si se opta por uno de los albaceas universales regulados en nuestros Derechos Forales y permitidos (aunque no definidos) por el Código Civil (artículo 894 : *"El albacea puede ser universal o particular"*) ; reputándose universal el albacea cuando viene investido de todas las facultades necesarias para cumplir la voluntad del causante, desde el fallecimiento de éste hasta la adjudicación y entrega de los bienes a los herederos ; y particular cuando ostenta sólo una o varias atribuciones concretas señaladas por el causante, o en defecto de éstas, las que le atribuye la ley[35].

El problema surge cuando el causante, habiendo nombrado albacea, no le atribuye poderes algunos, entrando en función al artículo 902, el cual, a falta

[33] WALDNER, W. y RAUSCH, G. : op. et loc. últ. cit. ; PALANDT... cit., págs. 2024-2025.

[34] El artículo 901 del Código Civil dispone que *"Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes"*.

[35] Cfr. PUIG FERRIOL, L. : "El albaceazgo", Bosch, Barcelona, 1967, pág. 130.

de determinación por el testador de las facultades[36] del albacea, le confiere las que siguen[37] :

"1ª. Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento, y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2ª. Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y el beneplácito del heredero.

3ª. Vigilar la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4ª. Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes."

De aquí que la cuestión que se nos plantea es la siguiente : ¿puede y debe el albacea que ostenta las solas atribuciones legales gestionar provisionalmente la empresa durante la yacencia ? El artículo 902.4ª C.c. habla de *las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes*, ofreciéndonos así una vía de solución, pero, ¿cabe en tan reducido ámbito funcional la gestión empresarial ?

Lo primero que hemos de advertir es que el albacea que tiene sólo los poderes de los artículos 902 y 903 C.c. es un albacea particular. En nuestro Código esta figura del albacea se configura más que como un órgano de administración y disposición, como un órgano de vigilancia, cuyas funciones se

---

[36] La doctrina ha criticado el término "facultades" que utiliza el Código, pues se ha dicho que, si por considerar facultades todo lo que al albacea se le prescribe en el art. 902 C.c., fuese en él potestativo el cumplirlas o no, ese cargo estaría de más en los testamentos, cuando no lo regulara el propio testador (cfr. SCÆVOLA, Q. M. : Comentario de los artículos 901, 902 y 903, en "Comentarios del Código Civil" (revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA, F.), tomo XV, arts. 858 a 911. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, pág. 601). En realidad, esas facultades constituyen en los albaceas verdaderos deberes u obligaciones, ya respecto a terceros interesados, ya con relación a los herederos y principalmente a la memoria del testador y a sus últimos deseos, que religiosamente deben cumplirse (cfr. MANRESA Y NAVARRO, J.M. : "Comentarios al Código Civil español", Tomo VI, vol. II, Reus, Madrid, 1973, pág. 672). Y, en el mismo sentido, vid. BONEL Y SÁNCHEZ, R. : "Código Civil español comentado y concordado con el Derecho Foral vigente", tomo III, Barcelona, 1890, pág. 537).

[37] Facultades a las que hay que añadir la de disposición del art. 903 C.c. en los casos y con las condiciones en él dispuestas.

limitan a garantizar el cumplimiento de la voluntad testamentaria por los herederos[38].

Así pues, debe entenderse con ALBALADEJO que como, en principio, la misión del albacea particular no alcanza a la herencia[39], la facultad concedida en el artículo 902.4º se refiere simplemente a la adopción de medidas provisionales[40] para evitar la pérdida o deterioro de los bienes hereditarios, sin que, en absoluto, quede facultado para posesionarse de los mismos ni para administrarlos[41].

Además, tales medidas ni siquiera pueden ser adoptadas por el albacea solo. El Código Civil preceptúa la necesidad de la intervención de los

---

[38] Cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, A. : "Algunas consideraciones en torno al albaceazgo" en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro I", Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pág. 488.

[39] Cfr. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", tomo XII, vol. 2º, arts. 892 a 911. Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1979, pág. 178.

[40] Como ejemplo de estas medidas provisionales cita MANRESA (cfr. "Comentarios..." cit., tomo VI, pág. 686) : *"De aquí la necesidad de valorarlos* (los bienes), *de guardar bajo llave el dinero y papeles, de depositar los valores si se juzgase necesario, de sembrar o recolectar llegada su época, de abonar las tierras, de enajenar los frutos o géneros que puedan sufrir deterioro, de procurar pasto a los ganados o alimentos a otros semovientes, de evitar la ruina de los edificios practicando las reparaciones ordinarias que necesiten, etc. ..., todo cuando sea necesario para la conservación de los bienes, pues se trata de una especie de administración limitada y de carácter preventivo"*. Y en la misma línea se expresan SCÆVOLA (vid. Comentario de los artículos 901... cit., pág. 600) ; SANTAMARÍA (vid. "Comentarios al Código Civil", tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 869) ; DE CASTRO GARCÍA (vid. Comentario del artículo 902 C.c. en "Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia", tomo III, dir. Albácar López, J.L. y Castro García, J., Trivium, Madrid, 1991, pág. 938).

[41] Cfr. ALBALADEJO, M. : op. cit., pág. 179.

Y en el mismo sentido se pronuncian OSSORIO MORALES (vid. "Manual de Sucesión Testada", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, págs. 446, 447 y 453) ; GITRAMA (vid. "La administración de herencia..." cit., pág. 146) ; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (vid. op. cit., pág. 342) ; DE LA CÁMARA (vid. "Estudio sobre la representación legal..." cit., pág. 335) ; ALPAÑÉS DOMÍNGUEZ (vid. "Albaceazgo de realización y albaceazgo de entrega", en "Estudios de Derecho Privado II", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 625) ; PUIG BRUTAU (vid. op. cit., págs. 444-445) PUIG FERRIOL (vid. Comentario del artículo 902 C.c., en "Comentario del Código Civil", Ministerio de Justicia, tomo I. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 2194) ; DE CASTRO GARCÍA (vid. op. cit., pág. 938)..., entre otros muchos. A los que hay que añadir los comentaristas clásicos : FALCÓN (vid. "Código Civil español", tomo III, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1889, pág. 281) ; SCÆVOLA (vid. Comentario de los artículos 901... cit., págs. 598 y ss.) ; MANRESA Y NAVARRO (vid. "Comentarios..." cit., tomo VI, pág. 686).

herederos presentes. De modo que, cuando los herederos sean conocidos y determinados se deberá contar con ellos (como, por otra parte, el Código, en su artículo 999, concede al heredero aún no aceptante la posibilidad de realizar actos de mera conservación o administración provisional, es lógico que se requiera su intervención[42]), únicamente en el caso contrario el albacea podrá (y deberá) adoptar por sí mismo estas medidas de conservación y custodia[43]. Según ALBALADEJO, tal participación de los herederos presentes, quiere decir que han de intervenir y *estar de acuerdo* con las medidas del albacea (o que éste adopte las que ellos sugieran), pues, faltando el acuerdo con el heredero presente o con la mayoría si son varios, deberá el albacea desistir de aplicar lo que decidió[44].

Según lo dicho resulta que no parece posible que un albacea pueda y deba, en virtud de la facultad-deber del artículo 902.4ª C.c., afrontar, aunque sea provisionalmente, la gestión y explotación de una empresa incluida en la herencia, pues, fijémonos bien en la letra del precepto: *"tomar las precauciones..."*, y es que es justo a eso a lo que se reduce su ámbito, a la simple toma de precauciones para la conservación y custodia de los bienes. Por ende, ni siquiera se está encargando al albacea de forma directa y más o menos definitiva que conserve y custodie el caudal relicto, sino sólo que tome las precauciones necesarias para tales custodia y conservación[45], que pueden concretarse en la solicitud al juez competente del nombramiento de un administrador para la empresa.

---

[42] Cfr. MONTERO RÍOS, J.B. : "Estudios sobre la ejecución testamentaria", R.D.P., 1970, pág. 225.

[43] Cfr. DE LA CÁMARA, M. : "Estudio sobre la representación legal..." cit., pág. 335.

[44] Cfr. op. cit., págs. 180 y 181.

MONTERO RÍOS entiende sin embargo que, en caso de conflicto entre ejecutor y herederos, prevalecerán las decisiones de aquél, puesto que éstos pueden, una vez aceptada la herencia, recabar la plena administración de los bienes hereditarios o, en su caso, promover la decisión judicial oportuna sobre el particular, con lo que pondrán fin a estas funciones del albacea, temporales y supletorias (cfr. op. cit., pág. 225).

[45] Cfr. ALBALADEJO, M. : op. cit., pág. 179.

Los albaceas son ejecutores testamentarios encargados de que tenga efectividad lo dispuesto en el testamento[46], y sus competencias no creemos que puedan alcanzar la gestión de una empresa, función para la que, la mayor parte de las ocasiones, ni siquiera estará capacitado.

En este sentido, ha señalado muy acertadamente DÍEZ PICAZO que, siendo el albacea el ejecutor de la última voluntad del causante, ¿cómo puede convertirse él mismo en empresario, aunque sea interina o provisionalmente? Para este autor tal posibilidad no es factible porque en el menguado contenido funcional del art. 902.4ª C.c. es difícil que quepa la dirección de una empresa[47]. Y la misma postura negativa adoptan SIMO SANTONJA[48] y VALLET MÁS[49]. Y muy recientemente FERNÁNDEZ GIMENO ha optado por la solución idéntica, entendiendo que las facultades del citado precepto configuran una administración provisional, para la realización de las actuaciones necesarias y no más allá, hasta tanto se provea al nombramiento de administrador. Medidas necesarias entre las cuales se halla la de promover el nombramiento de un administrador que ejercitaría la empresa[50].

En el lado opuesto parece encontrarse POLO, el cual entiende posible sostener la capacidad del albacea para la dirección de la empresa, afirmando que: *"si la herencia es de empresa, puede el albacea administrarla y representarla — explotarla en una palabra — como si fuera factor de la misma*

---

[46] Cfr. OSSORIO MORALES, J. : op. cit., pág. 423.

[47] Cfr. op. cit., pág. 318.

[48] Expone este autor: *"No creo que los problemas de continuidad se resuelvan con el nombramiento de un albacea, ya que sus facultades de "conservación y custodia de los bienes", tal y como indica el artículo 902, parecen de menguado contenido frente a lo que supone la dirección de una empresa. No creo, sinceramente, que el albacea pueda pasar de velar por la ejecución del testamento a convertirse en empresario, aunque sea interina o provisionalmente"* (vid. op. cit., pág. 130).

[49] Vid. op. cit., págs. 210-211.

[50] Cfr. op. cit., pág. 72.

hasta el momento de su aceptación por el heredero, sobre todo teniendo en cuenta que las facultades de administración son lógicamente mucho más amplias en la esfera mercantil que en la puramente civil"[51]. Dicho criterio, sin embargo, no resulta procedente, pues el autor, que cita a ALBALADEJO, se está refiriendo a un albacea universal (que evidentemente, no nos cabe duda, podría gestionar la empresa), y el albacea con las solas atribuciones legales es particular[52]. Incurre, por tanto, el autor en un error de principio, ya que no se cuestiona aquí que el albacea universal pueda administrar y gestionar la empresa hasta que los llamados acepten, lo que se trata de saber es si puede hacerlo el albacea particular sobre la base del artículo 902.4ª del Código Civil[53].

Moderado y práctico se muestra, por su parte, DE LA CÁMARA que, entendiendo que la conservación y custodia de un establecimiento mercantil tiene obligadamente signo dinámico, de modo que no es posible conservar la empresa si su tráfico se paraliza, estima que el albacea incumpliría su misión de procurar la conservación de los bienes hereditarios si no hiciese lo necesario para la prosecución del giro del establecimiento. Por ello que debe reputarse facultado para cumplir los actos imprescindibles a tal fin, aunque no

---

[51] Cfr. op. cit., págs. 12-13.

[52] Dice POLO (ibídem) : *"...como ha señalado oportunamente ALBALADEJO, las facultades de conservación y custodia de los bienes de los albaceas universales no se ciñen a la ejecución del testamento en sentido estricto, sino también a la administración del caudal relicto y representación de la herencia ... compitiendo al albacea apoderarse de la herencia, administrarla y gestionar lo relativo a ella... y hasta enajenar.(...)*

El albacea universal está, pues, perfectamente capacitado para actuar como factor o gerente de la empresa y, por consiguiente, para administrarla y representarla hasta el momento de la aceptación por el heredero, solución que no solamente es conforme con cuanto establece nuestro Derecho positivo, sino que cumple igualmente con aquella exigencia o finalidad perseguida por la seguridad del tráfico — la estabilidad de la empresa — que es una de las aspiraciones esenciales del Derecho Mercantil"

[53] La posición de este autor no es, en consecuencia, contraria a la que aquí se sostiene, pues se está refiriendo a un supuesto distinto : el albacea universal, en cuyo amplio ámbito competencial entra, estamos de acuerdo, la administración de la empresa que forma parte del caudal relicto.

pueda adoptar ninguna otra medida relacionada con la explotación, salvo que, de no adoptarla, aquélla se paralice[54].

Como puede observarse, no difiere ésta de nuestra opinión. En realidad *"los actos imprescindibles a tal fin"* no son otros que *"las precauciones"* que decía ALBALADEJO, y que nosotros concretamos en la solicitud del nombramiento de un administrador judicial para la empresa.

Por último hemos de estudiar la posibilidad de que pueda el albacea nombrar un factor o representante voluntario para la empresa. En principio, habrá que atender a lo dispuesto en el testamento, ya que el artículo 909 C.c. dispone que el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador. Ergo, si del testamento no se desprende lo contrario, la respuesta habrá de ser negativa, pues el albaceazgo es un cargo de confianza, debiendo ser la interpretación, además, de carácter restrictivo. No obstante, la jurisprudencia ha mitigado un poco el rigor del precepto, estableciendo que lo que el Código prohibe es la delegación íntegra y absoluta, no la parcial, que viene a ser un gran elemento de ayuda a la gestión del albacea[55]. Así que, como afirma DE LA CÁMARA, no cabe excluir totalmente la posibilidad de que un albacea con facultades de administrar (o universal) o un administrador testamentario nombre un factor o apoderado general para la administración y llevanza del establecimiento o establecimientos que pudieran existir en la sucesión, incluso cuando el testamento no se pronuncie expresamente en sentido afirmativo ; pero, en caso de que la interpretación no esté muy clara al respecto, habrá que decidir el problema en función del carácter personalísimo del cargo[56].

---

[54] Cfr. "Estudio sobre la representación legal..." cit., pág. 335.

[55] Cfr. GITRAMA, M. : La administración de herencia... cit., pág. 245.

[56] Cfr. "Estudios sobre la representación legal..." cit., pág. 383.

Esto, como se ha dicho, en cuanto a los administradores, los albaceas que han recibido la facultad de administrar y los universales ; mas, por lo que atañe a los albaceas que tienen sólo las atribuciones legales, no dudamos en negarles la posibilidad de nombramiento de factor, dado que, no correspondiéndoles el poder de administrar, difícilmente podrán delegar una facultad que no tienen.

III. LA CONTINUIDAD NO ORGANIZADA POR EL EMPRESARIO

La realización del principio de continuidad de la empresa se hace más difícil en los casos en que el causante no prevé en su testamento la administración o gestión de la misma durante la yacencia, o simplemente, no existe testamento.

Así pues, en estos supuestos, y a los fines de evitar que la empresa que forma parte de la herencia se paralice, perdiéndose o menoscabándose con ello su aviamiento, ¿es posible que los llamados la ejerciten durante este periodo de yacencia sin tomar la cualidad de empresario, y por tanto, la de herederos ?, es decir, ¿supondría la gestión de la empresa aceptación tácita de la herencia ?

Según dispone el artículo 999.3º del Código Civil, aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. A partir de dicho texto legal, ha interpretado la jurisprudencia que para que un acto tenga la consideración de aceptación tácita de la herencia ha de tener una de estas dos calidades : o la de revelar necesariamente la voluntad de aceptar, es decir, revelar sin duda alguna que, al realizarse, el agente quería aceptar la

herencia ; o la de ser su ejecución facultad del heredero, pero no del que no lo sea[57].

Hay, pues, en la aceptación tácita un fuerte componente subjetivo : se habrá de atender a la intención del autor del acto, aunque, bien entendido que éste se juzgará objetivamente, interpretando la conducta del llamado según el comportamiento normal de personas razonables[58]. Por otra parte, si el acto es de los que nunca habría derecho a ejercitar sino en calidad de heredero, no valdrá la manifestación de una voluntad contraria por sí sola, pues la protesta únicamente puede tener eficacia jurídica cuando el hecho por sí mismo se presta a una doble interpretación, en otro caso, *protestatio contra factum non valet*[59].

La interpretación, no obstante, habrá de ser en todo caso restrictiva, ya que así lo impone el adverbio *"necesariamente"* utilizado por el legislador en la redacción de dicho precepto[60].

[57] Cfr. S.T.S. de 27 de Abril de 1955, R.J.A. 1955/1554, CDO. 1º.

Igualmente la S.T.S. de 15 de Junio de 1982 (R.J.A. 1982/3426), CDO. 3º, y en el 4º añade : "Que nuestra doctrina y jurisprudencia, bajo el milenario influjo del Derecho romano, ante la imposibilidad de fijar «ex lege» todos los actos que pudieran implicar aceptación de la herencia, opta por atribuir este efecto a aquellos actos que, más que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención del querer ser o manifestarse como herederos — «pro herede gestio», con la salvedad del «pietatis y el custodiae causa» — es decir, de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para decidirse después a aceptar ; en suma, como decían las Partidas (6,6,11) realizar «actos de señor», que sólo pudiera realizar el causante o su sucesor, y éste con la intención del tal, o, como se indica en la S. De 27 de abril 1955, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia o la de ser su ejecución facultad del heredero".

Siguen a ésta, las S.S.T.S. de 24 de Noviembre de 1992, F.D. 7º (R.J.A. 1992/9367) ; 29 Enero 1996, F.D. 2º (R.J.A. 1996/6248) ; 9 Mayo 1997, F.D. 3º (R.J.A. 1997/3879) ; 20 Enero 1998, F.D. 3º (R.J.A. 1998/57) ; etc.

[58] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. : op. cit., pág. 287.

[59] Ibídem.

[60] Cfr. ROYO MARTÍNEZ, M. : op. cit., pág. 280. Y en el mismo sentido LLEDÓ YAGÜE, F. : op. cit., pág. 99.

El propio Código en el párrafo cuarto del mismo artículo 999 no considera transcendentes a los efectos de la aceptación tácita los *actos de mera conservación o administración provisional, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero*[61]. De este precepto se desprenden dos conclusiones, la primera es que tales actos conservativos o de administración provisional no implican de suyo y sin más *"pro haerede gestio"*[62], o *"actos de señor"*[63] o aceptación tácita de la herencia ; y la segunda, que el heredero o herederos llamados están legitimados para llevarlos a cabo, que es lo que aquí

---

[61] El Código responde así a la doctrina recogida en la Ley 11, Título VI, Partida VI que establecía que *"... si algund ome que ouiesse derecho de heredar los bienes de otri, vsasse de la heredad ó de los bienes del muerto, non con la entención de ser heredero ; mas mouiendosse por piedad, assi como en fazer guarescer los sieruos si fueraen enfermos, ó en darles á comer, ó les dar otras cosas que les fuessen menester, ó en guardar la heredad é los bienes della, porque se non perdiessen, nin se menoscauassen, por tal vso como éste, dezimos que non se muestra que quiere ser heredero ; pero porque de tal vsanza, como sobredicho es, non nazca ende dubda, si la fizo con entención de ser heredero o non, esta atal deue dezir é afrontar manifiestamente ante algunos omes, como lo face por piedad, é non con voluntad de ser heredero"*.

La norma contenida en el párrafo señalado trata de impedir que el acto de mera conservación o administración provisional, por sí solo, pueda provocar la aceptación de la herencia ; por ello dice que únicamente habrá lugar a ésta si se realiza en función de la cualidad de heredero. De ahí que, en realidad, esta cuestión se encontrará siempre supeditada al concreto examen de las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr. LETE DEL RÍO, J.M. : Comentario del art. 999 del Código Civil en "Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia", Tomo III (Dir. Albácar López, J.L. y Castro García, J)., Trivium, Madrid, 1991, pág. 1119).

Afirma MANRESA que, tomando el llamado dicho título de heredero, de modo formal, mediante manifestación que produzca efectos jurídicos contra el que la hace, debe entenderse que quiso aceptar. Para que prevalezca lo contrario, a falta de conformidad entre los interesados, es necesario que el sucesor pruebe que fue otra su intención, y que judicialmente se declare que se tomó el título o cualidad de heredero en el sentido de ser llamado a suceder, y no en el de querer aceptar la sucesión (cfr. "Comentarios al Código Civil español", tomo VII, Reus, Madrid, 1956, pág. 466).

La posibilidad de que el llamado realice dichos actos sin que se considere aceptante la encontramos también en el Derecho Civil Foral de Cataluña, cuyo Código de Sucesiones por causa de muerte contiene, en su artículo 8.1, la siguiente disposición : *"Yacente la herencia, el heredero puede realizar exclusivamente actos posesorios, de conservación, vigilancia y administración de la herencia, y promover interdictos en defensa de los bienes. Dichos actos por sí solos no implican aceptación, salvo que con ellos se tomara el título o la calidad de heredero"*.

[62] ULPIANO, Dig. 29, 2, 20.

[63] Partida VI, Título VI, Ley 11.

nos interesa[64]. Es decir, parece que la delación brinda al llamado (en testamento o ab intestato), aun antes de que acepte, un complejo de importantes facultades precautorias y de gestión, que le competen por el mero hecho de ser llamado[65].

La razón de este precepto, según GITRAMA, está en el hecho de que, a veces, transcurre un tiempo prolongado entre la apertura de la sucesión y la aceptación o repudiación de la herencia, y no se quiere que el heredero o herederos asuman una actitud meramente pasiva con perjuicio de dicha herencia, máxime si se hallaban al lado del causante en el momento de su fallecimiento[66].

En consecuencia, en principio, parece que, a falta de factor o gerente, administrador o albacea con facultades de administrar, podrá el llamado, antes de la aceptación, realizar la gestión provisional de la empresa a los fines de su continuidad, sin que ello implique *"pro haerede gestio"*. Sin embargo, surge en relación a ello — como indica DÍEZ PICAZO — una dificultad de tipo dogmático : el normal giro y tráfico de un establecimiento exige la realización de una serie de actos que, con arreglo a unos rigurosos esquemas conceptuales, es muy difícil tildar de actos de administración provisional, porque parecen, en realidad, actos no de administración sino de disposición (v. gr. dar salida, vendiéndolos, a los productos de la empresa ; disponer de los fondos depositados en cuentas ; utilización de los medios normales de financiación de la empresa, etc. ...)[67]. De aquí que, como vemos, la cuestión no es tan clara, debido a que si la explotación provisional y conservadora de la

[64] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Compendio de Derecho Sucesorio", La Ley, Madrid, 1990, pág. 15.

[65] Cfr. ROYO MARTÍNEZ, M. : op. cit., pág. 60.

[66] Cfr. Comentario del artículo 999 C.c., en los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" (dir. M. Albaladejo), tomo XIV, vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 213.

[67] Cfr. op. cit., págs. 318 y 319.

empresa supone disposición, entramos en el terreno de la aceptación tácita de la herencia, de donde hay que deducir que el problema de la legitimación del llamado para llevar a cabo la actividad de empresa durante el tiempo de la yacencia surge exclusivamente en función de la permanencia en el mismo de la cualidad de llamado[68].

En la doctrina italiana, el tema que nos ocupa ha dividido las opiniones de mercantilistas y civilistas, pues, si para los primeros la actividad de empresa exorbita los normales poderes del llamado tal que, o bien le estaría prohibida si desea permanecer en esta cualidad, o sólo se admitiría en el caso en que de la interrupción se derivara para la empresa un daño grave e irreparable ; para los cultivadores del Derecho Civil, en cambio, es posible hablar de actividad conservativa limitada cuando se realicen determinados actos inherentes a la gestión corriente de la empresa[69]. Y en España, aunque la producción sobre el tema es mucho menor, el estado de la cuestión no es diferente.

Estas distintas posturas descienden de algunos principios generales típicos de ambos sectores del ordenamiento : de un lado, para los mercantilistas, el principio de la efectividad del ejercicio de la empresa como elemento necesario y suficiente para la asunción de la calificación de empresario ; del carácter excepcional de la empresa sin empresario ; de la no posibilidad de distinción entre los actos de la empresa, a los fines de cualquier relevancia jurídica, en actos conservativos y de otra naturaleza ; y, finalmente, del riesgo de empresa que acompaña necesariamente la actividad del empresario sobre el plano de la responsabilidad. Y, por otro lado, para los civilistas juegan los principios de la interpretación restrictiva de la aceptación tácita, de la irrelevancia, a efectos de aquélla, de los actos conservativos en el

[68] Cfr. BARONE, R. y FERRERO, P. : "La successione dell'imprenditore individuale" en la obra colectiva : "Azienda ed impresa, individuale e collettiva nella succesione mortis causa : problemi di diritto civile e tributario", Giornata di studio organizzata dal Comitato Notarile Interregionale Piemonte e Valle d'Aosta. Torino, 23-1-1982, Supplemento a Vita Notarile N. 5/1983, Nuovi Quaderni, N. 2, pág. 19.

[69] Ibídem.

periodo de yacencia ; así como la distinta consideración, respecto a la doctrina mercantilista, de la actividad de empresa[70].

Las interrogantes que el tema suscita son múltiples : ¿cómo puede hablarse de empresa sin empresario ?, ¿de actividad de gestión conservativa que no signifique actividad de empresa, asunción de cualidad de empresario y, por ello, de heredero ?, ¿de gestión de la empresa sin responsabilidad ?, y sobre el plano sucesorio, ¿cómo podría el llamado gestionar la empresa sin devenir heredero por la aceptación tácita ?

Dada la dificultad del problema que se plantea, una primera solución simplista sería negar que el llamado pueda, sin perder tal cualidad, desarrollar provisionalmente la actividad empresarial. Pero, la adopción de este criterio supondría un daño casi seguro para los herederos, para la empresa y para los terceros, en cuanto que es bastante improbable que la inactividad no provoque daño[71].

Por consiguiente, se hace preciso encontrar una solución que tutele todos los intereses en juego, para ello examinemos, en primer lugar, la posición jurídica del llamado respecto a los bienes de la herencia antes de la aceptación y el ámbito de sus poderes ; después, veremos las opiniones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la posibilidad o conveniencia de que el llamado gestione la empresa durante el tiempo de yacencia y sin que ello signifique la aceptación ; expresando, finalmente, nuestra tesis al respecto.

1. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL LLAMADO ANTES DE LA ACEPTACIÓN

[70] BARONE, R. y FERRERO, P. : op. cit., págs. 19-20.

[71] Cfr. BARONE, R. y FERRERO, P : op. cit., pág. 20.

¿Qué posición jurídica tienen los llamados respecto de los bienes de la herencia antes de la aceptación de ésta ? Las posturas doctrinales sobre la materia se dividen entre los que consideran al llamado que se encarga de la guarda y conservación del caudal relicto durante la yacencia como un gestor de negocios ajenos, y los que entienden que el llamado tiene, no la posibilidad, sino el deber general de administrar provisionalmente los bienes hereditarios.

Partidario de la primera opinión es LACRUZ, para quien el tenor literal del artículo 999.4º del Código Civil no confiere especial legitimación al llamado para los actos de mera conservación o administración provisional, por lo que, cuando el mismo los realice, habrá de ser considerado como un extraño con relación a los bienes y, si luego repudia, debe ser tratado como un gestor de negocios sin mandato[72]. Si, por el contrario, acepta la herencia, la confusión entre su condición de gestor y de *dominus negotii*, va a hacer recaer sobre su persona, como heredero, las consecuencias de su gestión anterior. A pesar de todo, sostiene que el llamado a la herencia tiene un derecho distinto del de cualquier extraño para realizar tales actos ; su vocación hereditaria le concede una preferencia en la gestión de los negocios de la herencia, de manera que podrá excluir de ella a cualquier extraño o heredero de grado inferior[73].

El mismo criterio defiende ROCA SASTRE, según el cual el heredero electo puede, si quiere, efectuar los actos de mera conservación y administración provisional durante la yacencia, ya que para él no es una obligación. Una vez realizados tales actos, si el llamado repudia, deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley al gestor oficioso, pues así ha de ser conceptuado[74].

---

[72] Para LACRUZ se trata de la única interpretación convincente habida cuenta de los antecedentes históricos, pues las Partidas (6,6,11) hablan de que el heredero "use de la heredad o de los bienes del muerto, no con intención de ser heredero, sino moviéndose por piedad", que es — según advierte — el supuesto de la gestión oficiosa (op. cit., pág. 420).

[73] Cfr. ibídem.

[74] Cfr. "Notas al Derecho de Sucesiones de T. KIPP", en ENNECERUS-KIPP-WOLF : Tratado de Derecho Civil, tomo V, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 291-292.

Frente a tales posturas, señaló MANRESA que la realización de los actos de mera conservación o administración provisional supone para el llamado, más que el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, porque los bienes del causante no pueden quedar, a su muerte, abandonados. Necesario es cuidarlos y conservarlos. Y, si a tenor del artículo 440 C.c. resulta dudoso que deban los llamados administrar provisionalmente la herencia antes de su adición, el artículo 999.4º no alberga dudas al respecto. De manera que, para este autor, habiendo herederos, no existiendo entre ellos cuestiones pendientes, no siendo necesario el juicio de testamentaría, ni habiéndose solicitado el beneficio de inventario, los llamados, solos como tales y albaceas legítimos, o de acuerdo con el albacea testamentario, ejercen la administración provisional[75].

Del mismo modo, refiriéndose concretamente a la gestión de la empresa durante la yacencia de la herencia, estima DÍEZ PICAZO que el llamado a la herencia no sólo puede, sino que incluso debe, realizar estos actos sin que ello suponga *"pro haerede gestio"* ni, por tanto, aceptación tácita de la herencia ; si bien reconoce que la articulación de tal deber resulta un tanto extraña y no deja de suscitar dificultades. Para este autor, sin embargo, existe un deber de conservación derivado del deber de entrega de los bienes que pesa sobre el primer llamado en relación a los ulteriores destinatarios[76]. Y ello

En igual sentido se pronuncia VALLET DE GOYTISOLO entendiendo que, cuando falta la previsión del causante, la administración provisional o conservatoria corresponde a los llamados a la herencia, aunque no de modo obligatorio, sino voluntario para ellos (Cfr. "Panorama de Derecho de Sucesiones, II. Perspectiva dinámica", Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984, págs. 172-173).

[75] Cfr. Comentarios ... cit., tomo VII, pág. 472.

En el mismo sentido se pronuncia GITRAMA al estimar que el artículo 999 comporta deberes generales de guarda, cuidado y conservación de los bienes del causante, que no pueden quedar abandonados (cfr. "La administración de la herencia..." cit., pág. 68 ; "Los supuestos de administración de la herencia", R.D.P. 1948, pág. 127 ; y en su Comentario del art. 999 en los "Comentarios al Código Civil..." cit., pág. 212).

[76] Señala el autor :*"Por supuesto el deber a que aludo no existe cuando el llamado es el único posible destinatario de la empresa. Existe, en cambio agudamente, a mi juicio, cuando existen otros posibles destinatarios (legatario de la herencia a quien el heredero debe*

porque el deber de entregar comporta, con arreglo al artículo 1094 C.c., la obligación de conservar la cosa que ha de ser objeto de entrega con la diligencia del buen padre de familia. El llamado a la herencia tiene pues, — afirma — no sólo un poder, sino también un deber de velar por la conservación de los bienes hereditarios, y cuando en la herencia existe una empresa mercantil, la conservación implica la continuidad del negocio, porque el cierre o cese de las actividades supone una merma evidente del valor de este bien[77].

Recientemente se ha pronunciado sobre esta polémica SÁNCHEZ HERNÁNDEZ quien, tras negar que el llamado pueda considerarse, antes de la aceptación, ni poseedor civilísimo, ni gestor de negocios ajenos[78], defiende su configuración como "administrador legal", al que se le permite realizar actos de administración ordinaria y, con control judicial, actos de administración extraordinaria, así como ciertos actos de disposición, pudiendo representar judicial y extrajudicialmente a la herencia[79].

Esta construcción atiende a los intereses en juego: logra la más perfecta continuidad en las relaciones jurídicas que fueron del causante, evitando que los terceros promuevan la puesta en administración judicial de la herencia; además la eficacia de los actos desarrollados frente al llamado no depende, en este caso, de un criterio inseguro y difícil como es el de la gestión de negocios ajenos; y por último, se tiene en cuenta que el interés del llamado

---

entregársela, conforme al artículo 885 C.c., herederos llamados en suborden...) (vid. op. cit., pág. 319).

Creemos, no obstante, que si el deber de conservar existe cuando hay otros posibles destinatarios ulteriores, existirá siempre, ya que no habiendo sustitutos de los primeramente llamados repudiantes, tiene lugar la sucesión intestada (art. 912.3° C.c.). De modo que siempre habrá algún destinatario de la herencia, aunque sea el Estado.

[77] Ibídem.

Y en el mismo sentido vid. SIMO SANTONJA, V. : op. cit., pág. 130.

[78] Ello supondría negarle una especial legitimación para la gestión e igualarlo a cualquier extraño que gestione el patrimonio hereditario (cfr. op. cit., pág. 398).

[79] Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. : op. cit., pág. 399.

es principal, siendo gravosa la administración judicial promovida por terceros, cuyos gastos recaerán sobre la herencia misma[80].

Para esta autora no es de acogida la postura que entiende realizados los actos de administración provisional por el llamado repudiante en concepto de "gestor de negocios ajenos", pues estima necesario distinguir entre lo que es gestión de deberes ajenos y el cumplimiento de obligaciones personales sobre la gestión de los bienes o las atenciones de circunstancias de carácter personal. Por lo que, a este respecto, encuentra directamente aplicables las normas de liquidación de la gestión posesoria referidas a los gastos y a las mejoras relacionadas con la buena y mala fe[81].

En Italia la cuestión tampoco está resuelta, ya que el Código Civil de 1942, contrariamente al de 1865 que calificaba al llamado como *curador de derecho* de los bienes hereditarios, dejó a la doctrina la definición del concepto o del título sobre cuya base el llamado administra la herencia en la fase de la yacencia[82]. Por otra parte, el tema se complica al distinguir el Código Civil italiano, a la hora de regular la administración por el llamado, según éste sea o no poseedor de los bienes hereditarios. La administración del no poseedor se regula en el artículo 460 C.c., y es meramente provisional, en tanto no se nombre el curador de la herencia yacente del artículo 528 C.c. En cambio, la administración del llamado que está en posesión de los bienes hereditarios, reglada en los artículos 485 y 486 C.c., en sede de aceptación a beneficio de

---

[80] Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. : op. cit., pág. 400.

[81] Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. : op. cit., pág. 401.

Afirma la autora que *"de no haber sido prevista la misma por el propio causante (quien tiene facultades para regular la liquidación para el caso de la repudiación), rigen las reglas de la autonomía de la voluntad : productividad de los bienes, enriquecimiento sin causa y buena fe. En su defecto serán susceptibles de aplicación las referentes al régimen de liquidación del estado posesorio y las de la gestión de negocios ajenos, para los actos relacionados con el art. 1894 C.c."* (op. cit., pág. 402).

[82] Vid. Relazione al Codice Civile, nº 226.

inventario, es de carácter más amplio, pues, en estos casos, no se procede al nombramiento de curador[83].

En la doctrina, sobre la posición jurídica del llamado, vienen sosteniéndose dos posturas :

a) La primera afirma que, en el actual ordenamiento, como en el anterior, el llamado aparece como *"curador de derecho"*.

Para poder configurar al llamado en la etapa de yacencia como curador de derecho de los bienes del caudal hereditario, son necesarios dos requisitos : por un lado que el llamado no sólo tenga la facultad, sino también la obligación de administrar y ocuparse de la herencia, y ello porque la curatela es un oficio, y la esencia del oficio es el deber y no el poder o la facultad ; y por otro que el interés en la conservación de los bienes no sea únicamente personal del llamado, mas ajeno, ya sea de otro sujeto, de la ley, o de la herencia considerada objetivamente[84].

La búsqueda de este interés ajeno es complicada, ya que el mismo (considerado objetivamente, en cuanto interés social de la conservación de los bienes ; o subjetivamente, como interés del futuro heredero) no se llega nunca a desvincular totalmente del interés subjetivo del llamado, como heredero eventual. Sin embargo — advierte NATOLI[85]— la ajeneidad del interés administrado por el llamado es puesta en evidencia por todas las disposiciones del Código que regulan la administración del llamado ; así el art. 460 habla de

---

[83] Según se ha afirmado, la razón de la solución normativa adoptada por el Codice Civile se encuentra en los estrechos límites de tiempo impuestos al sujeto poseedor para que decida su posición respecto de la herencia (vid. UGAS, A.P. : "Sui poteri del chiamato all'eredità", Riv. Giur. Sar., 1990, pág. 684).

[84] Cfr. NATOLI, U. : "L'amministrazione dei beni ereditari, vol. I, L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947, pág. 114.

[85] Cfr. op. cit., págs. 114 y ss.

"la tutela de los bienes hereditarios", el 486 atribuye al llamado poseedor "la representación de la herencia"..., siendo éste el interés que prevalece.

Para el autor, por otra parte, es también posible construir la obligatoriedad de la administración del llamado, pues es indiscutible que el legislador ha sentido la conservación de la herencia como un hecho necesario, como una exigencia imprescindible ; y sería extraño que, confiando al llamado dicha administración, hubiera querido hacer depender la consecución del fin perseguido del arbitrio subjetivo del mismo llamado[86].

Consecuentemente, y sobre la base de la ajeneidad del interés y la necesidad de su satisfacción, construye NATOLI la figura del llamado como *curador de derecho*, sosteniendo que el llamado, esté o no en posesión de los bienes de la herencia, *debe* ocuparse de la administración, pues su posición es de necesidad y no de simple posibilidad[87].

Esta línea de pensamiento es compartida, con algunas matizaciones, por JANUZZI y, siguiendo a éste, por los notarios BARONE y FERRERO, para quienes sólo el llamado que está en posesión de los bienes de la herencia puede calificarse como *curador de derecho*, pues no ven como a un llamado no poseedor, que podría ser del todo extraño al patrimonio hereditario, pueda imponerse un deber de gestión del mismo[88].

b) La segunda postura niega que el llamado, antes de la aceptación, se considere *"curador de derecho"* de los bienes del difunto.

---

[86] Cfr. NATOLI, U. : op. cit., pág. 119.

[87] Vid. NATOLI, U. : op. cit., pág. 120.

Y de la misma opinión son, entre otros, AZZARITI (vid. "Ambito normativo dell'art. 460 C.c. sui poteri del chiamato all'eredità prima dell'accettazione", Giur. Mer., 1990, pág. 4), y DI PAOLA (vid. "Su alcuni poteri del chiamato all'eredità prima dell'accettazione : dispute vecchie e nuove", Il Quadr., 1992, pág. 108).

[88] Cfr. BARONE, R. y FERRERO, P. : op. cit., pág. 21.

Así lo advierte RADAELLI[89], según el cual, el que administra un interés propio, y exclusivamente propio, como es el caso del llamado, no puede calificarse de curador[90]. Si fuera tal, y tratándose de un oficio, sus poderes serían al mismo tiempo deberes, y podría ser removido y sustituido a solicitud de los interesados. Además, si renunciase posteriormente a la herencia, tendría obligación de rendir cuentas de su gestión a los sucesivos llamados, siendo responsable frente al heredero de los daños causados en los bienes por su culpa. Sin embargo, no existe norma alguna en el Código que prevea tales supuestos[91].

Igualmente, señala FERRI, que el llamado es siempre administrador en su propio interés, y como tal puede, no debe, administrar los bienes hereditarios. Esta tesis se sostiene sobre el dato literal del art. 460 C.c. (*el llamado puede...*) y de la rúbrica del mismo precepto (*"Poderes del llamado antes de la aceptación*), en comparación con la del art. 529 acerca del curador de la herencia yacente (*"Obligaciones del curador"*). Y además está el hecho de que el llamado no incurre en responsabilidad alguna si no administra los bienes, si no vigila, etc. ... ; de modo que puede desinteresarse absolutamente de la herencia. A ello hay que añadir el distinto interés de actuar que tienen el llamado y el curador : interés ajeno por definición de este último (el interés de la herencia) ; e interés propio del primero[92]. Advierte, por tanto, el autor italiano que, no existiendo deber de gestión, si el llamado lleva a cabo actos de

---

[89] Cfr. "L'eredità giacente", Società Editrice Libraria. Roma-Milano-Napoli, 1948.

[90] *"... il chiamato, prima dell'accettazione, non può considerarsi quale curatore (di diritto) dell'eredità, se non lo si intenda come curatore della cosa sua"* (op. cit., pág. 144).

[91] Cfr. RADAELLI, U. : op. cit., pág. 145.

[92] Cfr. "Successioni in generale", en "Commentario del Codice Civile" a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro II, Delle Successioni. Nicola Zanichelli Editore, Bologna y Società Editrice Foro Italiano, Roma, 1965, págs. 111 y 112.

Y en la misma dirección vid. GIARDINI, F. : "Poteri del chiamato e giacenza della eredità", N.Giur.Civ.Co., 1992 I, pág. 294.

conservación y administración, y luego repudia, habrá de considerarse gestor de negocios ajenos[93].

Por nuestra parte, creemos que la delación legitima al llamado para la realización de actos de conservación y administración temporal de la herencia, es decir, le confiere una especial posición de administrador provisional para los casos en que el testador no haya encomendado a ninguna otra persona el cuidado de los bienes (e incluso en los de existencia de albacea testamentario, pues recordemos el tenor literal del art. 902.4ª C.c. en relación a las facultades del albacea: "Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, *con intervención de los herederos presentes*"); posición especial que, de ningún modo, puede igualarse a la de cualquier otro tercero que administre la herencia como gestor de negocios ajenos. Acertadamente decía LACRUZ[94] que el llamado puede, con su administración, excluir de la gestión de los negocios hereditarios a cualquier extraño o heredero de grado inferior, y además su actividad impide la inmisión judicial *ex officio* en el momento en que se halle presente y no existan intereses que reclamen una protección oficial. Efectivamente, el llamado desplaza a otros sujetos y evita la intervención de oficio del juez precisamente porque no es *"cualquiera"* respecto de los bienes, no es un gestor oficioso.

¿Y por qué no lo es ? Pues sencillamente porque el hecho de que exista una herencia cuyas necesidades de conservación en el periodo de yacencia son evidentes, que no haya administrador nombrado en testamento, ni albacea

[93] "....una responsabilità del chiamato si può configurare solo quando egli rinunzi all'eredità (o perda il diritto di accettare) e, in tale ipotesi, per l'effetto retroattivo della rinunzia, egli viene considerato come non fosse mai stato chiamato all'eredità, per cui la gestione che egli ha compiuta deve essere considerata *ex post*, come gestione di affari altrui. Da ciò l'applicazione della disciplina di tale istituto. Se il chiamato ha iniziato la gestione (poteva non farlo) dovrà continuarla, altrimenti dovrà instare per la nomina di un curatore cui affidare l'eredità. Del pari, se il chiamato, alla morte del *de cuius*, si trova nel possesso di beni ereditari, non potrà abbandonarli in preda al primo occupante, ma dovrà, se non intende lui custodirli, far nominare un curatore al quale farne consegna. ...) Op. cit., pág. 121.

[94] Vid. op. et loc. cit. *supra* ; y también en LACRUZ, J.L. ; SANCHO REBULLIDA, F. y otros : op. cit., pág. 43.

con facultades de administrar, y que el Código Civil, en su artículo 999.4º exceptúe de la aceptación tácita los actos de mera conservación y administración provisional, permite calificar a los llamados de *administradores legítimos*. Administradores que tienen, por tanto, derecho de gestionar con el fin de evitar que los bienes se pierdan, pero también deber de actuar y ejercitar ese derecho conforme a la buena fe[95] ; ya que, como afirma AGUILERA DE LA CIERVA, "en el estado actual del Derecho, cabe decir que existe la obligación de administración, puesto que el *«ius abutendi»* parece contrario a la concepción social del Derecho, hoy dominante"[96]

En consecuencia, pensamos que el llamado no sólo puede, sino también debe, realizar actos de guarda y conservación de los bienes de la herencia durante la etapa de la yacencia ; y este deber de actuar excluye de plano la aplicación de la institución de la gestión de negocios ajenos, al excluir la "espontaneidad de la gestión" o, si se quiere, la *"ingerencia"* en la esfera jurídica de otro, base de toda gestión de negocios ajenos[97].

La articulación de dicho deber de actuar (que, en principio, parece más moral que jurídico[98]), es un tanto borrosa, como ya advirtió DÍEZ PICAZO ; pero, en nuestra opinión, surge con sorprendente claridad si se atiende a los

---

[95] Artículo 7º del Código Civil.

[96] Cfr. "Actos de administración, de disposición y de conservación", Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1973, pág. 161.

[97] Vid. PASQUAU, M. : "La gestión de negocios ajenos", Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1986, pág. 353.

"En cualquier caso, parece que es condición indispensable para que pueda hablarse de "negotiorum gestio" el que no exista una previa obligación de llevar a cabo la gestión ; dicha obligación surge precisamente del hecho (cuasi contrato) de haberla comenzado, lo que excluye cualquier otro título, contractual o legal" (op. cit., pág. 99).

[98] Así decía GITRAMA : *"Toda esa gama de actos a que acabamos de referirnos no comporta necesariamente la voluntad de aceptar ; son actos de custodia, cuidado, atención a los bienes relictos, actos debidos, quizá no jurídicamente pero sí moralmente, por aquellos que en vida profesaron afecto al causante y que, sin haber aún decidido si aceptarán o no la herencia a que éste les llamó, han de estar agradecidos a su memoria, siquiera fuese cabalmente por el hecho de haber sido llamados a heredar"* (Comentario del art. 999 C.c. ... cit., págs. 201 y 202).

principios generales del Derecho y sobre todo al deber de buena fe. Los llamados se encuentran ante un patrimonio que pueden y deben gestionar, interés en tal gestión tienen, no sólo ellos, sino también los acreedores, legatarios, llamados ulteriores testamentariamente o ab intestato.... Es cierto que los interesados podrán solicitar la administración judicial de la herencia a fin de preservarla conforme al artículo 1020 C.c.[99], pero también lo es que tal administración es gravosa para la herencia, y que la misma se presenta en la L.E.C. como alternativa a la intervención de los llamados[100].

El llamado se encuentra ante un patrimonio que no le es propio, ni siquiera provisionalmente, se trata de un patrimonio ajeno o, mejor dicho, cuya titularidad está aún pendiente ; dicho patrimonio, en caso de ser repudiado, habrá de pasar a otro destinatario. Incumbe, pues, al primer llamado (primer legitimado para administrar que excluye a los demás) un deber de cuidar y conservar con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1094 C.c.), lo que después (eventualmente, para el caso de repudiación), habrá de ser entregado. Consecuentemente, el llamado, antes de la aceptación, tiene la *facultad* y el *deber* de conservar y administrar provisionalmente, y si no desea hacerlo por sí mismo, deberá solicitar que se provea judicialmente al nombramiento de administrador ex art. 1020 del Código Civil.

Y con más razón y verdad pueden hacerse estas consideraciones cuando en el caudal relicto se encuentra una empresa mercantil, bien cuya naturaleza no consiente la paralización de la actividad explotadora, so pena de pérdida o grave menoscabo del bien mismo.

La continuación y conservación de los bienes relictos durante la época de la yacencia de la herencia son, por tanto, facultades-deberes del llamado a heredar. Ahora bien, siendo varios los llamados, ¿cómo se actuará la

[99] Vid. GITRAMA, M. : "La administración de herencia..." cit., págs. 26 y 27.

[100] Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. : op. cit., pág. 400.

administración provisional ? Nuestro Código parte de la idea de que todos los llamados a la herencia poseen iguales derechos y obligaciones[101], de ahí que la actuación de los mismos deba ser mancomunada o conjunta. Afirmada dicha regla, surge el problema de si es necesario el acuerdo unánime o mayoritario de los llamados a los fines de la toma de decisiones sobre los actos de administración provisional.

DÍEZ PICAZO se decanta por el mecanismo de la unanimidad, aun reconociendo las dificultades que la misma introduciría en el funcionamiento del organismo empresarial, para el supuesto en que éste formara parte de una herencia[102].

El autor italiano NATOLI aplica al caso estudiado las reglas del Codice Civile sobre el albaceazgo (arts. 700 y ss), por ello, en el caso de existencia de varios llamados, prefiere la actuación mancomunada, regla que ofrece mayores garantías, con una excepción: los actos urgentes para la conservación de los bienes hereditarios que no toleren las inevitables dilaciones que la actuación conjunta comporta (art. 700 párrafos 2º y 3º). Asimismo, entre la mayoría y la unanimidad, elige la segunda (art. 708); de modo que para la validez de los actos de gestión, entiende necesario el acuerdo de todos los llamados, cuando éste falte, el llamado o llamados que estén en desacuerdo tienen la obligación de protestar la validez del acto realizado; si no lo hacen, responderán solidariamente junto con los demás (art. 709)[103].

Como hemos visto, la pluralidad de llamamientos da lugar a una comunidad de gestores temporales de la empresa, esta comunidad funcionará

---

[101] DÍEZ PICAZO, L. : op. cit., pág. 319.

[102] Ibídem.

Y, en el mismo sentido, vid. SIMO SANTONJA, V. : op. cit., págs. 130-131.

[103] Cfr. op. cit., págs. 139-140.

para los actos de administración provisional — en nuestra opinión — conforme a las reglas de la mayoría. El acuerdo de la mayoría es el criterio que impera en nuestro Código Civil en cuanto a la administración ; así lo declara el artículo 398 C.c. respecto de la comunidad de bienes, y el 895 aplica también esta regla a las decisiones de los albaceas mancomunados. La administración según el acuerdo mayoritario facilita el giro o tráfico de la empresa, cuya fluidez quedaría enormemente perjudicada de exigirse la unanimidad de las voluntades de los llamados.

2. LOS ACTOS DE MERA CONSERVACIÓN O ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL DEL ARTÍCULO 999.4º DEL CÓDIGO CIVIL

Se ha afirmado hasta aquí que el llamado no sólo puede, sino que incluso debe, atender a la conservación y continuación de la herencia durante la etapa de pendencia de las titularidades, pero, ¿cuáles son los actos que puede y debe realizar ? esto es, ¿qué actuación puede el llamado llevar a cabo sin que por ello se entienda que la herencia ha sido tácitamente aceptada ? Ya hemos visto que a esta cuestión responde el artículo 999.4º del Código Civil, excluyendo de la tácita aceptación los *actos de mera conservación o administración provisional, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero.* Sin embargo, la equívoca redacción del precepto — como señala GITRAMA[104] — no nos permite discernir si la conjunción "o" equipara ambas expresiones hasta hacerlas sinónimas, o si, por el contrario, trata de indicar que ni los actos meramente conservativos ni los de administración provisional (que no se reputan coincidentes), implican aceptación de la herencia. Nos inclinamos, con el citado autor, por la segunda opción ; y así entendemos, que son dos los tipos de actuación que el llamado,

[104] Cfr. "La administración de la herencia..." cit., pág. 68. Y asimismo en "Los supuestos de administración..." cit., pág. 127 ; y en su Comentario al art. 999... cit., págs. 210-211.

que quiera continuar en tal posición, está legitimado para efectuar: la administración provisional[105] y la atención conservadora.

Un problema sigue, no obstante, abierto: ¿qué debe entenderse por actos de administración ? ¿y por actos de mera conservación ? La solución no viene dada por el Derecho positivo, pues no encontramos en el Código Civil definición general alguna del concepto de acto de administración, antes bien, como dice GITRAMA, "diríase que el autor de la ley optó por encomendar a una vieja tradición intuitiva el encargo de dar contenido, por depósito milenario de ideas corrientes, a una expresión que en sí misma es elástica y maleable. Y lo que hace dudar al jurista es, más que la diferencia entre la cantidad y calidad de los poderes reconocidos a los diversos administradores legales — que, en definitiva, viene impuesta por la distinta índole de sus respectivas funciones — la referencia tan frecuente como vaga que la Ley efectúa a actos o facultades de administración, a la cualidad de administrador, sin dar contenido alguno a tales locuciones como si ya supusiese adquirido y de

---

[105] Como opuesta a la administración definitiva, que sí implicaría la asunción de la cualidad de heredero.

En relación a la contraposición del carácter definitivo del acto al carácter "provisional" que caracteriza la administración del llamado (art. 999.4º), opina ARROYO I AMAYUELAS que la calificación como provisional de la administración del titular del *ius delationis* no debe dar a entender que sus actos no son firmes o definitivos hasta la aceptación, o que se mantienen sólo potencialmente eficaces hasta ese momento, dejando de serlo si se repudia la herencia ; administración "provisional" significa, tan sólo, que la legitimación del titular de la delación es temporal, y que, en virtud del carácter retroactivo de la aceptación — del propio llamado o de otro ulterior, si aquél repudia — esa administración se entenderá realizada por quien asuma el título de heredero (vid. "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1996", C.C.J.C. Enero-Marzo, 1997, nº 1155, págs. 95-96).

Según el autor francés TRASBOT, con la expresión "administración provisional" la ley quiere designar un derecho temporal, pero que no grave en nada el patrimonio cuando se extinga. Así, propone el siguiente ejemplo : "el artículo 795 concede al heredero un plazo de tres meses y cuarenta días para hacer inventario y deliberar, pero, por otra parte, el artículo 779 dispone que podrá realizar actos puramente conservatorios, de vigilancia y de administración provisional. En virtud de este texto, si una casa urbana se encuentra en la sucesión, parece que el heredero excedería sus poderes de administración provisional si hiciese un arrendamiento de tres, seis o nueve años. Por el contrario, se encuentra en la sucesión una casa a orillas del mar, que se alquila tres meses del año ; y habiendo tenido lugar la defunción en junio, si la alquila para julio, agosto y septiembre, no parece que exceda su derecho de administración provisional. En los dos casos, hay acto de administración, pero se admite que el derecho de administración no es más que provisional, un estará prohibido, el otro permitido" ("El acto de administración en Derecho Privado Francés", (traducción de F. Porrúa Pérez), Editorial Porrúa, S.A., México, 1945, págs. 155-156).

dominio público un determinado concepto del que el propio legislador, en definitiva, carece"[106].

Por lo que a las formulaciones doctrinales se refiere, muchos y de gran prestigio han sido los juristas que han tratado de hallar una construcción válida para todos los supuestos de administración, ya tomando como punto de referencia la incidencia de los actos sobre el patrimonio, la persona del que administra, el concepto de riesgo...., sin que se haya llegado todavía a resultados definitivos.

De entre las propuestas de la doctrina, las que creemos más acertadas parten de una teoría tripartita, distinguiendo entre actos de conservación, actos de administración y actos de disposición (aunque, a veces, no estén muy claras las fronteras de las categorías).

En Francia es clásica la tesis de TRASBOT, que entiende que la triple distinción entre actos conservativos, de administración y de disposición, tiene una base muy firme en la naturaleza de las cosas[107]. El acto de conservación es el acto de salvaguardia necesaria ; el acto de administración es el acto de puesta en valor, positivo y normal ; el acto de disposición es el acto de dominio considerado sea bajo la forma de un acto positivo de puesta en valor, pero anormal, sea bajo la forma de un acto que no signifique puesta en valor, realizada positiva o negativamente[108]. Sobre tal base, se afirma que el acto de

---

[106] Vid. "La administración de herencia..." cit., págs. 14 y 15.

[107] Cfr. op. cit., pág. 141.

Gráficamente apunta el autor : "Un comerciante muerte y deja un fundo de comercio. Los herederos venden inmediatamente los géneros destructibles, mantienen la clientela, de este modo conservan. Esperando la resolución de la división, que puede tardar, hacen lo necesario para la marcha normal y continua del comercio, de este modo administran. En fin, efectuada la división, uno de los coherederos se queda con el fundo o bien lo venden para dividirse una suma de dinero. En tal caso se dispone.

Es una gradación completamente natural en la actitud de un individuo en relación con un patrimonio" (Ibídem).

[108] Cfr. op. cit., pág. 187.

administración es un carácter que se graba sobre un acto cualquiera, más que un acto particular en sí mismo. Así, todos los actos jurídicos pueden ser teóricamente actos de administración, como pueden ser actos conservativos o actos de disposición[109]. Es a la relación o incidencia sobre el patrimonio a lo que se debe atender para ver de qué tipo de acto se trata ; pues, "los actos conservativos, de administración y de disposición tienen cada uno un fin diferente, y ese fin diferente es para cada uno de ellos el carácter específico que hace que, al cambiar el fin, un mismo acto pueda ser a veces conservativo, otras de administración y otras de disposición[110].

Años más tarde, y partiendo de la teoría tripartita, otro autor francés, VERDOT, ensayó una concepción dualista del acto de administración en Derecho Privado. Este jurista consideró que la noción de acto de administración, lejos de ser responder a una fórmula uniforme, presenta dos caras diferentes, según las instituciones a las que responda : en ciertos casos se trata de una noción extensiva y, en otros, de una restrictiva[111]. Así, en el caso de la administración del patrimonio de una persona capaz, el objetivo

---

[109] Op. cit., págs. 215-216.

[110] Op. cit., pág. 241.

El autor define genéricamente los distintos tipos de actos del modo siguiente :

"Se llama acto conservatorio un acto jurídico cualquiera cuando, en relación con el conjunto de un patrimonio dado, dicho acto aparezca como realizado por su autor con el fin de salvaguardar la existencia o el valor de este patrimonio o de un o varios de sus elementos en peligro, en condiciones legalmente determinadas, y bajo la amenaza de una sanción apropiada.

Se llama acto de administración un acto jurídico cualquiera cuando, en relación con el conjunto de un patrimonio dado, dicho acto aparezca como realizado por su autor, con el fin de asegurar a la vez, la conservación y la puesta en valor normal de este patrimonio o de uno o varios de sus elementos, en condiciones legalmente determinadas y bajo la amenaza de una sanción apropiada.

Se llama acto de disposición, todo acto o abstención cualquiera cuando, en relación con el conjunto de un patrimonio dado, este acto o esta abstención aparezcan como realizados por su autor, sea con un fin que excluya toda puesta en valor, sea con el fin de una puesta en valor anormal de dicho patrimonio o de uno o varios de sus elementos ; en estas condiciones el acto de disposición implica para el que dispone el ejercicio lícito de un pleno dominio y no acarrea en este orden ninguna responsabilidad ni sanción" (op. cit., págs. 217-218).

buscado por los administradores designados por el titular, o por la ley, no es otro que la consecución de un rendimiento o ganancia, además en todos estos supuestos existen dos voluntades concurrentes que presiden la realización del acto : la voluntad del titular y la del administrador[112]. En cambio, en los de administración de los bienes de un incapaz o de capacidad limitada, lo que importa asegurar ante todo es la protección del patrimonio administrado, existiendo una única voluntad : la del administrador[113].

De ahí las dos concepciones del acto de administración[114], amplia y estricta ; siendo la administración en sentido amplio : "el acto de explotación legal, normal y razonable, realizado con el consentimiento del propietario del patrimonio administrado, prestado con anterioridad o posterioridad a su realización ; dicho acto procura un rendimiento medio, sea inmediata o ulteriormente, pero sin riesgo serio para el patrimonio administrado"[115] ; y la administración en sentido estricto : "el acto de protección, realizado sin el consentimiento del propietario del patrimonio administrado, o por este último, estrechamente vigilado y controlado, en condiciones severamente reglamentadas, y que presenta para el patrimonio una utilidad cierta e inmediata sin riesgo alguno para el mismo"[116].

---

[111] Cfr. "La notion d 'Acte d'Administration en Droit Privé Français" (thèse), La penseé universitaire, Aix-en-Provence, 1960, pág. 255.

[112] Op. cit., págs. 255-258.

[113] Op. cit., págs. 258-261.

[114] Ambas, por supuestos diferenciadas netamente de los actos de disposición y de conservación porque, repetimos, esta teoría sigue siendo tripartita. Para el autor es acto de disposición el acto de rendimiento, tendente a obtener el beneficio mayor posible, en condiciones anormales y corriendo serios riesgos, o bien el acto de destrucción, que agota total o parcialmente el bien o el derecho sobre el que recae (VERDOT, R. : op. cit., pág. 274). Y acto de conservación, el acto de salvaguarda, absolutamente necesario o impuesto por la ley, exclusivo de todo riesgo para el bien, y sin que presente ninguna ventaja positiva ni repercusión sobre el patrimonio (op. cit., pág. 281).

[115] VERDOT, R. : op. cit., pág. 285.

[116] VERDOT, R. : op. cit., pág. 290.

Como vemos, el personaje central de la tesis de este autor es el titular del patrimonio, en relación del cual las facultades del administrador serán diferentes, pero siempre adaptadas a su interés. Este interés aparecerá en ocasiones bajo la forma de una explotación razonable del patrimonio, y en otras como la protección de este último[117].

En Italia, la más importante construcción tripartita se debe a FERRARA, para quien la actividad del administrador no puede, de ningún modo, afectar la sustancia del patrimonio, ni directa ni indirectamente : el patrimonio debe, en primer lugar, conservarse[118] ; por tanto, el administrador no tiene poder para actuar sobre el capital, base del patrimonio, pero sí sobre los productos o rentas de éste, de las que puede disponer u obligar con su actuación[119]. Excede de las facultades del administrador cualquier acto con el cual se dispone del patrimonio, se transforma la sustancia del mismo, se contraen obligaciones que comprometen el capital o se cobran sumas que no sean rentas[120].

Por ello, la primera obligación del administrador es la conservación de los bienes. Asimismo, debe cuidar de hacer producir a la masa patrimonial las rentas de que es capaz, poniendo los medios para la producción y recogiendo los útiles de la gestión. Y finalmente, ha de intentar mejorar normalmente los

---

[117] Cfr. VERDOT, R. : op. cit., pág. 306.

B. MORENO QUESADA, en su obra "Los supuestos de administración legal en el Código Civil" (publicada en los "Estudios de Derecho Público y Privado", ofrecidos al Prof. D. Ignacio Serrano Serrano, I. Estudios de Derecho Civil. Universidad de Valladolid, Publicaciones de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario "Menéndez Pelayo", Valladolid, 1965), entiende también que tal criterio de la situación jurídica del administrador respecto de los bienes que son objeto de su administración es el principal para la clasificación de los supuestos de administración legal en el Código Civil. Es decir, se habrá de atender a si la actividad del administrador va a recaer sobre bienes de su propiedad, o bien sobre bienes ajenos (vid. pág. 685 y ss.).

[118] Cfr. FERRARA, F. (sen.) : "Gli atti d'amministrazione" en "Scritti Giuridici I", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954, pág. 289.

[119] Op. cit., págs. 284-285.

[120] Op. cit., pág. 291.

bienes que administra, empleando el sobrante de las rentas en el progresivo desarrollo del patrimonio[121].

Así pues, para FERRARA, se dicen actos de administración *"aquéllos que, sin alterar la integridad del patrimonio, se dirigen al mantenimiento, fructificación y mejora del mismo"*. De esta definición se sigue un doble corolario. Primero, que el criterio para distinguir los actos de administración no debe deducirse de la naturaleza objetiva del acto, sino de la función que este acto tiene en relación con el patrimonio. De tal manera que un acto de enajenación o de obligación no hay que excluirlo sin más de la esfera administración, porque también un acto de tal tipo puede ser de simple administración, si no lesiona el capital y se encamina a los fines de la gestión. El segundo corolario es que no basta que un acto se realice en los límites de las rentas para poder decir que entra en la esfera administrativa. La índole de los actos administrativos debe deducirse directamente de la actividad funcional que tienen en el patrimonio : sólo cuando miran al mantenimiento, fructificación y mejora de éste pueden calificarse como tales[122].

Siguiendo a FERRARA, el también italiano NATOLI, para el supuesto de la actuación del llamado antes de la aceptación, entendió que, si el acto de administración consiste en la conservación y puesta en valor, conservación del valor de un bien significa además la preservación de su capacidad productiva, cuando no se trata de bienes improductivos. Ello quiere decir que, a tal fin, pueden ser necesarios también actos generalmente entendidos como de disposición, para que el bien pueda continuar produciendo y mantenga su valor. Pero tales actos deben referirse solamente a los productos del bien, y no a su sustancia. Por ello, actividad de simple administración es la dirigida a la

---

[121] Op. cit., pág. 294.

[122] Op. cit., págs. 295-296.

El punto de partida y la referencia es también en este autor, como en TRASBOT, el patrimonio y la incidencia del acto en éste.

conservación del estado jurídico y del valor económico de un patrimonio, disponiendo, para tal fin, de las solas rentas del mismo[123].

En nuestra doctrina española, GITRAMA, distingue asimismo entre actos de conservación, administración y disposición, sobre el fundamento del destino y la función económica de los actos en relación con un determinado patrimonio. En consecuencia, es acto de disposición el que tiene por objeto distraer o afectar gravemente uno o varios bienes de un patrimonio[124]. El acto de conservación es, por el contrario, "el primer escalón de la escala"[125], y tiene por finalidad impedir el desmejoramiento y perecimiento de los bienes sobre que recae sin levantar las obligaciones de su propietario ni acrecentar las de las personas que deban sufrirlo[126]. Y finalmente, el concepto de acto de administración se centra en las ideas de puesta en producción, de utilización de los provechos de la misma, y de conservación de los bienes sobre que recae. Todo ello, entendiendo por puesta en producción la conclusión de operaciones jurídicas o económicas susceptibles de extraer del bien su rendimiento normal conforme a su naturaleza o destino. A la misma ha de seguir el racional empleo de las rentas, acudiendo incluso a su enajenación, y por último, cerrando el concepto, la idea de la preservación de la consistencia del patrimonio[127].

A partir de lo dicho, puede definirse el acto de administración, según GITRAMA, como "el acto jurídico que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la

[123] Cfr. op. cit., págs. 146-148.

[124] Cfr. "La administración de herencia..." cit., pág. 11.

[125] Cfr. "La administración de herencia..." cit., pág. 13.

[126] Ibídem.

[127] Cfr. "La administración de herencia..." cit., pág. 18.

individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio»[128].

De tales concepciones se desmarca AGUILERA DE LA CIERVA, autor que, aunque abogando por la teoría tripartita, rechaza las construcciones económicas, y considera posible y necesario llegar a una teoría exclusivamente jurídica, sin utilizar el expediente de acudir a la noción de riesgo, patrimonio o persona del administrador..., de actos de administración, disposición y conservación.

Para este autor, la clasificación tripartita se basa en la naturaleza de las cosas, es invariable y se mantiene idéntica a lo largo de todas las instituciones jurídicas. Sin embargo, la realidad jurídica muestra que algunos actos permitidos en algunas instituciones están prohibidos en otras, ¿por qué sucede así ? Según AGUILERA, dado que los actos en estado puro, como categoría lógica, son invariables, la razón de que aparezcan diferentes no se halla en los actos, sino en la posición del sujeto respecto de los bienes y en las

---

[128] "La administración de herencia..." cit., págs. 18-19. Y también en su artículo "El acto de administración en el Derecho Civil", A.A.M.N., tomo XIX, pág. 354.

Advierte en consecuencia que "una fórmula como ésta deja a un lado la naturaleza jurídica objetiva de cada uno de los actos al tratar de calificarlos como de administración ; de modo que una venta de bienes, por ejemplo, es en sí, según las circunstancias, es decir, según recaiga sobre capital o sobre rendimientos, un acto de disposición o un acto de administración, respectivamente ; del propio modo el uso de una cuenta corriente, según se alimente de las rentas o del capital, e incluso, en ocasiones, el préstamo, en sí acto de disposición, ha podido ser considerado acto de administración" (vid. "La administración de herencia..." cit., pág. 19).

En el mismo, sentido DE LA CÁMARA atiende a los efectos del acto en función de su significado económico en orden al patrimonio al que se refieren, y califica de actos de administración aquellos que se dirigen a obtener de un patrimonio, o de una masa de bienes, su rendimiento normal, mientras que acto de riguroso dominio es el que compromete la existencia, la individualidad o el valor de un elemento estable del patrimonio (cfr. "Estudios de Derecho Mercantil I", Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, pág. 38). A su modo de ver, un recorrido por los artículos del Código Civil y del Código de Comercio que, de modo directo o indirecto aluden al concepto de administración, exige distinguir las siguientes categorías : *administración conservativa*, concretada en evitar que los bienes administrados se deterioren o se perjudiquen, física o jurídicamente ; *administración ordinaria*, que incluye, además, todos los actos dirigidos a obtener de un bien o conjunto de bienes su rendimiento normal, habida cuenta de su naturaleza o destino ;la *administración extraordinaria*, persigue idénticos fines, pero comprende actos que por su transcendencia pueden afectar gravemente al valor de los bienes ; y, por último, la *disposición* (cfr. "Estudio sobre la representación legal..." cit., págs. 312-313).

especiales características de la institución donde el problema se plantea. Así pues, sólo atendiendo a la posición del sujeto y a los principios de la institución, cabe resolver los problemas que se planteen respecto a la posibilidad de que cierta persona realice determinados actos jurídicos[129]. Habida cuenta de esto, define los diversos actos (aisladamente y en estado puro) de la manera siguiente : "el acto de administración es un acto debido, que no deja libertad de elección y se encamina a mantener una cosa en estado de cumplir su función propia. El acto de administración es el realizado con el propósito de obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles. El acto de disposición es aquel por el que se transfiere, se grava, se extingue, un bien o derecho o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica"[130].

Viniendo ya al alcance concreto del artículo 999.4º del Código Civil, parece que los actos de mera conservación permitidos al llamado sin afectar su derecho de opción son los inmediatamente necesarios para la salvaguardia de la integridad del patrimonio hereditario[131] ; y los de administración provisional serían los que no significasen ninguna innovación, ningún cambio

---

[129] Cfr. op. cit., págs. 309-310.

[130] Cfr. op. cit., pág. 305.

Para el autor, la zona de fricción entre los actos de conservación, administración y disposición aparece en los supuestos donde la conservación depende del hecho de realizar actos de disposición. Surge entonces la duda de si cabe calificar tales actos como conservatorios, de administración o dispositivos.

El caso más típico es precisamente el de la empresa mercantil, ya que ésta requiere la realización de ventas para su mantenimiento. La solución, según AGUILERA, consiste en distinguir netamente entre el acto aislado y concreto y el conjunto de la actividad de conservación. El acto en sí debe ser calificado conforme a sus características : una venta será siempre acto de disposición ; sólo que la serie de actos de esta especie produce como resultado la conservación. "Pero — advierte — la naturaleza del acto no puede transformarse por el hecho de ser sumado a otros muchos.... Lo que sucede es que la actividad de administrar, considerada en conjunto, difiere de los actos concretos mediante los que se realiza ; tales actos pueden ser de conservación, de administración o de disposición" (vid. op. cit., págs. 169 y ss).

[131] Cfr. GITRAMA, M. : "La administración de herencia..." cit., pág. 69.

en el patrimonio relicto, sino simplemente modo de gestión normal y útil para quien advenga su definitivo titular[132].

Procediendo en orden lógico señaló NATOLI que, para el Derecho Italiano, tres son los tipos de actividad que puede el llamado realizar: de vigilancia, de conservación y de administración[133]. Los actos de vigilancia representan el medio a través del cual el sujeto puede ponerse en situación de juzgar cuándo y cómo debe intervenir. La actividad conservativa debe comprender todas las medidas dirigidas a proteger el patrimonio hereditario del peligro actual de un daño que pueda amenazar el estado jurídico o la sustancia de los bienes. Y la actividad de administración es aquélla que mira a salvaguardar, no tanto el valor jurídico o la integridad sustancial de los bienes, como su valor económico, con especial referencia a su capacidad productiva[134].

De todas formas, es ciertamente difícil determinar qué actos quedarán o no incluidos en el ámbito del precepto, pues, en todo caso, dependerá de las circunstancias del supuesto concreto[135]. Así pues, el elemento esencial de

---

[132] Cfr. GITRAMA, M. : Comentario del art. 999... cit., pág. 210.

[133] Artículo 460.2 C.c. italiano : *"Egli inoltre può compiere atti conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea, e può farsi autorizzare dall'autorità giudiziaria a vendere i beni che non si possono conservare o la cui conservazione importa grave dispendio".*

En nuestro Derecho, los actos de vigilancia, como presupuesto básico para llevar a cabo la actuación conservadora y de administración, queda comprendida en éstas.

[134] Cfr. op. cit., págs. 159 y ss.

[135] No obstante, será necesario que dichos actos de administración sean siempre urgentes y no comprometan excesivamente el patrimonio, no representen una gestión a gran escala y, en fin, no comporten una destinación definitiva de los bienes hereditarios (cfr. NATOLI, U. : op. cit., pág. 205).

De modo ejemplificativo señaló SCÆVOLA los siguientes actos : *"cobrar las rentas, renovar los contratos urgentes, recoger los frutos, vender los que no se puedan conservar sin peligro, disponer las reparaciones necesarias, pagar las deudas urgentes, satisfacer los gastos de entierro, funeral etc., dar de comer a los ganados, mantener a la familia, impedir que los inquilinos se vayan sin pagar los alquileres, protestar las letras de cambio, promover demandas para interrumpir la prescripción a favor de los deudores o detentadores de la herencia, formar el inventario, concurrir a la rotura de los sellos del testamento cerrado, etc."* (Comentario de los

discriminación será atender a la *intención del llamado* manifestada con el cumplimiento del acto[136]. La averiguación de tal intención obliga al juez a un análisis delicado consistente en escrutar la voluntad del sujeto. En consecuencia, puede decirse con VERDOT que la noción de actos de conservación y administración, divisada desde el punto de vista de la aceptación tácita, es esencialmente fugaz, y queda al arbitrio de los tribunales, quienes han de apreciar la intención que dichos actos revelan[137].

3. LA POSIBILIDAD DE QUE EL LLAMADO GESTIONE LA EMPRESA SIN QUE ELLO SUPONGA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA

En el proceso de nuestro análisis, y hasta ahora, hemos concluido que el llamado tiene por la misma delación la facultad-obligación de conservar y administrar provisionalmente el patrimonio relicto, y que tal actividad conservativa y administradora se concreta en actos cuyo significado deberá ser apreciado observando su incidencia sobre el patrimonio, según algunos, o el sujeto que administra y la institución de que se trata, según otros ; pero siempre atendiendo a la intención con que los mismos son ejecutados.

Sin embargo, y pese a los amplios criterios adoptados para la interpretación del ámbito de aplicación del artículo 999.4º C.c., aún se duda si en el mismo tiene cabida el ejercicio de una actividad empresarial. Y ello no sólo, como se ha dicho antes, por el hecho de que el ejercicio de una empresa comporte inexorablemente la realización de ventas, inversiones, disposición de fondos, ... y otros actos que, en principio, mucho se parecen a los de disposición ; sino también porque el ejercicio, aunque sea provisional, de una

artículos 998, 999 y 1000, en "Comentario del Código Civil", (revisado y puesto al día por PUIG PEÑA, F.), tomo XVII, arts. 968 a 1034. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, págs. 511-512).

[136] Así lo ha estimado la jurisprudencia : vid. resoluciones citadas en la nota al pie nº 57.

[137] Cfr. op. cit., pág. 50.

Y en el mismo sentido vid. GITRAMA, M. : "La administración de herencia..." cit., pág. 69.

empresa, puede suscitar en los terceros la confianza de contratar con un empresario, y después se les opondrá que el llamado ha actuado únicamente como administrador temporal, sin asumir la cualidad de heredero, y por tanto la de empresa, y sin responsabilidad personal y universal por los actos de comercio.

Ya se ha apuntado con anterioridad que, sobre el tema, la doctrina nacional y extranjera está dividida ; veamos ahora las opiniones vertidas.

A) Las opiniones doctrinales positivas

Ya en el año 1947, cuando, por la inexistencia de los actuales y modernos medios de contratación (fax, internet...), ni siquiera podría soñarse que el tráfico mercantil alcanzaría la fluidez y celeridad que presenta en nuestro final de siglo, advirtió ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR que el concepto de administración en Derecho Mercantil es mucho más amplio que en Derecho Civil, amplitud exigida por las necesidades a que aquel ordenamiento sirve[138]. Por ello entendía que no suponía aceptación por parte del llamado la continuación del ejercicio de la empresa mercantil durante la yacencia hereditaria o, dicho de otra manera, la aceptación tácita de la herencia que lleva aparejada la enajenación de bienes no es aplicable cuando se trata de una empresa mercantil. Para este autor la venta de mercaderías y otros bienes, dentro del círculo negocial de la empresa (si éste es su tráfico), no constituye acto de disposición, sino de administración, dado que las relaciones de la empresa, como organización puesta en contacto con un círculo muy amplio de proveedores y clientes, exigen de ella la conservación de este ritmo vital que, en definitiva, es garantía de su propia existencia[139].

[138] Cfr. "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", R.C.D.I., 1947, pág. 587.

[139] Ibídem.

Igualmente GITRAMA considera evidente la necesidad de que los llamados puedan, antes de la aceptación, continuar las actividades mercantiles de la empresa del *de cuius*, a fin de mantenerla en su eficiencia y evitar la dispersión de su clientela a raíz del fallecimiento del titular. Por ello podrán realizar compras y ventas de mercancías, pagar a los dependientes..., sin que sea procedente la aplicación de la sanción de la aceptación tácita ; ya que no puede conservarse una empresa "si no es teniendo abiertos sus establecimientos y procediendo al tráfico habitual de mercancías ; esta actividad, más que compatible, puede decirse que es propiamente la noción misma de administración, teniendo además una evidente finalidad cautelar, cual es la de evitar una depreciación o perjuicio de la empresa heredada"[140].

En el mismo sentido se pronuncian LACRUZ BERDEJO[141] y DÍEZ PICAZO, quien considera necesario que la empresa continúe durante la época de *hereditas iacens* su actividad ordinaria y normal, pues ésta es la única manera de atender a su conservación, de modo que, aunque exceden con mucho de lo que el artículo 999 C.c. llama administración provisional, mediante la aplicación de una interpretación no conceptual, sino de jurisprudencia de intereses, cree posible abarcar dentro de aquella idea de conservación y administración provisional todos los actos que exige el normal giro y tráfico de la empresa[142]. Y, siguiendo a este último, los notarios ROCA SASTRE MUNCUNILL[143] y SIMO SANTONJA[144] sostienen la misma opinión favorable a la gestión empresarial por el llamado.

---

[140] Cfr. "La administración de herencia..." cit., págs. 409 y 410, nota al pie nº 65.

[141] Vid. su "Derecho de Sucesiones..." cit., pág. 421, nota al pie nº 3 : *"...parece que la práctica de estos actos de comercio, aun cuando supone en la mayor parte de los casos enajenación, no excede del concepto de actos de simple conservación y administración, dada la necesidad de continuar el tráfico de la empresa para mantenerla en funcionamiento, por lo cual no habrá presunción de aceptación en favor de quien realiza tales actos, pero, en cambio, si se trata de un coheredero que luego acepta, habrá que entender que obligan a los restantes partícipes".*

[142] Cfr. op. cit., págs. 318-319.

[143] Vid. "La vida jurídica de la empresa individual", R.D.N., 1980, pág. 245.

[144] Vid. op. cit., pág. 130.

En Italia, RADAELLI puso de manifiesto que, si en los casos de la gestión por parte del llamado de la empresa del difunto durante la yacencia, tal actividad supusiese aceptación de la herencia deferida, aquel se vería en la necesidad de suspender la actividad, lo que supondría un terrible daño para la misma. Ello no es admisible, por lo que el llamado podrá indudablemente continuar la actividad del empresario fallecido sin que ello comporte aceptación. Su gestión, siempre que no exceda los límites de la administración ordinaria, aunque jurídicamente implique actos de disposición de bienes hereditarios singulares, se dirige a la conservación de la consistencia del patrimonio relicto, por lo que entra en el ámbito de los actos de conservación del artículo 460 C.c[145].

La misma línea sigue NATOLI, según quien "el llamado podrá llevar a término las operaciones en curso, procediendo a las eventuales entregas de mercancías ya vendidas y al cobro del relativo importe; eventualmente abastecer de nuevo, en los límites de las rentas, los almacenes de mercancías; proceder al regular desarrollo de las relaciones con los dependientes, vigilando y dirigiendo su actuación. Pero, cuando fueren necesarias mayores inversiones, que comprometieran el patrimonio, exponiéndolo al riesgo, debe frenarse"; entonces sólo cabe el nombramiento de un curador judicial, según el art. 528 C.c. italiano[146].

---

[145] Cfr. op. cit., pág. 147.

Advierte además el autor que el hecho de que estos actos de disposición en el seno del ejercicio provisional de una actividad empresarial no hayan sido previstos por el legislador, al lado de la venta de bienes deteriorables o de costosa conservación, se explica pensando que, en esta última hipótesis, aunque en el patrimonio hereditario entre el equivalente pecuniario de los bienes vendidos, se muda, sin embargo, la sustancia intrínseco del mismo. En cambio, no ocurre así en el caso de la empresa, pues en éste, el bien que entra en el patrimonio en lugar del que sale es equivalente a aquél según cualquier criterio de valoración (op. cit., págs. 147-148).

[146] Cfr. op. cit., pág. 207.

Es interesante también en esta sede la teoría de GHIRON, el cual, al considerar las mercancías más como abastecimiento que como parte integrante o elemento de la empresa, entiende que la empresa en sí permanece inalterada no obstante el flujo de las mercaderías o del dinero que opera cotidianamente en la misma : considera la empresa como un instrumento para el ejercicio de los negocios, y el movimiento de mercancías como la actividad económica que por medio del instrumento se realiza. Por ello opina que el ejercicio de la empresa, aunque entrañe actos de disposición de bienes singulares, no afecta a la consistencia de la herencia, ni implica aceptación tácita[147].

Por último, y para el Derecho francés, se muestra favorable a la gestión por parte del llamado VERDOT, al entender que los actos de continuación de la explotación del difunto, siempre que estén justificados por la urgencia no implican *pro haerede gestio*, y pueden ser realizados sin que se entienda aceptada la herencia[148].

B) <u>Las opiniones doctrinales negativas</u>

El mercantilista POLO SÁNCHEZ niega que se pueda estimar capacitado al llamado para explotar la empresa hasta el momento de la aceptación o repudiación de la herencia ; y ello no porque no considere posible incluir los actos de gestión empresarial dentro de la actividad conservatoria y de administración, de que habla el artículo 999.4º C.c., sino por circunstancias de índole plenamente subjetiva. En efecto, lo que el autor objeta es el distinto carácter con que el factor o el albacea operan en relación al llamado. Así, mientras aquéllos realizan los actos de explotación continuadora de la empresa únicamente a título de administradores, el llamado, aunque de hecho administra la empresa provisionalmente, no lo hace

[147] Cfr. "L'imprenditore, l'impresa e l'azienda", UTET, Torino, s.d., pág. 402.

[148] Vid. op. cit., pág. 49.

con el mismo título de administrador, "puesto que no debe obligatoriamente rendir cuentas de su gestión al futuro empresario, que — si se decide a aceptar la herencia — puede ser él mismo". Por consiguiente, estima este jurista que, en realidad, el llamado actuaría en estos casos como titular provisional de la empresa. La consecuencia de todo esto es que tal gestión provisional encubriría, a su juicio, una especie de *aceptación a prueba de la herencia*, prohibida por nuestra legislación civil, debiendo soportar el llamado en suborden o en sustitución, en caso de repudiación, las consecuencias de una administración desgraciada o de una conyuntura económica desfavorable [149].

Para FERRARA (jr.), por el contrario, lo que es insostenible es que las necesarias ventas que el ejercicio empresarial implica no constituyan actos dispositivos[150]. Su opinión negativa se funda sobre el hecho de que existen ciertas empresas cuyo mayor valor viene representado única o preferentemente por las mercancías existentes en el almacén ; en estos casos, pues, la venta de las mismas no puede no constituir un acto dispositivo de enajenación de bienes hereditarios, y no debe ser impunemente realizado por el llamado a la herencia. Encuentra además un argumento insuperable en el artículo 320 del Código Civil italiano que, como vimos, prohibe al padre o al tutor la continuación, incluso provisional, de la empresa mercantil en el interés del menor o pupilo sin la prescrita autorización ; de tal precepto resulta claro que, para el Código, la actividad de empresa no es de simple administración[151].

---

[149] Cfr. op. cit., págs. 17 y 18.

[150] Vid. "La teoria giuridica dell'azienda". Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, págs. 378 y ss.

En la edición anterior de esta obra el autor sostuvo la tesis afirmativa sobre la base de que tal actividad constituye el núcleo fundamental de la administración empresarial, y su finalidad conservativa es evidente a los efectos de evitar una disminución o un perjuicio a la organización. La solución a la que llegaba era la siguiente : cuando el artículo 460 C.c. requiere la autorización judicial para la venta de los bienes, no se refiere a los casos en que la venta constituye propiamente el modo de administrar, porque el poder de administrar se reconoce al llamado a la herencia (cfr. op. cit., pág. 379).

[151] Op. cit., págs. 379-380.

Como el artículo 460 C.c. italiano permite que el llamado se haga autorizar judicialmente para vender bienes que no se puedan conservar, o cuya conservación sea costosa, opina FERRARA (jr.) que la norma puede extenderse al caso en el que la venta de las mercaderías sea necesaria para mantener la eficiencia de la organización, que es un bien y tiene un valor. Pero, es evidente que la gestión de una empresa no implica sólo vender las mercancías almacenadas en el establecimiento, sino también la realización de inversiones, el pago a los dependientes, la cancelación de las deudas vencidas..., y no cree este autor que la ley consienta todo eso al llamado. Por ello reconoce que después de la muerte del empresario, y hasta que subentre alguien en su puesto, la empresa se encuentra en una situación de parálisis, de inactividad forzada, que sólo parcialmente puede ser atenuada por la autorización para vender mercancías[152].

Asimismo, en la misma dirección, estima FERRARI que el poder-deber de gestionar la empresa se distingue netamente del poder-deber de conservación ; éste exorbita de los poderes normales del llamado, que puede y debe, simplemente conservar los bienes hereditarios. Según el jurista italiano, la existencia de un poder-deber de gestión parece que debe excluirse, debido al contraste existente entre los inevitables riesgos que comporta la actividad de explotación de la empresa y la exigencia puramente conservativa en la se inspira el Código a la hora de regular los poderes del llamado antes de la aceptación. Por otro lado, y comoquiera que una solución absolutamente negativa podría tener, en algunas hipótesis, consecuencias nefastas, considera posible que, cuando de la interrupción inesperada de la empresa pueda derivarse un daño grave e irreparable, pueda admitirse la autorización judicial para el ejercicio empresarial provisional, en cuyo caso no sólo habría facultad del llamado para gestionar, sino también obligación[153].

---

[152] Ibídem.

[153] Cfr. "Azienda" en "Enciclopedia del Diritto IV", Giuffrè Editore, Milano, 1959, pág. 734.

C) Las opiniones doctrinales intermedias

Algunos juristas italianos han abogado por una tesis intermedia, así, habida cuenta de que, en ocasiones la subsistencia de la empresa contenida en la herencia depende de su continuación, y por otro lado, de la necesidad de protección de la confianza de los terceros, sostienen la posibilidad de que judicialmente pueda autorizarse la explotación provisional de la empresa por el llamado.

De esta opinión son los notarios BARONE Y FERRERO, quienes observan que admitir sin más la gestión por los llamados entraña peligros para los mismos y para los terceros. En relación con los primeros porque, dentro de la compleja actividad de gestión de la empresa, será necesario averiguar qué actos singulares y concretos son de ordinaria administración, a fin de evitar el peligro de que el llamado, sin saberlo y sin su voluntad, devenga empresario, y con ello, heredero. Por lo que a los terceros se refiere, está la posible lesión de la tutela de su confianza. "Sería cuando menos extraño — advierten — que la naturaleza conservadora de la actividad de gestión fuera relevante hasta el punto de constituir una fuerte derogación de los principios sobre la empresa : si se afirma que la actividad, por ser comprensivamente conservadora, puede ser desarrollada por el llamado ex art. 460 C.c., y consiguientemente excluir en el llamado toda responsabilidad empresarial ; el hecho de que la gestión e refiera a una empresa caída en sucesión valdría para sancionar una total irresponsabilidad del llamado por todo el periodo de la yacencia de la herencia"[154].

Por ello estiman prudente aplicar analógicamente al llamado (que consideran curador de hecho) la misma disciplina del curador de la herencia yacente ; esto es, la posibilidad de la autorización judicial para la continuación

[154] Op. cit., pág. 23.

de la actividad de empresa (art. 728 C.p.c.). En consecuencia, el llamado deberá acreditar ante el juez los motivos por los que entiende necesario el ejercicio provisional de la empresa, y el juez será libre de conceder o no la autorización. En caso de denegación, no podrá el mismo realizar actos de empresa, so pena de asumir la cualidad de empresario (y la de heredero). En cambio, si la autorización se concede, podrá realizar todos los actos cubiertos por la misma, y para otros no comprendidos, deberá solicitar la autorización judicial singular y específica[155].

D) Estudio de la jurisprudencia : la S.T.S. de 12 de Julio de 1996[156]

Siendo numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la aceptación tácita, no encontramos, sin embargo, muchas sentencias que se refieran a la misma cuando el objeto sobre el que recaen los actos cuya relevancia o no para la aceptación ha de enjuiciarse, es una empresa mercantil caída en sucesión.

Resulta por ello significativa la sentencia de 12 de Julio de 1996 en la que se plantea ante el Tribunal Supremo un supuesto que presenta las características de la cuestión que estamos analizando.

Según los hechos enjuiciados, Luis Puerta Martín, empresario titular de un negocio falleció el 6 de Marzo de 1990. Su hijo y llamado a la herencia, Luis Puerta Sanz, que ya en vida de su padre actuaba como gerente o apoderado general de la empresa, prosiguió en la dirección del negocio desde la fecha de la muerte del causante hasta finales de Abril de 1990. Durante este periodo de

---

[155] Cfr. BARONE y FERRERO : op. cit., pág. 24.

Esta posibilidad de la gestión provisional por los llamados, previa autorización judicial, fue también sostenida con anterioridad por MESSINEO en su "Manual de Derecho Civil y Comercial", tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 359.

[156] R.J.A. 1996/5887.

tiempo realizó una serie de actos que, por su posible importancia a efectos de la aceptación, pasamos a enumerar :

1º. Habiéndose concluido, viviendo el difunto, un contrato de suministro con la sociedad "Balneario y Aguas Solán de Cabras, S.A.", ésta continuó ejecutándolo y sirviendo sus productos, como lo demuestran las fechas de los albaranes firmados por los transportistas y sus declaraciones testificales, hasta el punto de que uno de ellos manifiesta que «cuando vio que iban a cerrar habló con éste (D. Luis Puerta Sanz), quien le dio un talón por un millón y pico de pesetas, que no pudo cobrar por carecer de fondos, advirtiéndoles que si no abonaba dicho importe, no permitiría la descarga de un camión de cerveza DAM que traía de Barcelona, dándole entonces un talón que fue bueno y que iba contra la cuenta de su padre».

2º. El día 16 de Abril de 1990, Luis Puerta Sanz, en representación de los herederos, procedió a la extinción de las relaciones laborales de los empleados de la empresa, comunicándoles por escrito su intención de no seguir con la explotación del negocio de su padre.

3º. Desde últimos de Abril de 1990 la empresa ha cesado en sus funciones, sin que haya constancia de cual fuese el patrimonio activo y pasivo de la misma, ya que los locales donde estaba instalada fueron vaciados, y las mercancías remitidas por "Balneario y Aguas Solán de Cabras, S.A.", apartadas, sin que se conozca su destino.

La sociedad anónima referida interpuso demanda en reclamación de cantidad contra los herederos e interesados en la herencia de Luis Puerta Martín, dictándose sentencia condenatoria por el juzgado, que desestimó la excepción de falta de personalidad del demandado, en la que éste alega no ser heredero. Apelada la sentencia, la Audiencia confirmó en todos sus extremos la expresada resolución, por lo que el demandado recurre en casación alegando infracción por aplicación indebida del art. 999 párrafos 1º y

3º (primer motivo), y por inaplicación del art. 999.4º, todos del Código Civil (segundo motivo).

El Tribunal Supremo desestima el motivo primero, al considerar que existe aceptación tácita de la herencia por parte del demandado porque "a parte de otras manifestaciones de la conducta de don Luis Puerta Sanz..., el pago de deudas contra el caudal hereditario y la cesación y cierre de la empresa de don Luis Puerta Martín, actos de indudable significación patrimonial y de carácter definitivo" (por oposición al carácter provisional de la administración del llamado según el Código), encajan entre los que el propio Tribunal, en ocasiones anteriores, ha considerado como propios de aceptación tácita de la herencia[157].

Y el motivo segundo es también desestimado porque "las acciones de don Luis Puerta Sanz a que antes se hizo mención han tenido transcendencia patrimonial en el caudal hereditario y no son de mera administración o conservación"[158].

Estamos, por lo tanto, ante un supuesto de continuación de la empresa del causante caída en sucesión por parte del llamado, en el que el que Tribunal Supremo estima la existencia de aceptación tácita. Ahora bien, ¿cuáles son los actos que han determinado dicha aceptación ? Tal cuestión es fundamental para nuestro análisis, ya que el llamado Luis Puerta Sanz llevó a

---

[157] Vid. Fundamento de Derecho 1º.

[158] Vid. Fundamento de Derecho 2º.

Como vemos, el alto Tribunal habla, en ambos Fundamentos de Derecho de "actos de indudable significación patrimonial" determinantes de aceptación tácita. Esta expresión no nos parece adecuada ya que, como dice ARROYO I AMAYUELAS al comentar esta sentencia (vid. op. cit., pág. 95), "que se trate de un acto de "significación patrimonial" no quiere decir necesariamente que sea un acto que entraña voluntad de aceptar, puesto que todos los actos de administración conservativa — que no presuponen la voluntad de tomar el título o la cualidad de heredero (art. 999.4º) — siempre tienen trascendencia en el patrimonio". Según sostiene dicha autora, parece que, con tal expresión, en realidad se quería decir "disminución patrimonial" y/o "alteración de los elementos que componen el caudal relicto"(ibídem).

cabo actuaciones muy diversas, y no todas tienen la misma relevancia a los efectos que nos ocupan.

Llama la atención al respecto la siguiente afirmación del Tribunal Supremo : *"prosiguió* (L.P.S.) *en la dirección del negocio y, en este sentido, ha exteriorizado una conducta demostrativa de la aceptación de la herencia"*. A pesar de lo que a primera vista pueda hacer pensar tal consideración, el simple hecho de la continuación del negocio no es, para el Supremo, determinante de la aceptación. El llamado era, en vida del empresario fallecido, gerente o apoderado y, por tanto, según el artículo 290 del Código de Comercio, como hemos visto, sus poderes de gestión continúan mientras no le fueren expresamente revocados. Por consiguiente, el sujeto estaba facultado, e incluso obligado, a la administración del complejo empresarial, y ello no sólo por su condición de llamado, sino por ser factor de la empresa. Dichos actos necesarios para la continuación del ejercicio de la empresa no revelan que el llamado ha tomado el título o la cualidad de heredero, precisamente porque no son exclusivos del heredero.

Sin embargo, a lo largo de su gestión administrativa, sí pudo el llamado Luis Puerta Sanz realizar actos concretos relevantes a efectos de la aceptación tácita. Tal parece ocurrir con el pago de deudas contra el caudal hereditario[159]. Mas, creemos, existiendo un contrato de suministro (contrato de tracto sucesivo), la continuación de la ejecución del mismo, vital para la conservación de la empresa, exige la atención a los pagos pendientes a la empresa suministradora. Por esto, parece excesivo entender que hay tácita aceptación por el solo hecho de pagar deudas con dinero perteneciente al caudal hereditario, teniendo en cuenta que la garantía patrimonial que existía en vida del deudor con sus bienes presentes y futuros se transforma, a partir de su muerte, en garantía patrimonial sobre bienes hereditarios[160]. Y ello

[159] Vid. F.D. 1º.

[160] Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, E. : op. cit., pág. 96.

siempre, claro está, que dichos pagos no se realicen con la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal, sino con la intención de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio[161].

Por consiguiente, entendemos que lo determinante a la hora de estimar la procedencia de la aceptación tácita fueron los actos de extinción de las relaciones laborales, con despido de los trabajadores de la empresa, el cierre de la misma y posterior vaciamiento de los locales; verdaderos actos de disposición patrimonial de la empresa, que desapareció así del caudal relicto. Se trata de actos de dueño, de titular del bien empresa, estando vedados a todo administrador o apoderado, por muy amplios que fueren sus poderes. En idéntico sentido se pronunció el Tribunal Supremo en una sentencia bastante anterior, de 10 de Noviembre de 1981[162], en la que, para un caso de empresa social, entendió que la disolución de la sociedad anónima, en la que era socio mayoritario el difunto, con asistencia a la Junta General de todos los accionistas, entre los que se contaban los descendientes del causante, suponía aceptación tácita.

En definitiva, hay que concluir que, para el Supremo, el llamado está facultado para continuar la administración de la empresa, sin perder la condición del tal, mientras no realice "actos de señor"; el mismo y simple pago de deudas seguramente no habría tenido relevancia si no hubiera ido acompañado del cierre del establecimiento. A este propósito se ha dicho que, en relación al juicio sobre si existe o no aceptación tácita, no son nunca actos aislados los que se toman en consideración[163].

E) Conclusión : postura que se adopta

[161] Cfr. F.D. 1º.

[162] La Ley 1982-1, 192 ; o R.J.A. 1981/4471.

[163] ARROYO I AMAYUELAS, E. : op. cit., pág. 97.

Creemos que para determinar si es posible que el llamado gestione una empresa, contenida en la herencia a él deferida, durante la yacencia de la misma, y sin perder la cualidad de tal, es necesario atender a la naturaleza del bien que se trata de conservar y administrar : la propia empresa. Ésta no es un bien cualquiera, sino que presenta especiales características que influyen, de eso no tenemos la menor duda, en la calificación de los actos que sobre ella recaen.

Como ya defendimos[164], la empresa es un organismo formado por múltiples elementos, cuya importancia reside precisamente en su aviamiento, es decir, en la propia organización. La empresa, como *organización* de factores, presenta la peculiaridad de que la misma se crea, alimenta y sostiene solamente mediante la actividad del empresario ; dicha actividad logra que el complejo empresarial en sí alcance un valor muy superior a la adición de sus singulares componentes. Por ende, estamos ante un conjunto de carácter esencialmente dinámico y funcional. ¿Qué quiere ello decir ? Pues que cualquier paralización del ejercicio empresarial, toda inactividad (aun temporal) del complejo le ocasionaría graves trastornos, llegando incluso a provocar, en ocasiones, su muerte.

De aquí que la actividad conservativa y administradora del llamado, a falta de otros sujetos autorizados, sea vital para evitar que se pierda en poco tiempo aquello a lo que el empresario causante consagró toda una vida de trabajo y esfuerzo.

Ahora bien, ¿cómo se conserva una empresa ? La respuesta es, según lo que hemos dicho, obvia : mediante su ejercicio. Y aquí, ya lo hemos comprobado, es donde se centran las objeciones de la doctrina, debido a la delgada línea que separa los actos de administración y disposición respecto de una empresa mercantil.

---

[164] Vid. *supra*, Capítulo I de la Primera Parte.

Nosotros creemos poder sostener con DE LA CÁMARA que la facultad de administrar, en obsequio de la conservación misma de la empresa, exige la realización de toda una serie de actos que son claramente administrativos, en tanto hay que proyectarlos sobre una organización dinámica dirigida a la producción[165]. Y ello porque la empresa se conserva, no en los simples elementos que la integran, que son fungibles, contingentes y variables, sino en su capacidad funcional, en la productividad de todo el complejo, lo que implica proceder en vía normal y continuada a la renovación de los bienes instrumentales y a la enajenación de los productos[166]. Partiendo de esta premisa, puede decirse que existen cierta clase de actos (como las enajenaciones) que, considerados aisladamente y en estado puro son de disposición, pero que por su destino económico y por la función que en la empresa cumplen, han de ser calificados de administración.

La empresa, como advierte DE LA ESPERANZA, se asienta en su propio dinamismo, y sólo puede conservarse con el mantenimiento de su capacidad funcional, lo que, a su vez, únicamente se consigue mediante la realización sistemática, continuada y progresiva de los actos que constituyen su objeto y que, lejos de comprometer o amenazar su existencia, la garantizan[167]. No puede, por tanto, considerarse aceptante el que actúa para conservar el todo empresarial en funcionamiento, saneado, y con la misma valoración que tenía en vida del causante de la sucesión.

Y esta actividad conservativa y administradora, facultad-deber del llamado no ha consistir solamente en la venta de mercaderías, compra de materias primas, pago de salarios a los trabajadores..., porque el

[165] Cfr. "Estudios de Derecho Mercantil..." cit., pág. 38.

[166] Cfr. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, A. : "La empresa y la función del derecho, sus necesidades jurídicas y contractuales. El papel del notario en su satisfacción", R.D.N., 1979, nº 105-106, pág. 104.

[167] Cfr. op. cit., pág. 106.

mantenimiento de una empresa exige algo más. Es decir, nos parece posible considerar que tales actos de administración, que no determinarían la aceptación tácita de la herencia si son realizados por los llamados, no son sólo aquéllos que afectan al activo circulante o al pasivo circulante. Antes bien, existen gestiones empresariales que, afectando al activo fijo o al pasivo fijo, van encaminadas — a nuestro entender — al mantenimiento de la situación empresarial, a la continuidad de la empresa o al sostenimiento de su capacidad productiva y competitividad[168].

Y no puede objetarse aquí que en estos casos habría lesión de la confianza de los terceros, ya que el llamado, para seguir siéndolo, habrá de administrar provisionalmente en su calidad de tal, es decir como administrador legítimo temporal, y nunca en nombre propio (pues, como vimos en el capítulo anterior, los administradores, factores de comercio..., ejercen la empresa en nombre ajeno, y no adquieren, por ello, la cualidad de empresario). Si el llamado realizara los actos de gestión en nombre propio, como empresario

---

[168] Quizás con un ejemplo se vea mejor: supongamos una empresa dedicada a la fabricación que hace cuatro años aprobó un plan de inversiones, el cual supuso la adquisición de maquinaria con un plazo previsto de obsolescencia de precisamente cuatro años y que, al llegar el final de periodo, tenía prevista la renovación de la misma, habiendo venido dotando un fondo de reserva para dicha renovación de su activo fijo. Llegado el plazo, si, por razón de la muerte del empresario y la falta de aceptación de la herencia por los llamados, nos encontráramos en situación de yacencia, el acto de vender la maquinaria obsoleta como de segunda mano y sustituiría por otros activos más modernos que van a permitir a la empresa continuar su nivel de competitividad, debería considerarse como acto de administración, y no de disposición; pues sería absurdo que se dejara de realizar dicho acto, perjudicando así seriamente la capacidad de producción de la empresa, por tratarse de un acto de disposición y significar aceptación hereditaria.

Igual ocurriría en cuanto al pasivo fijo; imaginemos una empresa que está inmersa en un plan de refinanciación de la deuda a largo plazo para reducir sus costes financieros que la ahogan. Si en la ejecución de dicho plan de refinanciación se llega a la situación de herencia yacente, opinamos que la cancelación de un crédito a largo (que no es pasivo circulante) y la constitución de uno nuevo a un menor interés, es un acto destinado a mantener la empresa en funcionamiento, saneada y conservando su valor, sin suponer acto de disposición, ya que no se comprometen nuevos pasivos, sino que se refinancian pasivos antiguos conforme a un plan que había el causante previsto.

En este mismo sentido pareció pronunciarse DE LA CÁMARA cuando advirtió: *"No sólo la venta de las mercaderías, la compra de materias primas, sino también la renovación del utillaje y de la maquinaria inútiles o poco aptos para servir los fines que la empresa persigue, son actos de administración, idea que sólo se percibe con claridad si se parte de la base de que tales actos son necesarios para que la organización subsista y sea susceptible de continuar produciendo rendimientos"* (vid. "Estudios de Derecho Mercantil...", pág. 38).

titular o, como dice el artículo 999.4º C.c., tomando el título o la cualidad de heredero, aunque fueren de mera conservación o administración provisional, se entenderá que ha aceptado tácitamente la herencia a él deferida. Observamos, pues, que la protección de los terceros la garantiza el propio Código Civil, y ha de inspirar la aplicación que los Tribunales realicen de este precepto.

TERCERA PARTE

LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

CAPÍTULO PRIMERO
EL TESTAMENTO DEL EMPRESARIO

I. ATRIBUCIÓN DE LA EMPRESA A UN SUCESOR ÚNICO

En aras a la conservación de la empresa mercantil en la sucesión *mortis causa*, puede hacer mucho un meditado estatuto testamentario para la misma, lo que se ha llamado "el testamento del empresario"[1]. Un testamento en que el empresario creador ordene su sucesión y elija al continuador que considera más apto, evitando con ello los efectos, siempre fatales para la empresa, de la aplicación de las normas de la sucesión intestada.

Pero, ¿cuales son los obstáculos con que tropieza en nuestro Derecho Sucesorio la conservación de la empresa mercantil ? Se han citado tradicionalmente dos : el sistema de legítimas y la partición.

Respecto del primero, no creemos que nadie pueda hoy culparle seriamente del hecho de que numerosas empresas mercantiles familiares no sobrevivan al cambio generacional : el Código tolera, en casos como el que tratamos, el pago en metálico de las porciones hereditarias de los legitimarios, a los fines de la conservación de unidades indivisibles.

Por otra parte, por lo que a la partición se refiere, bien es cierto que, a falta de disposición del testador, todos los sucesores se encuentran

---

[1] Así lo denominó PUIG BRUTAU en su conocido artículo : "El testamento del empresario", R.D.P., 1960, págs. 845-858.

equiparados, sin distinguir, en relación a la empresa, quien ha colaborado con el padre en su creación y ejercicio y se encuentra preparado para coger el relevo de la dirección de la misma. Pero, como decimos, el problema surge sólo en ausencia de previsión del testador, ya que la ley brinda al empresario previsor una serie de instituciones que le permiten encauzar en su testamento la transmisión unitaria de su empresa mercantil.

Así pues, si el empresario se decide por transmitir su empresa a un sucesor único, cuatro son las instituciones de nuestro Código Civil que permiten alcanzar este objetivo ; ellas constituirán el objeto del estudio que vamos a abordar a continuación : la mejora en cosa determinada ; el legado de cosa específica y determinada ; la partición del testador y, especialmente, la facultad consagrada en el artículo 1056.2º ; y, por último, el pago de la porción hereditaria de los descendientes en casos especiales (artículos 841-847 C.c.).

1. LA MEJORA EN COSA DETERMINADA

En nuestro estudio de las instituciones del Código Civil que posibilitan o favorecen la transmisión unitaria de la empresa mercantil encontramos, en primer lugar, la mejora ; institución, según se ha dicho, "exclusivamente nacional, conjunción genial del principio de libertad testamentaria y del principio de continuidad familiar ; armonía equilibrada de los poderes y prerrogativas del padre y de los derechos de la familia"[2]. Concretamente, la llamada *mejora de cosa determinada*, regulada en el artículo 829 del Código Civil, se nos presenta como un instrumento sumamente eficaz para la transmisión de la empresa del padre al sucesor elegido, pues, al flexibilizar el pago de los derechos legitimarios, permite al causante una mayor amplitud dispositiva.

[2] GARCÍA GRANERO, J. : "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", R.D.P., Octubre 1949, pág. 824.

Esta adecuación de la institución de la mejora en cosa determinada a los fines de la transmisión por causa de muerte en los patrimonios empresariales, la prueba el hecho de que haya servido durante años para mantener indivisa la empresa agrícola en territorios sometidos al Derecho Común[3].

El artículo 829 del Código Civil dispone que *"la mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados"*.

La norma tiene, según advierte DE LA CÁMARA[4], dos partes. En la primera, y como contraposición a la mejora de cuota del artículo 832 C.c., se permite al testador dejar bienes determinados en concepto de mejora ; y en la segunda, se dispone que el mejorado hará suya la cosa cierta en todo caso, pues, si su valor rebasa determinados límites, no por ello se reducirá la

---

[3] Así lo ha manifestado DE FUENMAYOR CHAMPÍN, en relación a Galicia antes de la Compilación (vid. "La mejora de labrar y poseer", A.D.C. 1948, págs. 878-921) ; y DE LOS MOZOS, que cita las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 3 de Octubre de 1924 y 23 de Julio de 1925, respecto al caserío Vasco, y otro tanto sucede en Asturias, Castilla y La Rioja (vid. "Propiedad, herencia y división de la explotación agraria : la sucesión en el Derecho Agrario", Ministerio de Agricultura, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones Agrarias. Madrid, 1977, págs. 123-124 ; e igualmente su artículo "Hacia un Derecho Sucesorio Agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código Civil, en los Derechos Forales y en el Derecho de Colonización)", A.D.C. 1974, págs. 559-560, nota al pie nº 148).

En general, todos los autores que se han ocupado de la conservación de la empresa agraria en la sucesión mortis causa han alabado las posibilidades que ofrece, a tales efectos, el artículo 829 del Código Civil : vid. ESPÍN CÁNOVAS ("La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español", R.D.P., 1979, pág. 310) ; FERNÁNDEZ COSTALES ("La eficacia del Derecho Sucesorio en la continuidad de la explotación agrícola", R.D.P., 1979, pág. 34, nota al pie nº 18) ; GARRIDO DE PALMA ("Oportunidad de un Derecho Sucesorio Agrario", R.D.N., nº 104, pág. 227) ; VALLET MÁS ("El empresario creador y el futuro de su empresa", A.A.M.N., tomo XXIV, 1984, pág. 220) ; VIDAL MARTÍNEZ ("Algunos aspectos de la sucesión mortis causa en el Código Civil español que favorecen la creación y el mantenimiento de las unidades agrarias", R.D.P., 1979, págs. 554-555) ; OREJAS ("La sucesión testada en el Derecho Agrario", R.D.A.A., 1994, pág. 46)... etc.

[4] Cfr. "Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil" en "Centenario de la Ley del Notariado", vol. I, Sección 3ª, Madrid, 1964, pág. 914.

liberalidad *in natura*, sino que el beneficiado con la mejora deberá satisfacer en metálico lo que corresponda a los demás interesados[5]. De esta forma —apunta LÓPEZ JACOISTE—, "la institución puede asegurar el mantenimiento en una sola mano de elementos industriales y comerciales, utillaje, fuentes de riqueza y recursos de la más variada índole sin el peligro de que, por exceder su valor total de las disponibilidades máximas otorgables en favor del destinatario, la adición de los mismos se vea truncada por la reducción cualitativa o la inoficiosidad de alguna de esas asignaciones"[6].

Ya MANRESA hizo notar que el objeto de este artículo es principalmente evitar la proindivisión y la división de fincas, almacenes, talleres o fábricas, manteniendo, a ser posible, su unidad con arreglo a la voluntad del causante[7].

La mejora en cosa determinada aparece así como mejora, no sólo cuantitativa *(in quantitatem)*, sino también, y sobre todo, cualitativa *(in qualitatem)*, ya que, además de significar un mayor valor para el mejorado en

---

[5] Para DE LA CÁMARA, la excepción de la regla del pago de la legítima en bienes hereditarios que este precepto supone, halla su ratio simplemente en el mejor cumplimiento de la voluntad del testador, voluntad que la ley respeta y, lo que es más, *presume*, pues el artículo 829 C.c. no subordina la procedencia de la reducción *"ad valorem"* a que el testador la haya establecido expresamente, sino que presume que, en ese caso concreto, el testador lo ha querido así, o lo hubiera establecido de haber tenido en cuenta que la mejora tenía que ser reducida (cfr. "Estudios sobre el pago en metálico..." cit., págs. 921-923). Sin embargo, a criterio de VIDAL MARTÍNEZ, el legislador no presume aquí voluntad alguna, antes bien, parte de la base de que tal voluntad del testador o donante se ha manifestado claramente en este sentido, señalando una mejora en cosa determinada. Y es entonces cuando la propia ley ordena una reducción, que será variable, según la concurrencia de unos interesados que variarán también, dependiendo de las circunstancias del caso (cfr. op. cit., págs. 556-557).

[6] "La mejora en cosa determinada", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961, pág. 294.

[7] Cfr. Comentario del artículo 829, en "Comentarios al Código Civil español", tomo VI, vol. I, 8ª edición revisada y puesta al día por L. MARTÍNEZ CALCERRADA, Reus, Madrid, 1973, pág. 820.

Para LACOSTE el precepto, concebido con un "espíritu muy liberal y de gran equidad", ofrece la padre la posibilidad de, *"bien demostrar su afecto por un hijo determinado, bien perpetuar las tradiciones de familia, conservando un objeto, una finca, etc., en manos del hijo que crea más digno y apto para asegurar la tradición"* (cfr. "La mejora", (Traducción de la versión francesa por L. García Guijarro), Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1913.

perjuicio de los demás legitimarios, trastoca la composición material de las participaciones de éstos[8].

De esta suerte, ex art. 829 C.c., el empresario testador puede mejorar en la empresa (cosa concreta y determinada, y no conjunto de cosas variadas sin conexión entre sí) al hijo o descendiente que haya elegido, por su formación y capacidad empresarial, para sucederle en la jefatura de la empresa, e incluso podrá asimismo mejorarle en la empresa asignando la misma a una cuota de la herencia que no podrá superar so pena de su reducción en metálico. En todo caso, para que haya mejora de cosa determinada del artículo 829, la empresa ha de ser *substantia dispositionis*, y no simplemente *solutio dispositionis*, esto es, el complejo empresarial ha de figurar en el acto dispositivo de la mejora, y no en el acto particional complementario a la misma, que es solamente un negocio funcionalmente subordinado al de mejora, y cuyo fin no es provocar la mejora, sino llevar a cabo una atribución en pago de la misma, efectuarla materialmente[9].

En resumidas cuentas, la mejora en cosa determinada sabiamente utilizada, en testamento o fuera de él, puede muy bien servir al designio de la conservación de una empresa en el tránsito de una generación a otra[10].

---

[8] Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. J. : op. cit., pág. 10.

[9] Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. J. : op. cit., págs. 22-23.

En el mismo sentido advierte DE LOS MOZOS que, en la auténtica mejora de cosa determinada, ésta cumple la función de cuota, de modo que el exceso en la distribución según el artículo 829 C.c. provoca automáticamente el suplemento en metálico de los otros legitimarios no mejorados ; en cambio, si la asignación de cosa cierta se efectúa como consecuencia de una disposición de cuota, entonces la cosa cierta actúa, solamente, *divisione causa* y no se produce automáticamente el beneficio *solutionis* respecto de las legítimas de los legitimarios no mejorados (cfr. "Propiedad, herencia y división..." cit., págs. 122-123 ; y en su artículo "Hacia un Derecho Sucesorio Agrario..." cit., pág. 559).

[10] El precedente concreto del artículo 829 C.c. se encuentra en las Leyes 19 y 20 de Toro, pues la primera permitió al padre, a la madre y a los abuelos, ya fuera en vida o al tiempo de su muerte, *"señalar en cierta cosa o parte de su hacienda, el tercio y quinto de la mejora", "con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte ; pero mandamos que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio o quinto como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra*

A) Los requisitos de aplicación del artículo 829 del Código Civil

Para el estudio de la concreta aplicación del precepto citado distinguiremos, como hizo DE LA CÁMARA, entre los puntos de vista objetivo, subjetivo y funcional[11].

a) Requisitos objetivos : ¿exigencia de la indivisibilidad del objeto de la mejora en cosa determinada?

Ya en los primeros años de vida del Código Civil, hizo notar SCÆVOLA que todas las cosas susceptibles de apropiación podrán ser objeto de mejora, y en su virtud recaer ésta ya sobre una casa, un prado o una huerta, ya sobre una alhaja, un cuadro u otro bien mueble[12]. Es obvio pues, que no cabe duda alguna sobre la posibilidad de que la empresa sea objeto de la disposición de mejora en cosa determinada, y más aún una vez que hemos afirmado que la empresa constituye objeto unitario transmisible mortis causa[13].

---

persona". En estas Leyes la reducción se hacía *in natura* si la disposición superaba los límites establecidos.

El Proyecto de 1851 recogió la institución sin introducir reforma alguna significativa, pues, en su art. 661 se limitó a disponer que *"El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda de la medida legal de aquélla, pero no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aún al mismo mejorado..."*. Es en el Anteproyecto 1882-1888 cuando por primera vez la posibilidad de la reducción en metálico, al decir en su artículo 814 : *"El que hace la mejora podrá señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda del tercio destinado a mejora, de la cuota disponible y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, debiendo éste abonar a sus hermanos la diferencia, si la hubiere, en metálico o en valores"*.

Vemos pues que este último precepto tiene respecto del actual artículo 829 C.c. tres diferencias fundamentales : a) habla expresamente de la posibilidad de imputar la cosa cierta no sólo al tercio de mejora y a la legítima del mejorado, sino también al tercio de libre disposición ; b) refiere la compensación a "los hermanos", y no a los interesados, como hace la norma vigente ; y c) prevé la reducción no sólo en dinero, sino también en valores.

[11] Vid. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 923 y ss.

[12] Cfr. Comentario del art. 829, en su obra "Código Civil", tomo XIV, 4ª edición revisada y puesta al día por F. ORTEGA LARA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, pág. 581.

[13] Vid. *supra*, Capítulo Primero de la Primera Parte de esta tesis.

Igualmente, a la hora de disponer una mejora en la empresa podrá el empresario, si este es su criterio, separar la nuda propiedad del usufructo[14]; de tal modo que serían plenamente válidas las disposiciones siguientes: *"Instituyo herederos a mis hijos Primus, Secundus y Tertius, y mejoro a mi hijo Primus, que ha colaborado conmigo en la Empresa «X» de mi propiedad, desde sus inicios, con el usufructo vitalicio de la misma, a fin de que continúe su dirección en la misma línea y conforme al espíritu de esta casa"*; o *"Mejoro a mi nieto Petronius en la empresa «Y» de mi propiedad, pero es mi deseo que mi cónyuge tenga el usufructo de la misma mientras viva"*. En todos estos casos, será necesaria una capitalización del derecho, a los fines de la determinación del valor para las operaciones de imputación.

El problema más importante que, desde el punto de vista objetivo, ha venido planteando el artículo 829 C.c. se refiere a si es o no exigible para la compensación en metálico que la cosa determinada, objeto de la mejora, no admita cómoda división. El silencio del precepto, frente a las normas contenidas en los artículos 821-822, 1062, 1056.2º... C.c., que prevén la reducción *ad valorem* sólo en ciertos casos de indivisibilidad de la cosa, hizo dudar a la doctrina sobre si tal requisito de indivisibilidad había de suponerse implícito en la norma que estudiamos. Así pues, en esta materia, la opinión de los autores está dividida entre los que piensan que la cosa no ha de ser indivisible, puesto que el Código nada dice; y los que estiman oportuno

La doctrina está de acuerdo sobre la posibilidad de que la empresa, sea mercantil o agrícola, conforme el objeto de una mejora en cosa determinada; vid. por todos LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO FERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J.: "Elementos de Derecho Civil, tomo V, Derecho de Sucesiones", Quinta edición, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993, pág. 379; y LÓPEZ JACOISTE, J. J.: op. cit., págs. 292 y ss.

[14] Así lo observó Q. M. SCÆVOLA (op. cit., págs. 581 y 582), para quien, comprendiendo el concepto de cosa varios elementos, substancia, uso y fruto, no hay dificultad en que la mejora comprenda sólo la substancia, es decir, la mera o nuda propiedad, ni tampoco en que se deje al mejorado el derecho de uso o el usufructo de una cosa determinada.

integrar la norma contenida en el art. 829 C.c. con las demás que, en el Código Civil, contemplan la reducción en dinero.

Al primer grupo pertenece MANRESA, el cual, en su comentario al artículo 829 C.c. expresó: "obsérvese que no se exige que se trate de cosa indivisible o de difícil división. Sea como sea, el testador quiso que la recibiese el mejorado, y la ley, respetando esa voluntad, se la asigna íntegra"[15].

De la misma idea es también LÓPEZ JACOISTE[16] y, frente a los que entienden que tal requisito es innecesario porque es precisamente la ley la que, en estos casos, confiere a la cosa el carácter de la indivisibilidad, afirmó que el Código ni toma en cuenta tal requisito como presupuesto del art. 829, ni lo impone en virtud de la aplicación del precepto. Se trata — dice el autor — de una nota indiferente y ajena a la materia, pues, el hecho de que la cosa se entregue al mejorado a pesar de exceder su valor de lo que puede recibir, y a pesar de ser susceptible de cómoda división, no significa hacerla jurídicamente indivisible, sino afirmar la virtualidad de la mejora para transmitir, plena y unitariamente, la cosa en que hubiera sido señalada, desde el patrimonio del causante hasta el del mejorado[17].

Igual posición defiende DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, para quien, precisamente el contraste entre el silencio del art. 829 sobre este extremo y lo dispuesto en los 820.1 y 832 (que se remite al 1062), corrobora que, para la

[15] Vid. op. cit., pág. 819.

[16] Éste afirma que *"a efectos de su atribución al mejorado, es innecesario que se trate de cosa indivisible. A diferencia de lo establecido en el artículo 1062, que supedita la adjudicación de la cosa a uno de los coherederos al hecho de ser indivisible o desmerecer mucho por su división, el artículo 829 no exige ese requisito"* (vid. op. cit., pág. 233).

[17] Cfr. op. et loc. últ. cit.

mejora en cosa cierta, admite la ley la reducción *ad valorem*, abstracción hecha de la divisibilidad o indivisibilidad de su objeto[18].

La postura contraria es sostenida principalmente por VALLET DE GOYTISOLO[19], el cual observa que un examen histórico del precepto, manifiesta que las Leyes 19 y 20 de Toro y sus comentaristas partieron siempre de distinguir si las cosas o la parte de la hacienda admitían o no cómoda división. Y además, una visión panorámica y sistemática del Código Civil muestra que ningún otro precepto (arts. 821, 1056.2º y 1062 C.c.) concede esta facultad en materia de legítimas de hijos y descendientes, sino fundándose en la indivisibilidad de la cosa, o en el deterioro que en ésta produciría su división, o en lo incómoda que la misma resultaría. Por ello, le parece lo más adecuado suplir en el mismo sentido el silencio del artículo 829, ya que, el hecho de que literalmente no lo exija la norma, no parece que pueda significar otra cosa sino, a lo más, que parte de la presunción de que la cosa determinada no es divisible, por lo que el criterio del testador sólo es revisable por los Tribunales, cuando evidente y ostensiblemente, la cosa sea cómodamente divisible sin deterioro alguno ni desvalorización importante de la misma[20].

---

[18] Cfr. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 923.

Del mismo parecer son también ROCA SASTRE (vid. "Notas al Derecho de Sucesiones de KIPP", en ENNECERUS-KIPP-WOLF, tomo V, vol. II, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 362) y GARRIDO DE PALMA, al decir éste que *"dentro del texto legal encaja todo caso imaginable de bien y derecho"* (vid. op. cit., pág. 227).

[19] Estima VALLET que sostener lo contrario equivaldría a convertir la compensación en metálico entre legitimarios en regla general, de modo indirecto, precisamente inducida a través de un artículo específico y en virtud de su interpretación, rigurosamente literal, que luego es elevada a regla general mediante una analogía extensiva (Vid. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil", A.D.C. 1970, pág. 80 ; y en su Comentario del artículo 829 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" (dirigida por M. ALBALADEJO), tomo XI, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, 1982, pág. 347).

[20] Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima..." cit., págs. 80-81 ; y en su Comentario del art. 829 C.c. para los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales..." cit., pág. 347-348 ; así como en su Comentario al art. 829 C.c. en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", Ministerio de Justicia, tomo I. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2056.

De todas formas, en atención a la transmisión de la empresa, objeto de nuestro estudio, es indiferente la posición que se adopte, ya que, como repetidamente se ha advertido, entendemos que la empresa, cual organización de elementos heterogéneos a los fines de la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado, constituye unidad económica y funcional relevante para el Derecho y es susceptible como tal de ser objeto de tráfico jurídico[21]. La cuestión sólo puede plantearse cuando se trate de una empresa compleja, comprensiva, por ejemplo, de más de un centro de producción, o de varias sucursales, relativamente independientes entre sí desde el punto de vista económico. En estos casos, la división económica parece posible. Pero, no obstante, hay que tener en cuenta que la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas radica fundamentalmente, más que en ellas mismas, en los servicios que pueden prestar, y no cabe duda que una empresa es siempre funcionalmente indivisible, por muy compleja que ésta sea, y así debe transmitirse a la muerte del empresario creador.

Se olvida VALLET, en su interpretación sistemática, de un grupo de artículos : 841-847, que, entre sus requisitos, no exigen la indivisibilidad de la cosa para permitir el pago en dinero de las legítimas.

Este criterio parece, sin embargo convencer también a DE CASTRO GARCÍA (vid su Comentario del art. 829 C.c., en la obra colectiva : "Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia", tomo III, dirigido y coordinado por J.L. ALBÁCAR LÓPEZ, Editorial Trivium, Madrid, 1991, pág. 753), al decir : *"... hay que concluir que el hecho de que el texto de la norma no exija literalmente tal circunstancia de la indivisibilidad no puede significar otra cosa que la presunción de que el objeto determinado es indivisible, de manera que el criterio del testador sólo puede ser revisado por los Tribunales cuando la cosa sea cómodamente divisible, sin que ello ocasione menoscabo alguno ni su desvalorización importante".*

Igualmente, en la misma línea O'CALLAGHAN MUÑOZ observa que una interpretación finalista y sistemática del artículo 829 C.c., sobre todo si se lo pone en relación con los arts. 821, 1056.2º y 1062, lleva a la exigencia del requisito de que la cosa no admita cómoda división ; y, si bien, en contra puede argumentarse que hoy, tras la reforma de 13 de Mayo de 1981, los artículos 841 y ss. del Código Civil admiten con carácter general el pago en dinero de la legítima, hay que tener en cuenta que en éstos la admisión del pago en metálico se subordina a unos requisitos formales y a unos plazos no previstos en el art. 829. Por ello entiende que debe concluirse que, a pesar de que no se exija literalmente la indivisibilidad de la cosa, la norma del art. 829 sólo será aplicable en tal caso (cfr. "Código Civil Comentado y con Jurisprudencia", La Ley - Actualidad, S.A., Madrid, 1996, pág. 785).

[21] Vid. *supra*, Capítulo Primero de la Parte Primera.

b) Requisitos subjetivos (remisión a la doctrina general)

En este ámbito no hay especialidades, pueden mejorar en cosa determinada los ascendientes a sus hijos o descendientes (arts. 808.2º y 823 del Código Civil), y podrán ser mejorados no sólo los hijos o descendientes que sean legitimarios en la sucesión concreta, sino también aquéllos que no lo sean por existir descendientes de grado intermedio (puede ser mejorado un nieto en vida de su padre, art. 823 C.c.[22]). Así pues, el Código Civil permite al empresario causante de la sucesión un amplio margen de libertad, pudiendo elegir entre todos sus descendientes al que considere más apto para la continuación de la empresa.

c) Requisitos institucionales

La mejora de un hijo o descendiente en la empresa del ascendiente, ¿constituirá siempre una disposición a título singular (donación o legado) ? o, ¿es posible la mejora en cosa determinada a título de heredero ?

La naturaleza jurídica de la mejora en cosa cierta no es pacífica en nuestra doctrina científica. Así pues, VALLET DE GOYTISOLO estimó que el artículo 829 del Código Civil presupone una mejora ordenada en testamento, y precisamente a título singular[23]. Y, en el mismo sentido, LÓPEZ JACOISTE entendió que "la naturaleza de la mejora en cosa cierta resulta clara : se trata

---

[22] Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre ellas en la de 9 de Mayo de 1990 (R.J.A. 1990/3696), al decir en su Fundamento de Derecho 4º : *"...la libertad de disposición fue ejercida sobre bienes, tercios de mejora y de libre disposición, y en favor de personas, el nieto, al que podía mejorar (art. 823), por lo que no se ha traspasado por la causante su limitada libertad de testar ni se ha violado el principio de intangibilidad de las legítimas ni se ha desconocido el tenor del art. 807"*.

[23] Vid. "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", A.A.M.N., tomo VIII, pág. 32. Aunque unas páginas después entiende que *"hoy es más fácil que la mejora pueda ir embebida en la institución hereditaria. Aunque el peso de muchos siglos de práctica y la materialización mental de la idea de la división de la herencia en tres cuotas inconmixtibles, haga que sea más corriente atribuirla mediante legados, bien sea dándole esta denominación o simplemente empleando el verbo mejorar o el sustantivo mejora"* (pág. 53). Y en su comentario al artículo 829 C.c. en los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" (op. cit., pág. 342), aclara que en dicho artículo cabe toda mejora, tanto las dispuestas en acto *inter vivos* como las ordenadas en testamento por legado o por institución de cosa cierta.

de un legado. Pues, en tal caso, el designio de desigualar se consigue mediante la atribución de la ventaja a título particular"[24].

Nosotros, sin embargo, estamos de acuerdo con CÁMARA ÁLVAREZ, cuando afirma que, desde el punto de vista institucional, la mejora en cosa determinada puede ordenarse tanto por vía de donación, como por vía de testamento ; y, con relación a las mejoras testamentarias, pueden constituir un legado o implicar institución de heredero (aunque no cabe duda que la forma jurídica que mejor cuadra a la mejora testamentaria en cosa cierta es el legado)[25].

Y no es obstáculo para ello lo dispuesto en el artículo 768 del Código Civil, ya que, como ha declarado la jurisprudencia en repetidas ocasiones, se trata de un precepto que contiene una regla interpretativa, y no imperativa, que puede desvirtuarse si resulta ser otra la voluntad del testador[26]. Por ende, consideramos plenamente posible, válida, e incluso conveniente[27], la disposición siguiente : *"Lego a mis hijos Sempronio y Caio lo que por legítima les corresponda, e instituyo heredero y mejoro a mi nieto Ticio en mi empresa*

---

[24] Vid. op. cit., pág. 52.

Y en tal dirección se manifiesta también VALLET MÁS (vid. op. et loc. cit) y CAZORLA GONZÁLEZ, la cual, ante la posibilidad de que la empresa agraria constituya objeto de mejora en cosa determinada, concluye que, en tales supuestos, nos hallamos ante un legado por aplicación del artículo 768 C.c. (cfr. "El Derecho Sucesorio Agrario Español", Ilustre Colegio Notarial de Granada, (Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado), Granada, 1998, pág. 76).

[25] Cfr. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 926.

[26] La S.T.S. de 9 de Marzo de 1993, (R.J.A. 1993/2053), declaró que *"en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al art. 768 citado un carácter imperativo sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos que ha de utilizar el Juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria ; dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él se contiene una presunción «iuris tantum» en virtud de la cual si a una persona se la deja una cosa determinada se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero"* (F.Dº. 2º).

[27] Por lo que la institución de herederos significa respecto a la responsabilidad por las deudas de la empresa caída en sucesión, para aquéllos que no han de recibirla.

«R»". La hipótesis encaja en el artículo 829 C.c., correspondiendo al mejorado el único título de heredero, sin que pueda decirse que, en este caso, la empresa constituiría un prelegado, de modo que el nieto mejorado fuera legatario por lo que a la mejora de empresa correspondiere, y heredero en cuanto al resto. En supuestos como éste no hay duda de que la voluntad del causante es que el instituido lo sea a título universal.

B) Los problemas de imputación y reducción del objeto de la mejora en cosa determinada en el artículo 829 del Código Civil

Como hemos visto, el artículo 829, tras declarar la posibilidad de la mejora en cosa determinada, dice en su segundo párrafo : *"Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados"*. Si observamos el primer inciso de este párrafo, percibiremos que se refiere a las dificultades de la imputación del valor del objeto recibido como mejora ; mientras que el segundo encierra una fórmula especial para la reducción del exceso de valor de la cosa sobre la porción disponible en favor del mejorado. Pues bien, la problemática que la redacción del precepto plantea sobre tal imputación y reducción es lo que vamos a estudiar en este epígrafe.

a) La cuestión de la imputabilidad de la empresa, objeto de la mejora en cosa determinada, al tercio de libre disposición

Los problemas de imputabilidad que suscita el artículo 829 C.c. surgen a raíz de la letra del propio precepto (*"si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado... "*), que omite toda referencia al tercio de libre disposición, a la hora de imputar el valor de la cosa determinada objeto de mejora, a diferencia de lo que disponía el artículo 814 del Anteproyecto 1882-1888[28].

[28] Vid. *supra*, nota al pie nº 10.

Por ende, a partir de aquí, son dos los problemas que se ofrecen al jurista : el primero reside en la posibilidad de imputar, al menos en parte, el valor de la cosa, objeto de la mejora, al tercio de libre disposición ; y el segundo, en caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, se refiere al orden que ha de seguirse en la imputación, es decir, a la prioridad entre la legítima estricta del mejorado y el tercio de libre disposición a la hora de recibir la imputación del exceso de valor.

Por lo que al primer asunto respecta, hay que decir que las cuestiones de imputabilidad suscitadas por el artículo 829 C.c. dividieron, desde muy tempranamente, a los estudiosos del Código Civil en partidarios de una interpretación literalista, y defensores de una interpretación finalista que prescindía del texto literal de la norma.

Fueron literalistas y, por tanto, excluyeron toda imputación del exceso al tercio libre, la mayoría de los primeros comentaristas del Código Civil, entre los que destaca SCÆVOLA[29], y otros autores como LACOSTE[30] o ROMERO VIEITIEZ[31].

---

[29] Vid. op. cit., pág. 582.

[30] Este autor considera la mejora y la parte de libre disposición como separadas por una barrera infranqueable, de modo que el paso de una a la otra, aun tratándose de descendientes, no es insensible : *"Cuando se habla de mejora de tercio y quinto, se mezcla y parece identificar dos nociones, que son, sin embargo, muy diferentes : la de mejora propiamente dicha, ventaja sacada de los cuatro quintos que constituye la reserva de los hijos, y la cuota de libre disposición. Estas dos masas de bienes no tienen en común más que la posibilidad de poderse encontrar, en ciertos casos, entre las manos de un mismo propietario. Son distintas en cuanto a su origen ; opuestas en cuanto a su naturaleza y caracteres. La una, aherrojada en la reserva, o, por lo menos, en un círculo muy restringido de herederos ; la otra, franca e independiente ; en fin, cada una de ellas rígese por reglas particulares..."* (op. cit., pág. 178).

[31] Vid. "La mejora", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 113.

tercio de mejora, deberá ser acogido en aquel ámbito de libertad no ocupado por una disposición expresa del causante ; pues el verdadero tope cuantitativo, a partir del cual procede el suplemento en metálico previsto por el artículo 829, no es siempre el que señala el tenor literal de este precepto, sino el formado por el tercio de mejora, el tercio de libre disposición en la medida en que, en su caso, no esté afectado por otras disposiciones, y la parte de legítima corta del mejorado[39].

Tal opinión es sostenida también por LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, para quienes procede la imputación en el tercio libre no destinado mediante liberalidades precedentes, antes de reducir una disposición que no es inoficiosa[40].

---

legítima estricta ; sin embargo, en los tres artículos es necesario contar con la porción olvidada. Estos preceptos son, para el autor, ejemplos de la intercomunicación entre las diferentes porciones (vid. op. cit., págs. 147-151).

[39] Cfr. op. cit., pág. 134.

A juicio de este autor, los tercios de mejora y libre disposición no son, compartimientos estancos, antes bien, resulta absurdo mantener su impermeabilidad cuando se trata de descendientes, porque, en estos casos, en virtud de la textura funcional que los une, emergen conjuntamente (vid. op. cit., págs. 143-144).

Por otra parte, LÓPEZ JACOISTE analiza el inciso segundo del referido artículo, y observa que en el mismo se comete el error de realizar una imputación parcial, por lo que se reduce la disposición sin imputarla previamente en su totalidad : *"...Dice* (el art. 829 C.c.) *que se refiera el valor de la cosa primero al tercio destinado a legítima* (sic), *luego, en lo que fuere necesario, a la parte de legítima estricta del mejorado, y seguidamente ordena que, si todavía hubiera exceso, el mejorado abone en metálico la diferencia a los demás interesados. Nótese como en cuanto a ese exceso no hay imputación previa, sino —directamente— reducción. Porque la orden de abonar en metálico supone una reducción y no una imputación"* (op. cit., pág. 153).

[40] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. ; SANCHO REBULLIDA, F ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 409. Según estos autores, *"es tan ilógico rechazar la imputación en el tercio libre no destinado mediante liberalidades precedentes, que procede considerar la omisión de la mención de dicho tercio en el art. 829 como un descuido del legislador que puede salvarse mediante la interpretación"* (ibídem).

Y en la misma dirección se pronuncian también PUIG BRUTAU (vid. "Fundamentos de Derecho Civil", tomo V, vol. 3º, Cuarta Edición, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 54-55) ; O'CALLAGHAN MUÑOZ (vid. "Código Civil Comentado y con Jurisprudencia..." cit., pág. 785) ; DE CASTRO GARCÍA (vid. op. cit., pág. 752) ; RIVAS MARTÍNEZ (vid. "Derecho de Sucesiones común y foral", tomo II, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 293) ; ROCA SASTRE MUNCUNILL (vid. "Derecho de Sucesiones", tomo II, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 212 y ss) ; VIDAL MARTÍNEZ (vid. op. cit., pág. 556-557)...

La segunda cuestión sobre imputabilidad que la norma del Código nos suscitaba, referíase al orden a seguir en la imputación del exceso de valor de la cosa, objeto de la mejora, sobre el tercio de este nombre, ¿ha de aplicarse en primer lugar a la legítima estricta o al tercio de libre disposición? Ciertamente, la cuestión no es baladí, porque de ella depende el alcance económico de la mejora; pues, si su valor se imputa primeramente en la legítima, la ventaja del mejorado se verá notoriamente disminuida.

En opinión de LÓPEZ JACOISTE el orden en la imputación habrá de ser el siguiente: "después de aplicar el valor de la cosa al tercio de mejora, y en cuanto a lo que excediere, debe computarse primeramente, a cuenta del tercio de libre disposición en la medida en que, por no haber sido objeto de otras disposiciones, pueda acoger la diferencia; luego, en la porción legítima del mejorado. Finalmente, si todavía hubiera exceso, procederá el abono del suplemento en metálico a los demás interesados"[41]. Y ello porque, bajo el punto de vista del autor, por tratarse precisamente de una ventaja, y estando en la mano del testador la libre disposición de los tercios segundo y tercero en favor de los descendientes, nada más superfluo que querer limitar sólo a uno el designio de desigualar; es más, el propio sentido gramatical de la expresión "mejora" muestra cómo se trata de algo que se concede fuera o además de la legítima, por lo que su imputación a ésta no debe ser sino un recurso postrero[42].

Por su parte, DE LA CÁMARA, propone estar a la voluntad del testador, que no hace falta que se manifieste expresamente, y es más, estima que, cuando aquél no haya señalado cuota, será probable su voluntad que el verdadero tope cuantitativo, a partir del cual proceda el suplemento en metálico, sea el formado por el tercio de mejora, el tercio de libre disposición, en la medida en que no esté afectado por otras disposiciones, y la parte de legítima corta del mejorado (cfr. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., págs. 915-916).

[41] Cfr. op. cit., pág. 164.

[42] Cfr. op. cit., pág. 167.

Siguen la opinión de este autor, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ (vid. op. et loc. últ. cit.); PUIG BRUTAU (vid. op. et loc. últ. cit.); DE CASTRO GARCÍA (vid. op. et loc. últ. cit.), etc...

MANRESA[32], sin embargo, al comentar el artículo 829 advirtió que "así como el artículo 828 prescinde de la legítima, que en su caso puede corresponder al legatario, el artículo 829 prescinde del tercio de libre disposición. Si hay legados o disposiciones que absorban ese tercio, el artículo 829 debe aplicarse estrictamente, y el mejorado debe abonar en metálico a los demás interesados el exceso o diferencia. Pero si este exceso no cabe en la parte sobrante que pueda quedar del tercio de libre disposición, parece lo más verosímil que se entienda que el testador dejó a su hijo o descendiente lo que pudo dejar a un extraño, y si bien se perjudicarán otros herederos, será en cuanto a una porción que no es legítimamente suya, y más natural es que sufran ellos el perjuicio que no el mejorado, respecto al cual expresó el causante su voluntad de que recibiese una cosa determinada o una porción de bienes superior a la que por mejora y legítima podía corresponderle". Parece, pues, defender una posición más audaz, despegada de la letra del precepto, aunque a renglón seguido añade : "En el caso de tratarse de cosa determinada es, sin embargo, imprescindible la aplicación del artículo 829", con lo que su postura no queda muy clara.

Es sobre todo a partir de VALLET DE GOYTISOLO[33], cuando se va a perfilar una nueva interpretación del precepto. Tras un análisis de los antecedentes históricos de la norma, sostiene VALLET que la misma se refiere a la mejora de cuota con asignación de cosa cierta, así como a la mejora de cosa determinada con señalamiento de cuota, pero no a la mejora de cosa cierta sin determinación de cuota[34]. Para este autor, cuando se dispone a favor de los hijos, coinciden totalmente la porción disponible y la susceptible de ser distribuida entre ellos como mejora ; por ello, ante la pregunta de si la sola

[32] Op. cit., págs. 819 y 820.

[33] Y de su conferencia sobre "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 24 de Enero de 1950.

[34] Cfr. "La mejora tácita..." cit., pág. 76-77 ; "Apuntes de Derecho Sucesorio", A.D.C., Abril-Junio, 1955, pág. 353 ; y su comentario del art. 829, en "Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales..." cit., pág. 345.

expresión de mejorar, sin indicar cuota concreta, presupone la designación del segundo tercio como cuota máxima, se inclina por la negativa, entendiendo que, comoquiera que el Código no usa siempre la palabra mejora en su limitada acepción, resultaría demasiado riguroso creer que el mero empleo de la palabra mejora supone la determinación de este tercio como cuota límite para la imputación, por lo que habrá supuestos en que la mejora se extenderá al tercio de libre disposición, por ser ésta la voluntad del causante[35].

En la misma línea, ROCA SASTRE, afirmó que "este art. 829 tendrá exacta aplicación cuando el valor del tercio libre haya sido dispuesto totalmente mediante donaciones o disposiciones testamentarias, o cuando el causante haya hecho una mejora de cuota con asignación de cosa determinada o una mejora de cosa determinada con señalamiento de cuota; en el primer caso, el abono del dinero por exceso de atribución deberá efectuarlo el mejorado a los destinatarios del tercio libre y en el segundo caso habrá de abonarlo a la herencia, o sea a todos los interesados en la herencia. Cuando el valor del tercio no ha sido agotado por donaciones y demás disposiciones testamentarias, quedando el mismo sin disponer en todo o en parte, si el valor del referido exceso de atribución al mejorado cabe en él, no deberá efectuar abono alguno, y en lo que no quepa solamente habrá de abonar la diferencia"[36].

Una elaboradísima construcción encontramos en LÓPEZ JACOISTE, quien, trayendo en su apoyo argumentos doctrinales, históricos[37] y sistemáticos[38], entiende que el exceso de valor de la cosa cierta, respecto del

---

[35] Cfr. "Apuntes de Derecho Sucesorio", cit., págs. 353-354 ; y en su comentario al art. 829, en "Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales..." cit., pág. 345.

[36] Op. et loc. cit.

[37] Las Leyes de Toro hablaban de *"tercio y quinto de mejoría"*, de donde resulta una concepción amplia de la mejora, como abarcando potencialmente la porción de libre disposición (que entonces era un quinto), (vid. op. cit., págs. 134-143).

[38] Analiza los artículos 821 y 828 C.c., en relación al 829, pues, mientras éste prescinde del tercio libre, el 821 no nombra explícitamente al de mejora y el 828 omite el de

La solución contraria viene abonada por la regla general, que reconduce primero a la legítima cualquier atribución al legitimario[43]

En nuestra opinión, mejorado un hijo o descendiente en la empresa del causante de la sucesión, y si éste nada ha dispuesto sobre la imputación, el valor de dicha ventaja habrá de imputarse, en primer lugar, en el tercio de mejora, posteriormente, siguiendo la norma general de imputación, en la legítima estricta (si el mejorado es heredero forzoso) que al descendiente corresponda en la herencia, y , por último, si hubiera espacio disponible en el tercio libre, por no haberlo agotado el testador ni ordenando legados o donaciones, ni institución de heredero (sí podría imputarse, sin embargo, cuando se tratara de una institución de heredero en el remanente[44]) procederá a imputarse en dicho tercio de libre disposición, reduciéndose el exceso en metálico, si aún lo hubiera.

Ésta, creemos, es la solución más justa pues, por una parte, evita la disfunción que, de aplicarse estrictamente el artículo 829 C.c., supondría

---

[43] Así lo exponen LACRUZ y SANCHO, que dudan de cual habrá de ser la tesis a acoger, pues si tal es la regla general, no cabe duda que la teoría de LÓPEZ JACOISTE se halla más cercana a la voluntad del causante, aunque perjudicará las expectativas sobre el tercio libre de los donatarios y legatarios ulteriores (cfr. "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 409).

[44] Este sería el caso de la siguiente disposición : *"Mi empresa "B", a la que he dedicado los esfuerzos de toda una vida, la dejo como mejora a mi hijo Augusto. En el remanente de la herencia instituyo herederos por partes iguales a mis hijos Petronio, Augusto y Claudio"*. Si, en este supuesto, el valor del patrimonio relicto resultara ser de 900 millones de pesetas, y la empresa fuera valorada en 600 millones, imputado el valor al tercio de mejora (300), y a la legítima estricta del hijo Augusto (100), habiendo todavía un exceso de 200 millones, podrá éste imputarse al tercio libre, ya que la institución de herederos de los tres hijos por partes iguales se había realizado en el remanente, siendo pues, voluntad del padre empresario que su hijo Augusto recibiese la empresa íntegra y lo más saneada posible, sin carga de pagos de excesos en metálico. De esta manera, sobrando tras dicha imputación aún 100 millones de la parte libre, ésta se repartirá por partes iguales entre los tres hermanos instituidos herederos.

Nótese que si en este supuesto hubiésemos seguido el orden de imputación propuesto por LÓPEZ JACOISTE, el valor de la empresa se habría imputado primeramente a la mejora (300), en segundo lugar al tercio de libre disposición (300), y el mejorado hubiera recibido su legítima íntegra, al quedar enjugado el valor de la empresa con los demás tercios ; percibiendo en este caso Petronio y Claudio tan sólo su legítima estricta.

reducir una disposición que no es inoficiosa por tener cabida en el caudal relicto (habría que reducir sin imputar previamente, tal y como decía LÓPEZ JACOISTE ; y, piénsese además que, en el caso de una empresa, el pago en metálico de la reducción supone un gran problema, que se convierte en un impuesto más, a sumarse al de Sucesiones, quedando endeudada la empresa durante años, y llegando a provocar, incluso, su enajenación) ; y, por otro, tutela las expectativas que cualquier interesado (v. gr., los instituidos herederos en el remanente, que a menudo son colegitimarios del mejorado,...) pudiera tener sobre el tercio de libre disposición, y no concede al mejorado más ventajas de las precisas.

b) La reducción en metálico del exceso del valor de la empresa, como mejora en cosa determinada

Una vez llevada a cabo la operación contable de imputación en el sentido anteriormente expuesto, puede ocurrir que aún exista un exceso de valor de la empresa, objeto de la mejora, que no ha podido ser enjugado, por lo que hay que proceder a su reducción, a fin de que las legítimas y los demás derechos conferidos a terceros no se vean conculcados. Esta reducción, según ordena la regla especial del artículo 829 C.c., habrá de hacerse en metálico, es decir, *ad valorem* y no *in natura*[45], por lo que, necesariamente, quedarán afectadas las percepciones hereditarias de los otros concurrentes a la herencia. Por ello, en este sentido, afirma LÓPEZ JACOISTE que, al reducir en dinero, sólo el aspecto cuantitativo de la mejora se reduce, mientras que el cualitativo permanece íntegro[46].

El artículo 829 ordena el abono de la diferencia en metálico *"a los demás interesados"*, pero, ¿quiénes son estos interesados ? Obsérvese que el

[45] A este respecto SCÆVOLA se pregunta si la expresión del Código indica que el pago ha de ser necesariamente en metálico con exclusión de otra clase de bienes. Su respuesta es afirmativa : a no ser que los interesados pacten otra cosa, el pago habrá de hacerse en dinero. El mejorado no podrá compeler a aquéllos a que acepten otros bienes (cfr. op. cit., pág. 583).

[46] Cfr. op. cit., pág. 182.

Código no habla sólo de legitimarios, sino que en la palabra "interesados" están englobados también los que lo estén en el tercio libre. El número de los interesados, que habrán de percibir, al menos en parte, su haber en metálico será muy variable, pues dependerá en cada caso de lo dispuesto por el testador en sus disposiciones de última voluntad y, en definitiva, de quienes concurran con el mejorado a la herencia del causante. Ahora bien, ha de tratarse de interesados en la diferencia entre el valor de la empresa y la porción del mismo que no ha podido ser acogida contablemente mediante la imputación. No son meros afectados en el sentido de que la mejora les detrae derechos que, en su ausencia, quizá tuvieran. Son interesados con un interés directo sobre tal diferencia, porque es concretamente ésta la que a ellos les falta para completar la percepción que, en la herencia, les corresponde[47].

¿Cómo se llevará a cabo la reducción ? Ya hemos dicho que dependerá de quienes concurran con el mejorado en la sucesión concreta. Así pues, si el testador ha dispuesto en testamento, junto con la mejora de empresa, otras mejoras de cuota, estamos de acuerdo con LÓPEZ JACOISTE en estimar que se reducen todas las mejoras (la de empresa sólo en su alcance cuantitativo) a prorrata, hasta que quepan. Y, entonces, el mejorado en la empresa deberá abonar en metálico la diferencia entre el valor de la misma y la cifra a que cuantitativamente haya quedado reducida su mejora por razón de esa concurrencia con las de cuota[48].

Esta solución, que aplica la regla general del artículo 820.2º C.c. (las mandas hechas en testamento se reducen a prorrata, sin distinción alguna), nos parece la más justa, pues, mantener las de cuota, reduciendo tan sólo la de cosa determinada, significaría una incorrecta aplicación del art. 829 C.c.

---

[47] Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. J. : op. cit., pág. 199.

[48] Cfr. op. cit., pág. 201.

Esto no obstante, en la mayoría de los supuestos de mejora en cosa determinada, los interesados se encuentran fundamentalmente en el tercio libre (legatarios y herederos) y en la legítima (legitimarios no mejorados). Así, habrá casos en que, por ser la empresa el único (o casi el único) bien valioso existente en la herencia, tanto legitimarios como legatarios (a no ser que lo sean de cosa cierta) o herederos, habrán de recibir su haber en metálico.

Si la empresa, objeto de la mejora, excede del tercio de este nombre y de la legítima del mejorado, y habiendo el testador ordenado, a cargo del tercio libre, institución de heredero o legados de parte alícuota que lo cubran totalmente o que, sin hacerlo, el margen restante no baste para enjugar el exceso de valor de la empresa, creemos que serán estos legatarios y herederos quienes habrán de sufrir la percepción en metálico, y no los legitimarios, que tienen derecho (mientras sea posible) a la intangibilidad cualitativa de su legítima[49].

Sin embargo, si el testador ha dispuesto del tercio libre en forma de legados de cosa determinada que lo cubran totalmente sin rebasarlo (o que no haciéndolo, no dejan espacio suficiente para la aplicación del exceso de valor de la empresa sobre el tercio de mejora y legítima estricta del mejorado), serán los legitimarios los que deban percibir su haber en metálico, sin que deban

[49] Así lo entiende DE LA CÁMARA que observa que *"si los destinatarios del tercio libre son extraños (o legitimarios de rango distinto), cabe sostener que el remanente, de haberlo, se destinará preferentemente al pago de la legítima de los no mejorados"* (Vid. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 917, nota al pie nº 281.

Como dijimos con anterioridad, creemos que el instituido heredero, a no ser que lo sea en el remanente, es también interesado, y ha de percibir su haber en dinero. Discrepamos así de LÓPEZ JACOISTE, para quien en favor del heredero, aunque éste no esté instituido en el remanente, no procede abono ninguno, pues estima que el llamamiento hereditario, en sí mismo considerado, no ofrece un alcance concreto que la mejora venga a frustrar. Para este autor, sólo los herederos instituidos en cuota o en cosa cierta, así como los legatarios de parte alícuota, por tener derecho a recibir en cuantía determinada, se pueden encontrar conectados con la diferencia (cfr. op. cit., págs. 204-205).

reducirse los legados, ni siquiera éstos y la mejora a prorrata, porque entonces carecería de sentido lo dispuesto en el artículo 829 C.c.[50].

Por último, si la empresa ha sido objeto de una donación otorgada con carácter de mejora, no entendemos de aplicación al caso el artículo 820.1º C.c. (que significaría respetar la donación mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando las mandas hechas en testamento). El artículo 829 C.c. es ley especial dentro de la regulación legal de la mejora, y deberá aplicarse se trate de mejora inter vivos o mortis causa[51].

C) La obligación de que el mejorado en la empresa continúe el ejercicio de la misma

Cuando, a los fines de la transmisión *mortis causa* de la empresa agraria, los juristas estudiaron la institución de la mejora en cosa determinada, observaron en ella un especial alcance funcional implícito en el propio señalamiento de la mejora. Así, el destino de la cosa, al quedar incluido en la mejora, por la mera acéptación de ésta, gravita sobre el mejorado, imponiéndole la exigencia de una acción explotadora[52].

Ahora bien, ¿hasta qué punto esa obligación de actividad explotadora y continuadora de la empresa es exigible ? La cuestión es difícil. Ciertamente, si la continuación de la actividad empresarial se ha impuesto por el testador

---

[50] Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : op. últ. cit., págs. 916 y 917 ; y en el mismo sentido LÓPEZ JACOISTE, J. J. : op. cit., págs. 206-207 : *"...si se trata de legados de cosa específica y propia del testador, como el legatario adquiere su propiedad desde la muerte del causante, la percepción de su derecho en metálico recaerá sobre los legitimarios, toda vez que la especial eficacia de tales legados desplaza hacia el tercio de legítima la convertibilidad a dinero"*.

[51] En este sentido LÓPEZ JACOISTE (op. cit., pág. 206) critica la postura contraria de MANRESA.

[52] Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. J. : op. cit., pág. 284.

como condición de la disposición[53], no hay duda alguna de que el incumplimiento de tal obligación llevará a cabo la revocación de la mejora, al ser de aplicación las normas establecidas por el Código para la institución condicional (art. 790 y ss. del Código Civil)[54]. Pero, si no ha habido disposición explícita en este sentido, no parece defendible la posibilidad de revocación por falta de explotación, pues la funcionalidad de este tipo de mejora no alcanza a concretarse en una verdadera causa resolutoria[55].

En el ámbito de la empresa mercantil, aunque con menor frecuencia, dicha cuestión puede igualmente plantearse. Así, ante disposiciones como esta : *"Es mi deseo mejorar a mi hijo Primus en mi empresa "C", a cuyo levantamiento él mismo ha colaborado, para que la continúe en la misma línea que hasta ahora ha conocido"*; si, muerto el padre, *"Primus"* vendiera la empresa, ¿habría de entenderse incumplida una condición impuesta por el testador al mejorado ? En nuestra opinión, no es muy probable. A lo sumo tal expresión constituiría un modo, por aplicación del artículo 797 C.c., pudiendo pedirse su cumplimiento por los otros legitimarios o interesados.

D) La delimitación entre los artículos 829 y 1056.2º del Código Civil

[53] FUENMAYOR daba, al respecto noticia, de que una de las obligaciones que el testador gallego suele imponer al mejorar es la siguiente : *"casarse y hacer cabeza en la casa petrucial, siguiendo en ella hasta su fallecimiento"* , es lo que se llama, con terminología regional *"casarse para la casa"* (cfr. op. cit., pág. 882).

[54] Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. J. : op. cit., pág. 285 ; y DE LOS MOZOS, J.L. : "Propiedad, herencia y división..." cit., pág. 124-125 ; aunque, afirma este último autor, que la posibilidad de revocación hay que restringirla, porque ha de referirse a la continuación de la actividad y no a las condiciones estrictas de la prestación del trabajo.

[55] En esta dirección se expresa LÓPEZ JACOISTE (vid. op. cit., págs. 285 y 286). En contra, recientemente, CAZORLA GONZÁLEZ ha estimado : *"...a mi entender, este razonamiento no ha sido profundizado en exceso porque pierde la idea de continuidad tan arraigada en cualquier norma de transmisión sucesoria agraria y olvida el principio básico de toda propiedad rústica, la función social de la misma. Así, y en base tanto al primer argumento individual como al segundo de ámbito general o colectivo, el legado resultaría ineficaz y pasaría al heredero o legatario que fuera profesional cooperador o en su defecto estuviera dispuesto a continuar con la explotación de la tierra"* (op. cit., pág. 80).

En conclusión, y tras lo visto, conviene resaltar las posibilidades que el artículo 829 C.c. (muy escasamente utilizado en la práctica) ofrece para la transmisión unitaria *mortis causa* de una empresa mercantil, sin que ello suponga su identificación (como a veces se ha querido entender) con el artículo 1056.2º C.c. ; y ello porque, mientras el primer precepto opera sobre el plano substantivo de la disposición, el segundo lo hace sobre el adjetivo de la partición (por lo que, en realidad, un precepto no excluye al otro, sino que son combinables).

Además, como advierte DE LA CÁMARA[56], el artículo 1056.2º C.c. presupone que el testador es consciente de que la explotación adjudicada constituye la parte más importante de su patrimonio, por lo que ordena que se satisfaga su haber a los demás hijos mediante el pago de su importe en dinero por el adjudicatario. En cambio, el artículo 829 prescinde de esta circunstancia. Siempre que el bien objeto de la mejora rebase el valor de lo que por todos conceptos tiene derecho a percibir el mejorado, éste puede hacer suya la mejora pagando en metálico el exceso, aunque no exista una disposición del testador que así lo autorice. Es decir, mientras que el artículo 1056.2º actúa sobre el supuesto de una disposición que revela expresamente la voluntad del testador en este sentido, el art. 829 presume esta voluntad.

También se ha manifestado que, exigiendo el artículo 1056.2º la existencia objetiva de una explotación unitaria propiamente dicha, el 829 prescinde de todo requisito objetivo[57], por lo que es conveniente la utilización

---

[56] Cfr. "Estudios de Derecho Mercantil", vol. II, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, pág. 361.

[57] Al respecto, ha afirmado LÓPEZ JACOISTE : *"El artículo 1056, en su párrafo segundo, exige la existencia objetiva de una explotación agrícola unitaria. De donde pueden derivarse ciertas dificultades, si el concepto de explotación se toma en sentido riguroso. Por otra parte, la noción de unidad constituye una cuestión de hecho a apreciar por el juzgador"* (vid. op. cit., pág. 290). Y en la misma dirección vid. DE LOS MOZOS, J.L. : "Propiedad, herencia y división..." cit., pág. 126 ; OREJAS, J.A. : op. cit., pág. 46 ; VIDAL MARTÍNEZ, J. : op. cit., pág. 557.

de esta última norma cuando se trate de la transmisión de una empresa aún en formación o de estructura compleja.

Por último, señala VALLET DE GOYTISOLO que, mientras en el artículo 829 C.c. el testador actúa por vía de mejora, sin excluir normalmente como herederos a los legitimarios no mejorados, en la ratio del artículo 1056.2º C.c. la fórmula de atribución de la explotación admite, incluso, la institución de todos por partes iguales con asignación a uno solo de la cosa, siempre a calidad de abonar su parte en dinero a los demás[58].

2. EL LEGADO DE COSA ESPECÍFICA Y DETERMINADA

Otra institución que, en nuestro Código Civil, permite la atribución de la empresa a un sucesor único es el legado de cosa específica y determinada del artículo 882, pues es indudable que la empresa, considerada como objeto unitario en el tráfico jurídico, puede constituir objeto de legado de cosa cierta[59], legado de eficacia inmediata o dispositivo[60].

---

[58] Para este autor, el artículo 829 regula un procedimiento de mejora expresa, y en el artículo 1056.2º la mejora, si la hay, resulta generalmente de modo tácito (cfr. "Contenido cualitativo de la legítima..." cit., pág. 81).

[59] Así lo ha admitido la doctrina (vid. por todos : DÍEZ PICAZO, L. : "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil" en "Estudios de Derecho Privado", Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 320) ; y la jurisprudencia (vid., entre otras, las SS.T.S. 11 Febrero 1997, R.J.A. 1997/669 ; 26 Abril 1997, R.J.A. 1997/3542 ; 18 Noviembre 1997, R.J.A. 1997/7900).

En la misma línea se ha pronunciado la doctrina italiana (vid. por todos CASTELLI-AVOLIO, G. : "L'azienda commerciale nelle teorie e nella pratica del diritto", P. Federico e G. Ardia Librai-Editori, Napoli, 1925, pág. 254). Y en la alemana se ha señalado la posibilidad de que la empresa se transmita al sucesor a título de legado, pudiendo también constituir un legado preferencial, prelegado o legado en favor de un heredero (§ 2150 B.G.B. : *"Vorausvermächtnis"*), en cuyo caso el heredero recibirá la empresa como ventaja aparte y sin que se aplique a su porción hereditaria (vid. BROX, H. : „Zweckmäßige Gestaltung der Erbfolge im Unternehmen", J.A. 1980, pág. 562 ; INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND / ARBEITSKREIS „UNTERNEHMERNACHFOLGE" : "Erbfolge und Erbauseinandersetzung bei Unternehmen" IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1995, pág. 163 ; SUDHOFF, H. : "Handbuch der Unternehmensnachfolge", CH Beck' sche Verlagbuchhandlung, München, 1984, págs. 32-34 ; WALDNER, W. y RAUSCH, G. : "Das Testament des

En el legado de empresa propia del testador, el legatario adquiere directa e inmediatamente la propiedad de la empresa desde que aquél muere (art. 882 C.c.), produciéndose una sucesión particular del causante al legatario[61]. Sin embargo, dicha adquisición de la propiedad de la empresa no conlleva correlativamente la adquisición de la posesión, la cual, en virtud del artículo 440 C.c., "se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante" ; por tanto, el legatario habrá de pedir la entrega y posesión de la empresa al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 C.c.)[62]. Es por ello por lo que, a no ser que el testador disponga otra cosa, en los casos de legado de empresa, surgen en favor del legatario simultáneamente dos derechos : el de propiedad sobre la misma, y el de crédito contra el gravado, cuyo objeto es la necesaria actividad de éste a fin de que se lleve a cabo el traspaso posesorio[63].

La empresa, objeto del legado, deberá ser entregada al legatario con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el causante (art. 883 C.c.), de donde resulta para el gravado el deber de conservación del artículo 1094 del Código. El legatario adquiere así, con el legado de empresa, cada uno de los elementos que la componen : el establecimiento (o el derecho arrendaticio sobre el mismo), las instalaciones, la firma o nombre comercial, las marcas y demás signos distintivos, los derechos de propiedad intelectual o

Unternehmers", Beck-Rechtsberater, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1997, pág. 66).

[60] Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J. : Comentario del art. 882 del Código Civil, en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2157.

[61] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. J. : op. cit., pág. 2158.

[62] Por las peculiaridades de dicha propiedad DÍAZ CRUZ la denomina *"propiedad legataria"* (vid. "Los legados", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951).

[63] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. J. : op. et loc. últ. cit.

industrial, los créditos y demás derechos incorporales, las expectativas, la clientela y los secretos industriales[64].

El artículo 882 dispone que el legatario "hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte". Advierte SÁNCHEZ CALERO que, no obstante, el legatario, por prescripción del artículo 356 C.c., queda obligado a pagar a los herederos los gastos de producción de los frutos que hubiese sufragado el testador[65]. El primer problema que surge al intentar aplicar estos preceptos al bien peculiar que es la empresa, consiste en fijar cuáles son los frutos de la empresa, y es más, de qué tipo de frutos (industriales o civiles) se trata. Sobre esta cuestión afirma con acierto, a nuestro aviso, LACRUZ BERDEJO que los frutos de la actividad empresarial industrial, comercial o de servicios, cuando se desarrolla sobre la base de un capital, son los beneficios[66].

---

[64] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. : "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 320 ; y en el mismo sentido vid. SIMO SANTONJA, V. : "Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa", A.A.M.N., 1984, tomo XXIV, págs. 133-134 ; y FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. : "Problemas de la transmisión de la empresa familiar", Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999, pág. 286.

[65] Op. cit., pág. 2159.

[66] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO FERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico", Nueva edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 1999 pág. 44 : "*... En un segundo aspecto, y frente a estos frutos inmediatos, la actividad industrial o simplemente comercial o de servicios, cuando se desarrolla sobre la base de un capital — utillaje, establecimiento, etc. —, produce unos beneficios que no son atribuibles a la pura actividad personal : los beneficios pecuniarios de explotación del trabajo ajeno, de la máquina, de la clientela, que reciben el mismo trato jurídico que las producciones orgánicas o inorgánicas, y son clasificados con el mismo nombre de frutos*".

En contra, DE LOS RÍOS SÁNCHEZ niega que los beneficios empresariales puedan considerarse como frutos del establecimiento. En su opinión : "*..., el fruto presupone una actividad productiva sobre el propio bien, del que se goza según su destinación económica ; el beneficio presupone, a su vez, una actividad especulativa, respecto a la cual la actividad productiva propiamente dicha, que puede existir, sería solamente un momento, dado que constituye un medio para realizar la otra... El fruto, producto de una cosa matriz, es bien diferente del beneficio, resultado de una actividad*" (cfr. "Comunidad de bienes y empresa", McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 105-117).

Observemos que, al definir los frutos de la empresa como los beneficios de la misma, estamos ya aplicando, precisamente para hallar el fruto, el artículo 356 C.c., porque el beneficio de la empresa industrial o comercial no es sino el superávit de los ingresos sobre los

Ahora bien, ¿cómo se reparten estos beneficios entre herederos y legatario de la empresa? Dependerá de si se consideran frutos civiles o industriales. Por la consideración de los beneficios de la empresa como frutos civiles aboga LACRUZ BERDEJO citando a CASTÁN TOBEÑAS, que alegó que las utilidades líquidas obtenidas por las empresas proceden de operaciones contractuales o, lo que es igual, de la venta de sus productos, y es argumento claro en el mismo sentido el artículo 475, al ordenar el reparto de los beneficios de la explotación industrial o mercantil, aunque no tengan vencimiento fijo, como *frutos civiles*. Es más, estos frutos carecen de individualidad en la empresa mientras no se repartan a los socios o se retiren por el comerciante individual, simbolizándose hasta entonces por una cifra contable[67].

---

gastos (incluidas amortizaciones), superávit que, como dice el propio LACRUZ, constituye un fruto muy peculiar, ya que no existe como cuerpo concreto, sino que consiste en la diferencia de valor del patrimonio afecto a la empresa desde el día inicial al final del ejercicio económico (cfr. op. últ. cit., pág. 45).

Realmente, y en la actualidad, partir del concepto económico de beneficio es la tendencia doctrinal general a la hora de definir toda clase de frutos (incluso los naturales e industriales), vía que posibilitará la formulación de un concepto unitario de los frutos, así DÍEZ PICAZO (vid. "Producción de los bienes y rendimiento económico", R.C.D.I., 1978, pág. 473 y ss.) afirma que es fruto en sentido jurídico lo que es renta en sentido económico, y renta no es sino un excedente económico, es decir, las ganancias derivadas de la titularidad o de la utilización de un factor de producción deduciendo la suma necesaria para mantenerlo en uso e impedir que pase a otros. En este sentido señala LACRUZ que el concepto de fruto acaba por desembocar, según el propio Código (como consecuencia de la norma contenida en el artículo 356) en el de beneficio ; pues *"a partir de esta regla se relativiza la noción biológica de fruto en virtud de consideraciones económicas, pues si llegado el momento de restituir la cosa (posesión, cesación del usufructo, etc.) sólo es fruto lo que queda una vez deducidos los gastos, la condición de fruto o capital de las producciones naturales dependerá de que lo obtenido exceda o no de los gastos de producción"* (op. cit., pág. 48).

[67] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO FERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 3º..." cit., pág. 50.

Contrariamente, el Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 5 de Enero de 1925 (J.C. 1925, Núm. 6) y de 23 de Junio de 1931 (R.J.A. 1931/2101), consideró como industriales los frutos producidos por unas fábricas de hilados de algodón y un teatro, respectivamente ; argumentando en la primera de las citadas que el artículo 355.2 C.c., al hablar de *predios de cualquier especie*, comprende no sólo los rústicos o agrícolas, sino también los de otra clase, con tal de que produzcan a beneficio del cultivo o del trabajo ; siendo inmueble una fábrica o industria y produciéndose los frutos por el esfuerzo y el trabajo del hombre y expresando el diccionario que predio es hacienda, tierra o posesión o inmueble, notorio es — afirma el Supremo — que tales frutos son industriales.

Por nuestra parte, creemos que esta solución es la adecuada, habida cuenta además, que la categoría de frutos civiles se viene configurando por la doctrina reciente como categoría abierta, que acoge los supuestos de rendimientos que no tienen cabida en los estrechos límites o perfiles de los frutos naturales o industriales[68].

En consecuencia, entendidos los beneficios como frutos civiles, se consideran producidos por días (artículo 451.3º C.c.), esto significa que, a partir de su vencimiento o cadencia, la cantidad ha de dividirse por el número de días que componen el ciclo productivo, y atribuirse al titular del derecho en proporción a los días de ese ciclo en que fue titular del mismo[69]. De esta forma, siendo el periodo de generación de los beneficios empresariales de un año, al terminar el ejercicio económico anual, los beneficios obtenidos en el mismo se prorratearán entre herederos y legatario atendiendo al momento de la muerte del testador, ya que, a partir de la misma, corresponden al legatario que ha devenido, desde aquel instante, titular de la empresa.

Por último, el artículo 882 C.c. dice en su párrafo segundo que la cosa objeto del legado correrá, desde la fecha de la muerte del testador, "a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora". Esto es, a partir del instante mismo del

---

La conclusión a la que llega la primera sentencia es criticada por R. LÓPEZ VILAS (vid. Comentario del artículo 355 en el "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1000), al estimar éste que el Tribunal Supremo incurre "en el error de considerar frutos industriales lo que en definitiva son beneficios de una industria y que como tales beneficios son utilidades líquidas obtenidas con la concreta explotación fabril de que se trate".

[68] Cfr. LÓPEZ VILAS, R. : op. cit., pág. 1001.

Para DE LOS RÍOS (op. cit., pág. 106), por el contrario, de acuerdo con el italiano TANZI, *"... la de fruto civil no es una categoría residual a la que reconducir toda clase de ingresos no encuadrables entre los frutos civiles, sino más bien un tipo en sí mismo con su propia definición positiva".*

[69] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO FERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 3º..." cit., pág. 53.

fallecimiento del causante, el legado de empresa adquiere eficacia, y por ello, desde aquel momento, el legatario es acreedor de la entrega de la empresa frente al gravado, por lo que el daño o provecho de ésta corre a cargo del legatario[70].

Las bondades de esta vía de transmisión de la empresa del causante a un sucesor único han sido alabadas por la doctrina científica, que ha puesto de manifiesto la ventaja que constituye la posibilidad de su utilización tanto por el causante que tenga sucesores extraños, como por el que tenga legitimarios, especialmente cuando, por razón de la entidad del caudal hereditario, tal legado de empresa no se halle sujeto o amenazado de reducción por inoficiosidad[71].

Por su parte, la doctrina alemana, ha considerado especialmente apropiada la institución del legado de cosa determinada para la transmisión unitaria *mortis causa* de la empresa, en los casos en los que el causante, en el momento de otorgar testamento, no está todavía seguro acerca de a cual de sus descendientes habrá de ser confiada la dirección de su empresa[72]. Tal ocurre en numerosas ocasiones cuando, al tiempo de la redacción de la disposición de última voluntad, los hijos son aún menores de edad o muy jóvenes, de modo que es difícil para el padre adivinar cuál de ellos será el más idóneo a los efectos de la continuación de la empresa.

---

[70] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. J. : op. cit., pág. 2160. En efecto, estamos de acuerdo en entender que, en los legados de cosa determinada (como es el de empresa), ya sean de eficacia directa u obligatoria (si así lo hubiere ordenado el testador), el riesgo o provecho es atribuido al legatario en cuanto acreedor de la prestación de entrega, no en cuanto propietario ; pues, contrariamente, en el supuesto de los obligatorios, el riesgo habría de atribuirse al gravado, en cuanto propietario del bien hasta el momento de la entrega (ibídem).

[71] Así lo han afirmado para la empresa agrícola : DE LOS MOZOS, J.L. (vid. "Propiedad, herencia y división..." cit., pág. 127) ; FERNÁNDEZ COSTALES, J. (vid. op. cit., pág. 34) ; OREJAS, J. A. (vid. op. cit., pág. 47).

[72] Cfr. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND / ARBEITSKREIS „UNTERNEHMERNACHFOLGE" : op. cit., pág. 165 ; y en el mismo sentido WALDNER, W. y RAUSCH, G. : op. cit., pág. 68.

Así pues, en tales situaciones, dado que el B.G.B. prohibe en su parágrafo 2065.2º que se deje a un tercero la designación de quién habrá de ser instituído heredero y suceder por tal título en la empresa; puede el testador acudir al instrumento que estudiamos, porque el § 2151 B.G.B. consiente al causante designar un círculo determinado de personas y conceder a un tercero la elección de quién de ellas ha de recibir el legado[73]. Normalmente este círculo de personas lo formarán los descendientes o parientes cercanos del causante, y la facultad de determinación se concede al ejecutor testamentario o a un directivo de la propia empresa[74]. Esta norma permite también que el testador deje a un tercero la facultad de concretar las participaciones que los legatarios han de recibir en el objeto legado (en el caso en que se ordene la constitución de una sociedad); o incluso que se encomiende al tercero la decisión acerca de cuales de los bienes legados deben recibir los distintos legatarios (v. gr.. se asigna a un legatario la empresa y a otro el patrimonio inmobiliario de la misma). De esta manera se concede al testador amplia libertad de movimientos a la hora de organizar su sucesión en la empresa[75]. Sin embargo la posibilidad sancionada en este precepto deberá ser utilizada con precaución cuando, aparte de la empresa, no existan apenas otros bienes importantes en el patrimonio del causante. En este caso — advierten WALDNER y RAUSCH — la adjudicación de la empresa como legado, en realidad puede ser tomada como una institución de heredero, y existe el peligro de que los Tribunales estimen dicha cláusula de señalamiento por tercero del favorecido con el legado como inválida y sin efectos[76].

---

[73] Dicho parágrafo dispone en su primer párrafo: *"Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll"*.

[74] Cfr. WALDNER, W. y RAUSCH, G.: op. et loc. últ. cit.

[75] Cfr. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND / ARBEITSKREIS „UNTERNEHMERNACHFOLGE": op. cit., pág. 166.

[76] Op. et loc. cit.

A pesar de todas estas ventajas de la institución del legado en cosa específica y determinada a los efectos de la transmisión hereditaria de la empresa mercantil individual, no podemos dejar de lado las importantes dificultades y problemas que entraña el legado de empresa, y que se refieren principalmente a tres órdenes de cuestiones que estudiaremos a continuación : el régimen jurídico de las deudas ; el régimen jurídico de los contratos pendientes ; la reducción del legado de empresa.

A) El régimen jurídico de las deudas del empresario por razón del ejercicio de la empresa (las mal llamadas "deudas de la empresa")

Cuando se instituye a un legatario en la empresa, y dado que ésta no constituye un patrimonio separado o autónomo, ocurrirá que, por definición misma de legado, sucesión a título particular, no se produce un traspaso de las deudas al legatario[77] ; antes bien, éstas pasan al heredero, sucesor en las deudas del causante en virtud del artículo 661 C.c. (*"Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones)* ; de modo que, conforme al artículo 1084 C.c., los herederos responden solidariamente del pasivo del causante.

Cierto es que el causante puede imponer al legatario de la empresa la obligación de sufragar el pasivo mercantil, es decir, las deudas surgidas en el ejercicio empresarial (art. 858 C.c.), pero, en este supuesto, lo que el testador está modificando son las relaciones entre el legatario adjudicatario de la empresa y los herederos, es decir, las relaciones internas, no así las relaciones con los acreedores, (relaciones externas), que se rigen por las normas del Código sobre la responsabilidad de los herederos (arts. 1082 y ss.), disposiciones de Derecho Necesario. En tales casos, si el testador impuso al legatario la obligación de hacerse cargo de las deudas de la empresa, los herederos sólo quedarán liberados, si los acreedores consienten

[77] Se exceptúan las deudas tributarias conforme a los artículos 41, 72 y 74 de la Ley General Tributaria.

la novación de la relación obligatoria (asunción de deuda con liberación del heredero)[78].

Por ende, la verdadera problemática se centra en las relaciones internas. Está claro que, en esta sede, la voluntad del testador es soberana, y a ella habrá de estarse. La cuestión surge cuando el causante nada ha dispuesto sobre el particular, ¿ha de entenderse que las deudas de la empresa se reparten entre los herederos, y sólo entre éstos, o deben entenderse a cargo exclusivo del legatario que recibe la empresa ? En el primer caso se aplicaría el régimen normal, y los coherederos, responsables solidariamente en las relaciones externas, tendrían la vía de regreso contra los demás en el caso de haber pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia (art. 1085.1º C.c.) ; y, en el segundo caso los coherederos, (repetimos, igualmente responsables solidarios en las relaciones externas), que hubieran pagado alguna deuda mercantil, podrían repetir la cantidad contra el legatario, que sería el único responsable del pasivo empresarial del causante.

El intento de solución al dilema del régimen jurídico de las deudas en el caso del legado de empresa, cuando el testador guarde silencio al respecto, ha dividido a la doctrina española. Si bien en nuestro país parece que la mayoría de autores se inclinan por la no imposición del pasivo de la empresa al legatario, no han faltado juristas que defendieran lo contrario.

Por la primera postura se decantó ya ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR[79], siendo sostenida por DÍEZ PICAZO[80] y, decididamente por

[78] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. : "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 321 ; FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. : op. cit., pág. 286.

[79] Vid. "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", R.C.D.I., 1947, pág. 599.

[80] Vid. "La sucesión por causa de muerte..." cit., págs. 320 y 321. Y en el mismo sentido SIMO SANTONJA (vid. op. cit., pág. 134).

DE LA CÁMARA, quien aduce como argumento fundamental lo dispuesto en el artículo 867 C.c., al decir éste en su primer párrafo que "cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero". Para este autor, el espíritu de la ley, aunque no se refiera al supuesto que estudiamos, está claro : si ni siquiera la afección jurídica de un bien al pago de una deuda basta para que el legatario tenga que soportar el pago, con mayor razón habrá que mantener lo mismo cuando se trate de una simple afección económica. La interpretación fundada en la extensión objetiva de la empresa — afirma — no puede prevalecer contra la solución que se desprende del art. 867.1º C.c., salvo que la voluntad testamentaria esté clara en sentido contrario[81]. Muy recientemente ha defendido esta posición FERNÁNDEZ GIMENO, según quien, salvo disposición contraria del testador, el legatario no asume las deudas de la empresa[82].

Contrariamente, DÁVILA GARCÍA estimó que los principios generales de la empresa aconsejan que se transmita todo a modo de un *universum* (activo y pasivo), por lo que el nuevo empresario (aunque sea un legatario) habrá de asumir el pago de las deudas[83]. De la misma opinión es PUIG

---

[81] Cfr. "Estudios de Derecho Mercantil", vol. II... cit., pág. 369.

Ahora bien, afirma el autor que, cuando el legatario no deba sufragar el pasivo, tampoco el legado deberá comprender los créditos del negocio, pues el artículo 1289 dice que si el acto fuere gratuito, las dudas se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses (Ibídem)

[82] Op. cit., pág. 286.

[83] Cfr. "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", A.A.M.N., 1946, tomo III, págs. 587-588. Aunque advierte : *"La idea de que las deudas de la empresa se transmiten al nuevo empresario (incluso al legatario) no supone modificar la obligación en el aspecto del deudor (pasando del heredero al empresario), sino de modificar la relación interna de pago entre herederos y legatarios principalmente"* (op. cit. pág. 588).

No obstante su opinión favorable a la transmisión de las deudas aunque el testador nada diga, en la fórmula que propone para el caso de testamento que contenga legado de empresa insiste en la especificación de la transmisión del pasivo. Dicha fórmula es la siguiente : *"Lego a D....., la empresa mercantil conocida en el comercio con el nombre «El zorro Azul : S. Fernández». Se comprenderá en esta transmisión todo el conjunto de dicha empresa mercantil que constituya su tráfico, siendo por tanto su activo y pasivo, su establecimiento mercantil instalado en el número 1003 del a calle A de esta capital, mi nombre comercial, la*

BRUTAU, según quien, "corresponderá a la voluntad del causante y a lo que exigirá la naturaleza de las cosas", que las deudas solamente incumban al legatario de la empresa, el cual responderá con los bienes legados de las obligaciones inherentes a la explotación del negocio[84]; llegando a sostener que si la empresa estuviese empeñada o hipotecada en todo o en parte, para la seguridad de alguna deuda, la obligación de pago incumbiría al legatario, por ser adquirente de la empresa, a pesar de que el art. 867.1º C.c., como hemos visto, atribuye tal obligación al heredero[85].

Junto a los anteriores se alinea también POLO SÁNCHEZ, el cual considera el derecho de repetición contra el legatario por parte de los herederos que hayan pagado alguna deuda de la empresa legada, como "la única forma segura de lograr la adecuación del mecanismo sucesorio a la transmisión en bloque de la empresa sin alterar la vertiente externa de la responsabilidad"[86], pues, "de esta manera, aunque la legitimación pasiva frente a los acreedores siga recayendo en el heredero, será el legatario quien

---

clientela y cualesquiera situaciones económicas o jurídicas relacionadas con la empresa misma, prohibiendo a mis herederos el ejercicio análogo en esta capital, durante el plazo de tres años contados desde mi fallecimiento sin que exista solución de continuidad entre ambos momentos. El inventario de la empresa será realizado exclusivamente por el mismo legatario estando obligados los herederos y albaceas a aceptar el mismo con la cuantía y bienes que el mismo asigne" (op. cit., pág. 594).

[84] Cfr. "El testamento del empresario"... cit., pág. 851.

Para PUIG BRUTAU, el problema el legado de empresa entraña, por la causa de las deudas, no pocas irregularidades y problemas, pues, aun en el caso de que el testador claramente dispusiera que las deudas correrán a cargo del legatario, resultará entonces que, por una regla de *ius cogens* del Derecho de Sucesiones, los acreedores de la empresa podrán dirigirse contra cualquiera de los coherederos, y, en cambio, por otra regla de *ius dispositivum*, enlazada con la voluntad del testador y con la razón de ser de toda explotación mercantil, el obligado al pago será el legatario (Ibídem). Esta crítica la compartió VALLET MÁS, para quien el legado de empresa conduce a una situación indeseable por la distorsión entre la titularidad del activo de la empresa y la de su pasivo, frente a los acreedores (op. cit., págs. 216-217).

Defiende también esta posición VALVERDE MADRID, J.: "De los gremios al empresario individual", A.A.M.N., 1984, Tomo XXIV, pág. 40.

[85] Ibídem.

[86] "La transmisión mortis causa de la empresa en el Derecho Catalán", R.D.M., 1972, pág. 22.

soporte, en última instancia, las deudas de la empresa legada"[87]. Por ello, considera oportuno que, en estos casos, y con el fin de evitar algunos problemas que podrían plantearse al tiempo de la transmisión (y aún después), se conceda al heredero el derecho a exigir al legatario caución en el momento de la entrega de la cosa[88].

La situación no es más clara en la doctrina italiana, antes bien, la controversia reina en esta materia, en la que ni siquiera hay acuerdo a la hora de dilucidar cuales son las reglas que deben imperar en las relaciones externas. Así, salvo una antigua posición aislada que consideró que, en caso de legado de empresa, los herederos no podían ser obligados a pagar las deudas comerciales, por el hecho de que las mismas constituyen elementos económicos de la empresa[89]; la doctrina se debate entre aplicar en las relaciones externas las reglas generales, es decir, la responsabilidad por las deudas hereditarias de los herederos (y sólo de éstos, a no ser que el causante disponga distinto), sucesores en todas las relaciones, activas y pasivas del causante; y la aplicación al caso de las normas sobre la cesión inter vivos, y en especial el artículo 2560 Codice Civile, según el cual, el enajenante no se libera de las deudas, inherentes al ejercicio de la empresa cedida, anteriores a la transmisión, si no consienten tal liberación los acreedores ; por su parte, el adquirente responde de las deudas que resulten de los libros contables obligatorios.

Esta última opinión parece ser la mantenida por la doctrina más autorizada y la jurisprudencia dominante. Por ende, en las relaciones externas, y por virtud de una aplicación analógica del artículo 2560, las deudas de la empresa, en la sucesión *mortis causa* a título de legado, son todas a cargo del heredero, y el legatario responde sólo de las deudas que resulten de los libros

[87] Ibídem.

[88] Cfr. op. cit., págs. 22-23.

[89] Cfr. CASTELLI-AVOLIO, G. : op. cit., pág. 254.

contables obligatorios, regularmente llevados[90]. Esta solución ha sido justamente criticada por algunos juristas transalpinos, que argumentan que la sucesión por causa de muerte, aunque sea a título de legado, es muy distinta de la transmisión por acto inter vivos. Pues, si bien es cierto que el legatario es un sucesor a título particular, no por ello su posición puede equipararse a la de un adquirente inter vivos. En la transmisión entre vivos de una empresa, ésta sale del patrimonio del enajenante para entrar en el de otro sujeto ; y, constituyendo el patrimonio la garantía de los acreedores, si el patrimonio del adquirente tiene una consistencia menor que el del enajenante, la garantía genérica sufre una disminución ; se justifica así la responsabilidad conjunta del uno y del otro, sancionada por el artículo 2560 del Código Civil italiano. Sin embargo, en la sucesión por causa de muerte, se transmite todo el patrimonio del *de cuius*, y el reparto ipso iure de las deudas entre los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias (art. 752 C.c. it.) no modifica la garantía patrimonial de los acreedores del causante, los cuales pueden satisfacerse sobre el patrimonio hereditario entero. No concurre, por ello, la ratio legis del artículo 2560[91].

Por lo que se refiere a las relaciones internas entre herederos y legatario de la empresa, una consolidada doctrina y jurisprudencia ha estimado que, a no ser que el testador haya dispuesto de otra forma, el pasivo está a cargo de los herederos, contra los que puede repetir el legatario que haya pagado alguna deuda[92].

---

[90] Esta es la opinión sostenida, entre otros, por FERRARI (vid. "Azienda", "Enciclopedia del Diritto", IV, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, pág. 735) ; GRECO (vid. "Corso di Diritto Commerciale. Impresa - Azienda - Società", 2ª edición, Edizioni Malfasi, Milano, 1948, pág. 168).

[91] Cfr. METITIERI, G. : "I debiti aziendali e le disposizioni di ultima volontà", en la obra colectiva : "Azienda ed impresa, individuale e collettiva nella successione mortis causa : problemi di diritto civile e tributario", Giornata di studio organizzata dal Comitato Notarile Interregionale Piemonte e Valle d'Aosta, Torino 23-1-1982. Supplemento a Vita Notarile N. 5/1983, Nuovi Quademi N. 2, pág. 10.

[92] Así lo ha afirmó ya ROTONDI ("Trattato di Diritto dell'industria. L'azienda come oggetto di negozi giuridici", CEDAM, Padova, 1931, pág. 77), distinguiendo entre las deudas y créditos relativos a la pasada gestión de la empresa, anterior a la muerte del testador, que no

Pero no faltan, sin embargo, autores que difieren de esta opinión. Así ASQUINI, sobre la base de la unidad de la empresa, entiende que al legatario le incumbe el pago de todas las deudas mercantiles[93] y, del mismo modo, FERRARA manifiesta que "el legatario no puede pretender que los herederos

habrán de pasar al legatario sino al heredero, y aquéllas que sean relativas a la gestión sucesiva, que pasan al legatario.

Asimismo el Tribunal Supremo italiano, en la temprana sentencia de 23 de Febrero 1948 (Foro it., 1948, c.1130) sostuvo que en la disposición a título de legado de la hacienda no se comprenden los pasivos, a falta de una explícita voluntad del testador en este sentido, casando así la sentencia del tribunal de apelación de Milán (de 10 de Mayo de 1947). El supuesto era el siguiente : había sido legada una empresa a un empleado, el cual, aceptado el legado, se da cuenta de que sus créditos contra el difunto por salarios e indemnizaciones superaban el valor de la empresa, por lo cual demanda a los herederos el pago de sus haberes ; el Tribunal de Apelación desestimó la demanda argumentando que los créditos derivados de la relación de trabajo se habían extinguido por confusión, por el concurso en la misma persona de la cualidad del acreedor y el deudor. La Corte de Casación, sin embargo, motivó del siguiente modo : *"Constituye hoy día* ius receptum, *en virtud de consolidada jurisprudencia del Supremo Colegio, conforme al preciso dictado de la ley (art. 2560 C.c.), el principio según el cual la cesión de una hacienda no opera, por sí sola, el traspaso de las deudas del cedente al cesionario, sin pacto específico al respecto. En efecto, la concepción unitaria de la hacienda, como agregado técnico y económico de muy variados elementos y de múltiples coeficientes, convertidos en un todo orgánico por voluntad del titular, así como de la ley, y comprensivo por tanto de bienes materiales y derechos, abstractos y concretos, efectivos y potenciales, positivos y negativos, y la estructura jurídica de la misma, como universitas facti y no universitas iuris, consienten la cesión unitaria de la empresa, pero los efectos traslativos de ésta no pueden extenderse a los pasivos sin expresa convención por parte de los interesados. A tal efecto el legislador ha dispuesto categóricamente que el enajenante no se libera de las deudas anteriores al ejercicio de la empresa cedida, y anteriores a la transmisión, sino sólo en el caso en que los acreedores hayan prestado su consentimiento. E incluso en la hipótesis en que las deudas resulten consagrados en los libros contables obligatorios de la hacienda comercial, la responsabilidad por los mismos del enajenante, en el silencio de los contrayentes, no viene a menos, y sólo se añade el refuerzo de la responsabilidad del cesionario.*

Por tanto para el sistema legislativo la regla vigente, respecto a las deudas inherentes a una empresa, es la permanencia de la responsabilidad del cedente, y la excepción está establecida sólo para el caso de contraria voluntad a la cual accedan los acreedores.

Afirmar que automáticamente todos los factores que concurren a integrar el complejo haciendal siguen una común suerte jurídica, equivaldría además de a perjudicar los derechos tutelables de los terceros, a desconocer la innegable escindibilidad de algunos de dichos factores, cuya sustracción no conlleva la destrucción de la hacienda, en su existencia económica y conceptual, y en su configuración jurídica no altera ni su fisonomía ni su función.

Por tanto también en tema de legado de hacienda, el examen en orden al alcance y a la extensión de la transmisión, a la determinación concreta de cuanto en la misma se deba entender comprendido, entraña esencialmente un problema de interpretación de la voluntad del testador, deducible principalmente del contenido del testamento, además de todos los demás elementos del juicio, cuyo problema va resuelto caso por caso. Pero la solución del mismo, cualquiera que sea, no puede separarse de la observancia de estas normas"

[93] Vid. "Corso di Diritto Commerciale, Parte Generale", D.U.S.A., Roma - Città Universitaria, 1939-1940, pág. 213.

paguen las deudas y adquirir la empresa limpia, ya que él ha adquirido la empresa a la que van ligadas por formar parte de la unidad que la misma constituye"[94].

También METITIERI ha defendido tal posición ; para él, el empresario ve la empresa como una entidad económica, en la cual, los bienes y las relaciones jurídicas están íntimamente conectados, y cuyo valor viene dado por la diferencia entre activo y pasivo. El recurso a elementos extrínsecos en la interpretación de la voluntad testamentaria, no puede — dice — prescindir de la mentalidad y de la cultura del testador que, si es empresario, razona y se expresa como tal. Según este autor, está fuera de lo común un empresario que opere una separación entre las materias primas, los productos, las mercancías y los bienes instrumentales de una parte, y las deudas para la financiación y el aprovisionamiento, por otra. Por ello, sostener que al legatario se transmiten los bienes, mientras que los pasivos son a cargo del heredero, contrasta con la regla hermenéutica según la cual "la interpretación de la voluntad testamentaria en orden al legado se hará con criterios restrictivos", en aplicación analógica del criterio sancionado para la interpretación de los contratos (el art. 1371 C.c. it. dispone que el contrato a título gratuito debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, y el legado es atribución a título gratuito, constituyendo un carga para el heredero, cuya posición vendría ulteriormente agravada por los pasivos de la empresa). A la luz de tales observaciones se muestra convencido de que las deudas del empresario difunto relativas a la empresa legada son a cargo del legatario, a menos que el testador haya dispuesto diversamente[95].

---

[94] Cfr. "La teoria giuridica dell'azienda", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, pág. 385.

Igualmente FORMIGGINI propone : "El legado de hacienda comprende tanto el activo como el pasivo relativo, sin que valga para excluir este último la expresión del testador dirigida a transmitir las mercancías y los créditos" ("Azienda commerciale", Riv. Dir. Civ., 1957, pág. 66). Y también GRECO (op. et loc. cit.) apoya tal postura.

[95] Cfr. op. cit., págs. 11-12.

Como vemos, pues, la polémica acerca de las deudas en el legado de empresa parece irresoluble, y ello porque, en numerosas ocasiones se ha defendido una u otra posición dependiendo de la tesis sobre la empresa que se adopte. No obstante, en nuestra opinión, no se puede hacer depender la suerte de las deudas y la responsabilidad o no de las mismas por parte del legatario, en las relaciones internas, de la teoría que se acepte sobre la empresa. Creemos que, para dilucidar el régimen que habrá de regir el pasivo, deberá estarse a la voluntad del causante expresada en testamento, o incluso recurrir a la prueba extrínseca. Pero, si no resulta claramente que el causante quiso que el legatario asumiera las deudas mercantiles, no cabrá sino aplicar el régimen general del Código de la adquisición por los herederos de todas las obligaciones, pues una presunta interpretación basada en la teoría de la unidad de la empresa (teoría que también nosotros hemos acogido), no puede prevalecer sobre el hecho indudable y evidente de que la empresa, en nuestro Derecho, no constituye un patrimonio separado, por lo que puede decirse que la empresa, objeto unitario en el tráfico jurídico, no tiene deudas, las deudas son del empresario y, como tales, se transmiten a sus herederos, que suceden en su lugar.

Como antes hemos advertido, el causante puede imponer al legatario que se haga cargo del pasivo, en ese caso, los acreedores se dirigirán contra el heredero/s, y éste podrá repetir lo pagado del legatario. Pero, ¿podrán los acreedores dirigir directamente su acción contra éste ? En el caso de que hubieran consentido el cambio de deudor, no cabrá ninguna duda sobre la respuesta afirmativa ; mas, no consintiendo dicha novación ¿cabe tal posibilidad ? Sobre el particular, ha afirmado DE LA CÁMARA que, la solución, fundada en la consideración de que, como regla general, solamente el heredero responde de las deudas del causante, ha de ser negativa. Sin embargo, — señala el ilustre autor — la doctrina se pregunta si, en ciertos casos, al legatario le alcanza una responsabilidad o afección *cum viribus* por las obligaciones hereditarias, responsabilidad que tiene siempre como límite máximo el bien o bienes legados y su valor. La posibilidad de que

excepcionalmente el legatario pueda venir alcanzado por esa responsabilidad se funda en la consideración de que los acreedores del causante deben ser preferidos a los legatarios (simples adquirentes a título gratuito). No es fácil en nuestro Derecho montar esa responsabilidad excepcional del legatario, pero tampoco es imposible. En todo caso, dice DE LA CÁMARA, son presupuestos de la misma la insuficiencia del activo hereditario para hacer frente al pasivo y la previa excusión de los bienes del heredero[96].

B) El régimen jurídico de los contratos pendientes de ejecución

La cuestión del régimen jurídico de los contratos pendientes de ejecución en el legado de empresa tropieza con un obstáculo en principio insalvable: el artículo 1257 del Código Civil. Dice esta norma que "los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley". Así pues, no pudiendo comprenderse a los legatarios bajo el término legal "herederos", observamos que, legada la empresa, el sucesor a título particular no adquiere los contratos, que pasan a los herederos del causante por imperativo de la ley[97].

El problema que plantea la continuidad de los contratos de la empresa pendientes de ejecución, es más complicado aún que el de las deudas debido

[96] Cfr. "Estudios de Derecho Mercantil", vol. II... cit., pág. 370.

En el mismo sentido DÁVILA GARCÍA estimó que "los bienes de la empresa y el heredero frente al acreedor del causante respondiendo cumulativamente. La acción del acreedor se dirige primero contra el deudor (el heredero) y cuando no tenga medios de realizar el cobro, podrá dirigirse contra otros bienes de la sucesión. No se trata de fijar un orden cronológico ni de querer establecer un orden sucesivo, sino de apreciar dos momentos distintos" ("La empresa mercantil individual..." cit., págs. 587-588).

[97] Una excepción se ha de hacer respecto de los contratos de trabajo conforme al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y respecto al contrato de seguro de daños, según los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 50/1980 de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro.

a que los contratos constituyen, como dice DÍEZ PICAZO[98], la entraña misma de la empresa, si es ésta una entidad dinámica, por lo que escindir, como se ha hecho con las deudas, los contratos pendientes de los elementos objetivos de la empresa, sería tanto como amputar gravemente el contenido de la empresa.

Por consiguiente, es necesario arbitrar un mecanismo jurídico que permita el paso a los legatarios de los contratos celebrados por el empresario testador aún pendientes de ejecución. Y, según DÍEZ PICAZO, el único instrumento que permite esta posibilidad es la cesión de contratos. Como es sabido, la cesión de contratos requiere el consentimiento de todas las partes interesadas. En este sentido, afirma el citado autor que al legar la empresa, la voluntad del causante es clara acerca de que los contratos pendientes han de ir con ella ; esta voluntad del causante vincula al heredero, que no puede contrariarla. Asimismo, el legatario, cuando acepta el legado, está aceptando también los derechos y obligaciones que dimanan del mismo. Queda, por último, averiguar la voluntad del otro contratante, que ha de consentir en la modificación del contrato (modificación que, normalmente, también a él interesará), ya sea de modo expreso, o tácitamente mediante la continuación de la ejecución del contrato o incluso a través del simple silencio, una vez conocido el cambio producido dentro de la empresa[99]. Ahora bien, advierte POLO que, aun cuando ello pueda redundar en beneficio del principio de conservación de la empresa, no parece posible estimar en ningún caso que la novación tenga lugar con un consentimiento forzoso del otro contratante, por lo que si éste se niega expresamente a la sustitución, es evidente que no puede producirse el traspaso del contrato del empresario fallecido al legatario,

[98] "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 321.

[99] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. : op. et loc. últ. cit.

Siguen la opinión de este autor acerca del régimen de los contratos pendientes : POLO SÁNCHEZ (vid. op. cit., págs. 24-25) ; SIMO SANTONJA (vid. op. cit., págs. 134-135) ; VALLET MÁS (vid. op. cit., pág. 217) y, recientemente FERNÁNDEZ GIMENO (vid. op. cit., págs. 286-287).

operando lo dispuesto en el artículo 1257 C.c. Por ello, propone este autor la conveniencia de una solución legislativa uniforme al respecto, solución que podría consistir en una novación forzosa de los contratos en los casos de legado de empresa, siempre que el legatario prestase garantías sobre la ejecución de los mismos, o sobre su solvencia personal[100].

En Italia, sin embargo, la doctrina[101], fiel a la idea de la aplicación a los legados de empresa de las reglas sobre la sucesión inter vivos en la misma; considera transladable al supuesto el artículo 2558.1º del Código Civil italiano, que dispone que si no se ha pactado lo contrario, al adquirente de la empresa se transmiten los contratos estipulados para el ejercicio de la misma que no tengan carácter personal[102], concediéndose al tercer contratante un derecho de resolución del contrato por justa causa dentro de los tres meses desde que tuvo noticia de la transmisión (art. 2258.2º C.c. it., aunque se excluye cualquier responsabilidad patrimonial de los herederos, a pesar de que dicho artículo deja a salvo, en estos casos, la responsabilidad del enajenante)[103].

C) La subrogación del legatario en el arrendamiento del local de negocio donde se ejerce la empresa legada

Del régimen de los contratos anteriormente analizado, se distingue el contrato de arrendamiento del local de negocio donde la empresa se ejercita, cuyo régimen especial viene establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

---

[100] Cfr. op. et loc. últ. cit.

[101] Vid. por todos GRECO, P.: "Corso di Diritto Commerciale, Impresa - Azienda - Società", 2ª Edición. Edizioni Malfasi, Milano, 1948, págs. 167-168.

[102] Art. 2558.1º Codice Civile: *"Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale".*

[103] Art. 2558.2º Codice Civile: *"Il terzo contraente puó tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilitá dell'alienante".*

La L.A.U. anteriormente vigente[104], en su artículo 60 disponía que *"Por el hecho de la muerte del arrendatario del local del negocio ocurrida, vigente el contrato, aunque sea por prórroga legal, el heredero sustituirá en todos sus derechos y obligaciones al arrendatario fallecido"*. Como vemos, el precepto hablaba de heredero y no de legatario, por lo que a éste, en principio, no se le concedía el derecho de subrogación[105].

Sin embargo, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de Noviembre de 1994[106] dice en su artículo 33 que *"en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, el heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato. La subrogación deberá notificarse por escrito al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario"*; incluyendo, pues, al legatario continuador de la actividad junto con el heredero a la hora de regular la facultad de subrogación[107].

---

[104] Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de Diciembre.

[105] En la jurisprudencia ha predominado el criterio restrictivo y excluyente del legatario, así las S.S.T.S. de 7 Diciembre 1967 (R.J.A. 1968/159) ; 25 Mayo 1973 (R.J.A. 1973/2224)... En contra, esto es, favorables a la inclusión del legatario : S.T.S. 7 Octubre 1963 (R.J.A. 1963/3994) ; S.A.P. Santander 5 Octubre 1992 (A. C. 1993-1, 239) ; S.A.P. Barcelona 25 Mayo 1995 (A. C. 1995-4, 1988) ; S.A.P. Asturias 14 Junio 1996 (A. C. 1996-4,1450).

[106] Ley 29/1994, de 24 de Noviembre, de Arrendamientos Urbanos (B.O.E. núm. 282, de 25 de Noviembre.

[107] Por esta ley se regirán los contratos celebrados después del 1 de Enero de 1995, fecha de entrada en vigor de la ley ; por lo que respecta a los celebrados con anterioridad que continúen en vigor a la fecha señalada, es necesario distinguir entre los contratos anteriores a 9 de Mayo de 1985 y los posteriores a dicha fecha, ya que, mientras respecto de los segundos no se plantean problemas acerca de la prórroga forzosa (y continúan rigiéndose por el art. 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de Abril y por la L.A.U. de 1964, según la Disposición Transitoria Primera, párrafo segundo de la nueva L.A.U), respecto de los primeros, la Disposición Transitoria Tercera, dispone que se rijan por las normas del T.R. de la L.A.U. de 1964, con el siguiente régimen especial :

"2. Los contratos que en la fecha de entrada en vigor de la presente ley se encuentren en situación de prórroga legal, quedarán extinguidos de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 siguientes.

El texto de este artículo tiene su antecedente más inmediato en la enmienda número 339[108] presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), pero el pleno del Congreso aprobó el artículo redactado por la Comisión que, finalmente, no incluía la figura del legatario ; figura que fue introducida con posterioridad en el debate en la Cámara Alta debido al dictamen emitido por la Comisión de Obras Públicas, Medio Ambiente, Transportes y Comunicaciones[109].

---

3. Los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local.

En defecto de cónyuge supérstite que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley.

La primera subrogación prevista en los párrafos anteriores no podrá tener lugar cuando ya se hubieran producido en el arrendamiento dos transmisiones de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La segunda subrogación prevista no podrá tener lugar cuando ya se hubiera producido en el arrendamiento una transmisión de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 60.

El arrendatario actual y su cónyuge, si se hubiera subrogado, podrán traspasar el local de negocio en los términos previstos en el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Este traspaso permitirá la continuación del arrendamiento por un mínimo de diez años a contar desde su realización o por el número de años que quedaren hasta el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley.

Cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años.

Se tomará como fecha del traspaso, a los efectos de este apartado, la de la escritura a que se refiere el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos".

[108] Se pretendía adicionar un nuevo artículo 33 bis, con la literalidad siguiente (vid. CALVO VIDAL F. M. : "Comentario del art. 33 L.A.U.", en la obra colectiva dirigida por V. Guilarte Gutiérrez : "La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos", Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 429) : *"En caso de fallecimiento del arrendatario dentro del plazo contractual, cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, el heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad, podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato. La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario"*

[109] Vid. CALVO VIDAL, F. M. : op. cit., págs. 430-431.

La finalidad del precepto que, como podemos apreciar, exige para la subrogación que el heredero o legatario continúe el ejercicio de la actividad empresarial, no es sino proteger la actividad profesional o empresarial que se ejerza en local, para que, de este modo, al fallecer el titular del arrendamiento, no se vea interrumpida una fructífera y pujante empresa o actividad profesional fruto del trabajo y esfuerzos del anterior titular[110].

Cuestión sumamente controvertida y dudosa es la de la naturaleza jurídica de este derecho de subrogación: ¿se configura al margen de la herencia, como ocurría, según la jurisprudencia, con la subrogación que regulaba la L.A.U. anterior? o, ¿puede afirmarse que se rige por las reglas generales de la sucesión *mortis causa*, independientemente de que posteriormente se le exijan al sucesor ciertos requisitos para que efectivamente se lleve a cabo la subrogación?

La primera tesis es defendida, entre otros, por CABALLERO GEA, quien afirma que el derecho de subrogación conferido por la L.A.U., no implica un derecho sucesorio en la forma que prevén los arts. 657 y concordantes del Código Civil, sino una prerrogativa otorgada por aquélla en defensa y reconocimiento del patrimonio comercial; por esta causa, no se transmite desde el momento de la muerte del causante, sino únicamente cuando el heredero, por ostentar plenamente tal condición, sustituye al arrendatario fallecido, poniéndose en su lugar[111].

---

[110] Vid. CALVO VIDAL, F. M.: op. cit., pág. 431.

Nótese que, muy a menudo, el valor de una empresa depende en gran parte del local de negocio en que se halla ubicada, al que está ligada, en numerosísimas ocasiones, la clientela, elemento de extraordinaria importancia para aquélla.

[111] Cfr. "Ley de Arrendamientos Urbanos. Desahucio por precario", DyKinson, Madrid, 1998, pág. 450. Señala este autor que *"el arrendatario de local de negocio no trasmite a su fallecimiento su derecho arrendaticio a sus herederos, puesto que ese derecho no formaba parte del caudal relicto, siendo la facultad de subrogación un derecho originario específicamente creado por la LAU. Por ello, ni la línea de subrogación en el arrendamiento de vivienda, ni la de local de negocios, se sujetan al orden de las sucesiones mortis causa, si bien la diferencia está en que en la sustitución del inquilino no se hace alusión a la condición de*

Para BERCOVITZ[112], esta postura supone que todos los herederos y legatarios que tengan la titulación necesaria y/o estén dispuestos a continuar la actividad, tienen derecho a subrogarse. Lo cual podrían hacer conjuntamente, o sólo alguno o algunos en base a la renuncia de los demás, prescindiendo, en todo caso, de la voluntad del causante[113].

---

heredero, mientras que, en la del arrendatario de local de negocio, se menciona expresamente..." (Ibídem).

[112] Vid. "Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 696.

[113] Esta es la solución que el Tribunal Supremo ha elegido en la reciente sentencia de 16 de Febrero de 1998 (R.J.A. 1998/761). El supuesto de hecho era el siguiente : Vicente B. L., casado y con dos hijos (Luis y Vicente), titular de un negocio desarrollado en local arrendado, otorgó testamento notarial en el que legaba a su esposa Victoria el usufructo universal vitalicio de su herencia, añadiendo que "el que de sus herederos no acatare este usufructo, sólo tomará de su herencia lo que por legítima estricta le corresponda" y, a continuación, instituye herederos a sus mencionados hijos por partes iguales, y con cláusula de sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes, realizando las adjudicaciones que siguen : "A) Se adjudicará a su hijo Luis la total participación perteneciente al testador en los siguientes bienes (constan los bienes y la manifestación de que "ha recibido por vía de donación del testador y de su esposa, una finca de monte denominada Vista Alegre y diversas cantidades en metálico") ; B) Se adjudicará a su hijo Vicente la total participación perteneciente al testador en los siguientes bienes : 1) Establecimiento mercantil destinado a la venta de camisería y confección denominado "V. Bahamonde" e instalado en la planta baja de la casa número 108 de la calle de S. Andrés, en esta ciudad, con todos cuantos bienes y derechos lo constituyan, incluso los de arrendamiento y traspaso del local en que está instalado...".

Luis presentó demanda contra su madre y hermano, con alegación, entre otros, del artículo 60.1 L.A.U. 1964, solicitando que se declarase la nulidad e ineficacia de la disposición de los derechos de arrendamiento y traspaso, que correspondían proindiviso a los herederos del fallecido ; y que, por ser esencialmente indivisibles estos derechos, procedía este último en trámite de ejecución de sentencia, repartiéndose el precio obtenido entre los copropietarios.

El T.S., acogiendo la petición del demandante dispone en su Fundamento de Derecho Segundo que : *"...se desconoció el verdadero sentido del artículo 60.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque «según tiene declarado repetidamente esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 6 marzo 1963 y 16 febrero 1967), la situación jurídica de arrendatario no puede ser objeto de sucesión mortis causa en sentido propio y lo que hace el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es conferir un derecho de subrogación a las personas que señala, heredero o socio, a quienes por razones de interés público o colectivo ha creído prudente o preciso conceder ese privilegio, que regula según normas de derecho necesario, viniendo a constituir, por lo tanto, una facultad legal de carácter originario de la que es titular el heredero o socio del arrendatario, sustraída a la autonomía de la voluntad de este último...»".*

Por estas razones el Alto Tribunal pronuncia el siguiente fallo : *"1º) Que es nula e ineficaz la disposición contenida en el testamento de don Vicente B. L. en cuanto dispone de los derechos de arrendamiento y traspaso del local de negocio establecido en la planta baja de la casa número 108 de la calle San Andrés de La Coruña ; 2º) Que dichos derechos corresponden proindiviso a los herederos del fallecido arrendatario don Vicente B. L., 3º) Que por indivisibles repetidos derechos, procede su traspaso en forma legal y el reparto de su*

La segunda tesis, que para BERCOVITZ es la más acertada, supone atender previamente a la voluntad del causante, si la ha manifestado atribuyendo como legado o formando parte de un legado esa subrogación, o si la ha manifestado realizando una partición en la que haya atribuido la subrogación a uno de los herederos ; teniendo en cuenta, lógicamente, en todos los casos, quién de los hipotéticos elegidos para la subrogación está en condiciones y dispuesto a continuar la actividad del arrendatario[114].

Por nuestra parte, creemos que este derecho de subrogación del heredero o legatario no se desliga absolutamente de la sucesión mortis causa, o cuanto menos de la voluntad del testador, de modo que no cualquier heredero o legatario que esté dispuesto a continuar la empresa puede subrogarse, sino únicamente aquél al que el causante ha legado o adjudicado su empresa ; porque ésta constituye, como tantas veces hemos repetido, un todo orgánico, una unidad patrimonial, y en la misma, el derecho arrendaticio sobre el local del comercio constituye un elemento fundamental, si no imprescindible, para la continuación del ejercicio de la actividad empresarial ; ello no empece para que el legatario o heredero adjudicatario de la empresa deba, posteriormente, cumplir una serie de requisitos tipificados por la L.A.U. (notificación al arrendador) para que se produzca efectivamente la

precio entre los comuneros, cumpliéndose con las prestaciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos..."

Obsérvese como el estricto cumplimiento de la ley y la continuación de una línea de interpretación lleva, en el supuesto comentado, a un resultado a todas luces absurdo y, más aún, injusto : el coheredero que no continúa la actividad se entiende también subrogado en el derecho arrendaticio, lo que obliga a traspasar y repartir el precio del traspaso. Como acertadamente ha advertido la doctrina, la ratio del precepto (tanto del anterior como del nuevo) es la protección de la actividad empresarial (o, como dice el Supremo, razones de interés público o colectivo), pues bien, con esta decisión se olvida tal ratio, ya que el hijo que ha recibido la empresa de venta de camisería y confección (lo que era voluntad de su padre) al perder el local en que estaba ubicada, que la clientela seguramente asociaba a dicho negocio, ha visto la misma mermada en su valor y posiblemente destruida. Por ello pensamos que, en este caso, bien podría haberse utilizado como elemento interpretativo el artículo 33 de la nueva Ley que exige para el subrogamiento que el sucesor (sea heredero o legatario) continúe el ejercicio de la actividad.

[114] Cfr. op. et loc. cit.

subrogación ; pero no por esto se debe afirmar que se trata de una sustitución o subrogación legal, pues la misma ley la está vinculando a un título : el de heredero o legatario. Distinto es, sin embargo, que el causante no pueda disponer mortis causa del derecho a su antojo, sino que deba seguir las condiciones marcadas por la ley, pero, dentro de ésta, habrá de estarse a la voluntad del testador (en caso contrario, se llega a situaciones tan absurdas como la de la sentencia comentada).

Así, por la aceptación de la herencia o del legado, y adquirida la condición de heredero o legatario, podrá el sucesor optar entre la continuación del arrendamiento del local (comunicándolo al arrendador por escrito en el plazo de dos meses desde la muerte del causante) o la extinción del mismo. Cabe, según esta interpretación, aceptar la herencia o legado y renunciar al derecho a suceder en el local, lo que no puede admitirse es que, repudiando la herencia o el legado, se pretenda suceder en el arrendamiento[115].

Para que pueda producirse la subrogación prevista en el artículo 33 de la L.A.U. es requisito primordial, además de que, al ocurrir el fallecimiento del titular, éste se encontrase en el pleno disfrute de los derechos derivados del mismo, es decir, que el contrato no se hubiere extinguido o el arrendatario no haya subarrendado, cedido ni traspasado, total o parcialmente el local[116] ; que se trate de una verdadera continuación del ejercicio de la actividad empresarial, esto es, que el arrendatario no haya cesado antes de su muerte toda actividad mercantil y que el heredero o legatario la continúe. De no darse esta circunstancia — afirma CALVO VIDAL[117] — no habrá interés protegible. En conclusión, el mero hecho de condición de heredero/legatario no le transmite el derecho arrendaticio si no va unido a la continuación del negocio.

---

[115] Cfr. CALVO VIDAL, F. M. : op. cit., pág. 433.

[116] Cfr. CABALLERO GEA, J. A. : op. cit., pág. 452 ; y CALVO VIDAL, F. M. : op. cit., pág. 436.

[117] Cfr. op. cit., pág. 437.

Entiende CALVO VIDAL que la actividad ha de ser la misma (ciertamente, la ley habla de "continuar el ejercicio la actividad"), no nuevas actividades, aunque fueran afines. Este requisito es criticado por BERCOVITZ, que lo encuentra inexplicable e injustificable en un régimen de duración del contrato y de actualización de la renta libremente pactados[118]. Para este jurista, debería bastar con que el heredero o legatario continuase una actividad posible dentro del destino pactado en el contrato o derivado de las características de la finca ; así se respetaría la continuidad en la actividad permitida por el contrato, sin necesidad de exigir, como añadido, una sucesión del subrogado en la titularidad de la empresa del causante o en la clientela profesional del mismo[119]. No compartimos esta opinión que, creemos, se aleja de la ratio del precepto : la protección de la continuidad y conservación de la actividad empresarial, fruto del trabajo y esfuerzo del empresario arrendatario fallecido.

Exige también, por último, el artículo 33 en su párrafo segundo, un requisito formal : la notificación de la subrogación al arrendador en el plazo de dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario. Se trata de un plazo de caducidad, que ha de interpretarse como una garantía en favor del arrendador que, ante el incumplimiento de dicho deber de notificación, podrá resolver el contrato[120]. Tal notificación deberá realizarse por escrito, sin que se exija la forma fehaciente.

---

[118] Cfr. op. cit., pág. 698.

[119] Ibídem.

[120] Vid. CALVO VIDAL, F. M. : op. cit., pág. 439.

Apunta BERCOVITZ que, en el caso de que los sucesores no estén determinados en este plazo de dos meses, podrán y deberán cumplimentar la notificación quienes representen la herencia yacente o cualquiera de los llamados, puesto que se trata de un acto de conservación para el que están legitimados (cfr. op. cit., pág. 699).

El arrendador no podrá imponer más requisitos que los de la Ley ; ni siquiera tiene derecho, según repetida jurisprudencia, a pretender que el subrogado demuestre su condición de heredero o legatario, puesto que la subrogación es un derecho concedido por la ley a los adjudicatarios del derecho arrendaticio testamentario por su condición de tales. Los títulos sucesorios le son ajenos, y no tiene por qué juzgarlos ; sino que debe atenerse a lo que los interesados le comuniquen[121].

D) La reducción del legado de empresa

Habiendo legitimarios, el legado de empresa no plantea problema alguno mientras sea oficioso, es decir, cuando quepa en la parte de libre disposición, si el legatario es un extraño, o en la parte de legítima estricta, libre disposición y mejora, si es un descendiente legitimario el favorecido con el legado de empresa ; pero, siendo inoficioso, surge la duda de la reducción, que, si se hace *in natura* acarrearía obligadamente el nacimiento de una situación de indivisión entre los legitimarios y el legatario, de la que se saldría, a instancia de cualquiera de los interesados, mediante el ejercicio de la *actio comuni dividundo*, que llevaría consigo la enajenación de la empresa en su totalidad en pública subasta y el reparto de su precio, o bien, la división de la empresa, destruyéndose la unidad de la misma y provocando su desaparición como tal, pues, perdiendo la empresa su organización y aviamiento quedaría reducida a una mera suma de objetos muy diversos.

En un intento de resolver esta cuestión, volvemos los ojos hacia nuestro Código Civil y en él encontramos un artículo, el 821, que precisamente se ocupa de la reducción de un legado de un bien indivisible : una finca. Dice este precepto : *"Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos ; pero*

[121] Cfr. CALVO VIDAL, F. M. : op. cit., pág. 434 ; y CABALLERO GEA, J. A. : op. cit., pág. 454.

aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima". ¿Podría aplicarse dicha norma analógicamente al legado del bien indivisible que es la empresa ? La doctrina ha contestado de modo afirmativo, así DE LA CÁMARA, entendió que dicho artículo es aplicable a cualquier legado inoficioso que consista en un bien indivisible o de incómoda división, y precisamente viene a facilitar la solución al problema que se suscita en los casos, numerosos en la práctica, de esposos sin hijos, pero con ascendientes, cuyo patrimonio está constituido únicamente por un negocio (generalmente ganancial) industrial o mercantil[122]. De la misma opinión son VALLET DE GOYTISOLO[123] ; DÍEZ PICAZO[124] ; POLO SÁNCHEZ[125] y SIMO SANTONJA[126]. No se refiere, en cambio, a tal posibilidad FERNÁNDEZ GIMENO, que aplica a la reducción del legado de empresa las normas generales del artículo 820 del Código Civil[127].

Así pues, por aplicación del artículo 821. 1º C.c., el legado de empresa no se reducirá *in natura*, sino *ad valorem*, de modo que, cuando el legado sea

---

[122] Cfr. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 968-970. Y también, en su "Estudios de Derecho Mercantil", vol. II... cit., pág. 361.

[123] Vid. "Contenido cualitativo de la legítima..." cit., págs. 89-90 : *"... la norma, aunque referida literalmente a inmuebles, analógicamente puede hacerse extensiva, en igualdad de ratio, a otros bienes indivisibles o que no admitan cómoda división"*. E igualmente en su Comentario al art. 821 del Código Civil, en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2038.

[124] Vid. "La sucesión por causa de muerte..." cit., págs. 325-326.

[125] Vid. op. cit., págs. 25-26.

[126] Vid. op. cit., pág. 135.

Y en Italia, se deciden por la aplicación del artículo análogo del Código Civil italiano (actual artículo 560, antiguo artículo 826), CASTELLI-AVOLIO (vid. op. cit., pág. 255), en contra, sin embargo, ROTONDI, quien no considera fundada la aplicación de la norma en todo caso, pues sólo será aplicable cuando existan en la empresa elementos suficientes para la que la misma reciba el carácter de inmovilidad al que se subordina la aplicación de dicho artículo (vid. op. cit., pág. 269).

[127] Vid. op. cit., pág. 287.

de empresa y hubiera herederos forzosos, aquélla quedará para éstos, abonándose en metálico la diferencia al legatario, si la reducción que hubiera de sufrir la empresa para que quedaren libres las legítimas superase la mitad de su valor. En caso contrario (esto es, cuando la reducción no absorba la mitad del valor) quedará la empresa para el legatario, aunque los legitimarios deban percibir en metálico al menos una parte de su legítima.

¿Qué ocurre cuando el legatario de la empresa es también legitimario ? Resuelve esta cuestión el párrafo segundo del propio artículo 821 C.c., párrafo que, según advierte VALLET DE GOYTISOLO, habrá de interpretarse en relación con el primero ; pues, de lo contrario, la letra del precepto conduciría al absurdo de que el legatario que fuese además legitimario, sólo podría quedarse la empresa si ésta no superase el valor de su legítima más el de la porción disponible, mientras el legatario extraño puede optar por quedársela con tal de que su participación cubra más de la mitad. Por ello el significado de este párrafo segundo no determina sino lo siguiente :

1º) Que el exceso del legado respecto de la parte disponible se imputará a la legítima del legatario.

2º) Que si el legado aún excediere del valor de la parte disponible y de la legítima del legatario, éste, para quedarse con la empresa, deberá abonar en dinero a los demás legitimarios el valor que les corresponda en virtud de la pertinente reducción.

3º) Que, en este supuesto, literalmente no se exige que al legatario legitimario le corresponda la mayor parte de la cosa para que prioritariamente pueda ejercer la opción de quedarse con la empresa abonando el exceso en dinero[128].

Por último, el artículo 822 del Código Civil, norma subsidiaria respecto de la anterior, previene que si el titular de la opción prevista con carácter preferente en el artículo 821 no desea ejercitarla, podrá usarla el otro

[128] Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : Comentario del art. 821 C.c. en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil..." cit., pág. 2039.

interesado (*"Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía"*); pero, si este menor partícipe "tampoco quiere usarlo", se venderá la empresa en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados; es decir, sólo en última instancia se llegará a la solución que en principio se quería evitar: la venta en pública subasta, que implica la salida de la empresa del causante del círculo familiar, y la caída de la misma, en ocasiones, en manos de especuladores y habituales de las subastas.

E) Otros problemas del legado de empresa

Por la particularidad de su objeto, el legado de empresa plantea especiales problemas. Así, apuntó DÁVILA cómo la existencia en la empresa de mercaderías ajenas o en depósito podría suscitar cuestiones sobre la consideración o no de dichos elementos como legado de cosa ajena, con la consiguiente aplicación de los artículos 861 y siguientes del Código Civil; asimismo la transformación o enajenación de cosas particulares de la empresa y su sustitución por otras, podría provocar la aplicación del artículo 869 C.c., quedando el legado sin efecto[129].

Sin embargo, creemos que todos estos problemas, que en realidad no son tales, se solucionan si atendemos a la naturaleza de la empresa, que constituye un bien unitario, un objeto único en el tráfico jurídico, y no una suma de elementos diferentes que han de ser tratados con independencia. Por ello, en el caso frecuente de que en la empresa existieren mercaderías ajenas, como consecuencia, por ejemplo, de un contrato estimatorio, o incluso otros bienes ajenos (muebles o inmuebles) a raíz de un contrato de *"leasing"*, no por esto habría de pensarse que existe un legado de cosa ajena en cuanto a los mismos, ya que éstos constituyen un elemento más del bien empresa, y si acaso, el problema se plantearía en sede de continuación de los contratos,

[129] Cfr. DÁVILA GARCÍA, J.: "La empresa mercantil individual..." cit., pág. 583.

problema que hemos tratado con anterioridad[130]. Por cuanto respecta a la posibilidad de aplicar el artículo 869 C.c. cuando se transforman o enajenan elementos singulares de la empresa, la respuesta es idéntica : mientras tales transformaciones o enajenaciones no afecten substancialmente al bien único y global que es la empresa, sino sólo a elementos particulares, no podremos hablar de transformación de la cosa legada (art. 869.1º C.c.), ni de enajenación por cualquier título o causa del objeto legado o de parte de él (art. 869.2º).

Por último, la doctrina italiana se ha ocupado de otro argumento de discusión : la prohibición de competencia, ¿deben los herederos abstenerse de iniciar una nueva empresa idónea para desviar la clientela de la empresa legada ?, es decir ¿surge a cargo de los herederos una obligación de no competencia ?

La doctrina sobre el tema no es pacífica. Según una teoría, la obligación de no competencia[131] nacería a cargo del testador, y de éste se transmitiría a los herederos, aunque sólo subsistiría si éstos, ya colaboradores del *de cuius* en la actividad empresarial, iniciasen una actividad similar, apta para desviar la clientela a causa de la colaboración prestada al difunto. Esta es la opinión sostenida por COTTINO, para quien la obligación de no competencia no deriva de la lealtad contractual, sino de una situación subjetiva asimilable a la garantía, y encuentra su razón de ser en el hecho económico de la transmisión y en la exigencia de que ésta no se vea perjudicada en el plano económico por

---

[130] Vid. apartado B) de este mismo epígrafe.

[131] El Código Civil italiano regula, en su artículo 2557, la prohibición de competencia para los casos de enajenación, usufructo o arrendamiento de empresa, con el siguiente tenor : *"1. Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circonstanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta. 2. Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli previsti dal comma precedente è valido, purchè non impedisca ogni attività professionale dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento. 3. Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento. 4 Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del propietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affito. 5. Le disposizioni di questo articolo si aplicano alle aziende agricole solo per l'attività ad esse conesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela".*

el enajenante. Según este autor, la obligación de no competir vendrá referida al sucesor a título universal, como sucesor en la persona del difunto[132].

La postura contraria, mayoritaria en la doctrina italiana, entiende que, en el supuesto de legado de empresa, no concurren los presupuestos necesarios para la aplicación del precepto indicado ; y ello no sólo porque el testador no puede considerarse enajenante, sino porque falta en el caso la ratio legis que inspira el art. 2557 C.c. it., el cual quiere excluir que el enajenante pueda iniciar otra empresa en concurrencia, sea a causa de la mayor eficacia que tendría la competencia ejercitada por parte de quien ya gestionaba la empresa enajenada, sea en homenaje a una plausible exigencia de la lealtad contractual[133].

En nuestra opinión, habida cuenta de que la prohibición de concurrencia nace, en las transmisiones de la empresa, sobre la base del principio de buena fe contractual (art. 1258 C.c.) y concurrencial (art. 5 L.C.D)[134] y su finalidad consiste en posibilitar la global y completa transmisión de la empresa, haciendo factible la transmisión de la clientela, valor patrimonial fundamental de la misma ; dicha obligación de no competir surge a cargo del transmitente y en garantía, como decimos, de una total transmisión de la empresa al adquirente. Así pues, no creemos que en el caso del legado de empresa exista prohibición alguna de competir a cargo de los herederos, que no son ni han sido nunca transmitentes, pues, como sabemos, el legatario adquiere la

---

[132] Cfr. "Diritto Commerciale", tomo I, vol. I, 3ª edición. CEDAM, Padova, 1993, págs. 267-268.

[133] Cfr. GRECO, P. : op. cit., pág. 169.

Esta es también la opinión mantenida por FERRARA (vid. op. cit., pág. 386), y por METITIERI, el cual afirma que la doctrina prevalente no admite la prohibición para los negocios a título gratuito, porque no se puede sostener en estos casos, por regla general, ni la (presunta) voluntad del enajenante de asumir tal obligación, ni la confianza del adquirente sobre tal obligación (cfr. op. cit., pág. 15).

[134] Vid. FONT GALÁN, J. I. : "La empresa como objeto de negocios jurídicos", en la obra colectiva coordinada por G. J. Jiménez Sánchez: "Derecho Mercantil I", 4ª edición, Ariel Derecho, S.A., Barcelona, 1997, pág. 81.

propiedad de la cosa legada desde el momento del fallecimiento del testador, aunque haya de pedir la entrega de la posesión a los herederos. No se da el supuesto de hecho de la aplicación de la prohibición, el que transmite es el causante y, precisamente, la transmisión se produce por la muerte de aquél (por lo que nunca ha adquirido la carga de no competir, ni la transmite a sus herederos), falta, pues, el sujeto a quien referir la prohibición de competencia.

3. LA PARTICIÓN PRACTICADA POR EL TESTADOR Y, EN ESPECIAL, LA FACULTAD CONSAGRADA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1056 del Código Civil dice : *"Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos".*

La norma contenida en este segundo párrafo, peculiarísima, carece de antecedentes en nuestro ordenamiento, así como en los de los países de nuestro entorno, y aparece por vez primera en el Anteproyecto 1882-1888 de nuestro Código Civil, como muestra de la temprana preocupación de los legisladores españoles por la conservación de las explotaciones, reflejo de una inquietud económica y social.

En virtud de la facultad consagrada en dicho precepto, el empresario testador puede elegir de entre sus descendientes, al que considere más capaz para la continuación de su empresa y, una vez escogido el sucesor, podrá partir su herencia por acto entre vivos o mortis causa, adjudicándola a éste, sin que el sistema de legítimas suponga un obstáculo a su voluntad, al

permitirse que los no adjudicatarios de la empresa reciban su haber (incluidas las legítimas) en metálico.

Esta norma, tan criticada por algunos (que la creían innecesaria por entenderla coincidente con lo dispuesto en el primer párrafo del mismo precepto o en el artículo 829 C.c.), y tan alabada por otros[135], supuso durante muchos años la piedra de toque de la polémica acerca de la naturaleza de la legítima. Así, los autores defensores del principio según el cual la legítima del Código Civil había de pagarse en bienes de la herencia, entendieron que dicho precepto presuponía que en el caudal hereditario no existían más bienes que la empresa, y, por tanto, su verdadera función era autorizar el pago de las legítimas de los hijos no adjudicatarios con metálico extrahereditario. Esto es, el artículo suponía una excepción que confirmaba la regla por ellos propugnada[136]. Frente a tales opiniones, DE LA CÁMARA, sostuvo que, aunque la regla general en principio fuera efectivamente el pago de la legítima en cuerpos hereditarios, era posible sostener que los padres y ascendientes podían disponer, aun fuera del caso del artículo 1056.2º C.c., el pago en metálico de la legítima individual de algunos de sus hijos, siempre que los

---

[135] De ella dijo el siempre agudo ROYO MARTÍNEZ que *"este artículo, tan en poco tenido por la doctrina, podría en cualquier país donde no se legislase según la anárquica técnica de los reinos taifas, y donde la actividad administrativa o cuasi-administrativa no tuviese el prurito de ignorar, cuando no de escarnecer, las leyes fundamentales codificadas ; podría, digo, haber servido para encauzar, debidamente desarrollado o completado, toda la balumba de normas dispersas que ofrecen, como dernier cri del Derecho tuitivo, las ya añejas novedades del patrimonio o el hogar familiares, la continuación en los arrendamientos y tantas otras, cuyo rasgo común es la indivisibilidad mortis causa, de ciertos bienes o elementos patrimoniales. El § 2 del art. 1056, que ni siquiera veda de modo expreso la distribución en plazos del abono en metálico, brinda, si se le conjuga bien con la mejora y el tercio libre, amplísimas posibilidades de renovación del régimen sucesorio, sin llegar a caer en la preterición de los descendientes no favorecidos de modo especial"* (vid. "Derecho Sucesorio «mortis causa»", Editorial Edelce, Sevilla, 1951).

[136] En este sentido de entender el artículo 1056.2º, junto con el 829, 821 C.c., como preceptos excepcionales a la regla general, vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : "Contenido cualitativo..." cit. ; y asimismo MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE afirmó que *"habrá que pensar que el párrafo 2º del artículo 1056 contiene una norma excepcional dentro de nuestro sistema legitimario, y sacar a relucir — ahora sí — lo de que «no hay regla sin excepción». El objeto del derecho a la legítima consiste normalmente en una «porción de bienes» de la herencia, pero si el testador usa de la facultad del artículo 1056, párrafo 2º, se transforma, por excepción, en una porción, no de bienes hereditarios en sí mismos, sino del valor de tales bienes ;..."* ("Variaciones sobre las legítimas", R.D.N., 1969, pág. 184).

bienes hereditarios se adjudicasen a un legitimario del mismo rango o categoría[137].

En cualquier caso, la vieja polémica ha quedado superada por la reforma en 1981 de los artículos 841-847, que permiten, con el cumplimiento de ciertos requisitos, el pago en metálico de la legítima de los descendientes en términos más o menos generales. De todas formas, de acuerdo con DE LA CÁMARA, no creemos que el legislador se planteara, al redactar el repetido segundo párrafo, el problema de la admisibilidad o menos del pago en metálico de la legítima de los descendientes en toda su magnitud. Antes bien, lo que realmente le preocupó fue la suerte que habrían de correr las explotaciones agrícolas e industriales en las particiones; cuestión que ya había sido tenida en cuenta por el Código de Napoleón, el cual en su artículo 832 decía que en la composición de los lotes se debe evitar la parcelación de las heredades y dividir las explotaciones. Como vemos, en Francia se dicta una regla imperativa, sin limitarse a dejar el asunto en manos del testador. Sin embargo, quizás movido por las dificultades que la aplicación de tal regla frente a la general de componer lotes homogéneos, encontró en la doctrina y jurisprudencia francesas, el legislador español optó por encomendar el destino de la explotación al buen juicio del testador, a quien se faculta para adjudicarla íntegra a uno cualquiera de sus hijos y, para salvar el obstáculo que supondría el sistema de legítimas, se le permite disponer que se abonen las mismas en metálico[138].

---

[137] Vid. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., págs. 941 y ss.; y Comentario del artículo 1056 C.c., en la obra colectiva: "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2484.

Funda el autor su tesis en una interpretación extensiva del artículo 829 C.c., y en la deducción del artículo 1056.2º C.c. de una regla permisiva y otra prohibitiva: por lo que a la faceta permisiva se refiere — afirma DE LA CÁMARA — el precepto está de más, y no hace sino reiterar el 829; en cambio, considerado desde su punto de vista negativo o prohibitivo, del precepto resulta implícitamente la prohibición de que se pague con metálico la legítima de todos los hijos en beneficio de quien no lo sea (cfr. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., págs. 956-959).

[138] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., págs. 955-956.

A pesar de la amplia posibilidad de pago en metálico de los derechos legitimarios que han supuesto los artículos 841 y siguientes, no creemos que por ello la facultad consagrada en el artículo 1056, párrafo segundo, haya devenido inútil, por el contrario, la misma tiene peculiaridades que permiten diferenciarla de los nuevos preceptos y mantenerla como institución autónoma cuya utilización puede preferir el testador en algunos casos[139]. Estudiemos cuales son sus requisitos :

A) Sujetos de la partición del artículo 1056.2º del Código Civil

¿Quién puede usar de la facultad conferida en este precepto ? FOSAR BENLLOCH, atendiendo exclusivamente a la literalidad de la norma, afirma que se habla del "padre", y se presupone que dicho padre tiene varios hijos. Lo primero, que sea padre, es absolutamente lógico, pues la permisión legislativa no tendría sentido si el testador careciere de herederos forzosos con derecho a ver satisfecha su legítima en bienes herenciales. Y lo segundo, porque de existir un solo hijo, éste es legitimario, que necesariamente ha de recibir una porción de bienes hereditarios, ya que, si su derecho puede ceder ante otro descendiente legitimario *ex* art. 1056.2º C.c., no cabe esta posibilidad ante un heredero voluntario extraño[140].

Sin embargo, y aunque es cierto que el tenor literal del artículo 1056.2º C.c. se refiere al padre, parece claro que la facultad reconocida en el mismo puede ser utilizada por cualquier ascendiente[141] ; y, en relación con el párrafo

---

[139] Así lo advierten LACRUZ BERDEJO, J.L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 151. Y en el mismo sentido se manifiesta Manuel DE LA CÁMARA en su citado comentario al artículo 1056 C.c., pág. 2084.

[140] Cfr. "La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil", A.D.C., 1963, pág. 381.

[141] De esta forma lo entendió ya MANRESA (vid. "Comentarios al Código Civil español", tomo VII, 7ª edición revisada por F. Bonet Ramón, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, pág. 723 ; e igualmente, DE LA CÁMARA (vid. "Estudio sobre el pago con metálico...",

primero del precepto, entendemos con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que dicho ascendiente ha de ser *"testador"*, ya que la facultad conferida por el precepto es meramente partitiva, por lo que se impone la necesidad de un testamento básico sobre el que descanse el acto divisorio[142].

Pasando del sujeto activo al sujeto pasivo de la facultad analizada, éstos son el atributario de la explotación, por un lado, y los legitimarios que han de recibir su haber en dinero, por otro.

Respecto al primero, la letra del precepto ("que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos"), parece dar a entender que la adjudicación de la explotación ha de verificarse exclusivamente en favor de uno de los hijos del testador. No obstante, es admisible sin dificultad que la empresa pueda atribuirse a un nieto, o descendiente de ulterior grado del testador, por premoriencia del descendiente o descendientes inmediatos, ya que, en tal caso, aquél será legitimario[143]. Mucho más problemática es la posibilidad de adjudicar la explotación a un nieto, en vida de su padre, y no incurriendo éste en causa de indignidad ni desheredación. Al respecto manifiesta VALLET que, en tales casos, "si el descendiente mediato no es legitimario, la letra del precepto, tal vez más que su espíritu, parece suponer un obstáculo más difícil de salvar. No obstante, la clásica extensión a todos los descendientes de la

cit., pág. 949-950) ; VALLET DE GOYTISOLO (vid. "Contenido cualitativo..." cit., pág. 87) ; VIDAL MARTÍNEZ (vid. op. cit., pág. 553) ; DOMÍNGUEZ LUELMO (Vid. "El pago en metálico de la legítima de los descendientes", Tecnos, Madrid, 1989, pág. 49).

[142] En este sentido vid. *infra*, apartado D), punto a).

[143] Así lo entendieron MANRESA (vid. op. et loc. últ. cit.) ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. op. últ. cit., pág. 950) ; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA y otros (vid. "Elementos de Derecho Civil, V..." cit, pág. 151) ; VALLET DE GOYTISOLO (vid. "Apuntes de Derecho Sucesorio", A.D.C., Octubre-Diciembre, 1951, pág. 1443, nota al pie 270) ; FOSAR BENLLOCH (vid. "La explotación agrícola..." cit., pág. 383) ; ESPÍN CÁNOVAS (vid. op. cit., pág. 311) ; VIDAL MARTÍNEZ (vid. op. cit., pág. 553) ; GARRIDO DE PALMA (vid. op. cit., pág. 226) ; DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., pág. 49).

Este último resalta que "si bien la letra de este artículo no se ha visto afectada por la reforma de 1981, lo cierto es que, por referencia obligada al artículo 807 C.c., cualquiera de los descendientes puede ser ahora el adjudicatario de la explotación, independientemente de que se tenga uno u otro tipo de filiación" (op. cit., pág. 50).

palabra «hijos» — recogida por el Tribunal Supremo (Sentencias 31 diciembre 1895, 3 octubre 1903 y 15 mayo 1918), lo mismo tratándose de herederos voluntarios que forzosos (sentencia 19 octubre 1899) — puede ser el puente que permita superar ese obstáculo"[144]. Y en la misma línea razona FOSAR BENLLOCH, al decir que "puede ser «en interés de la familia», adjudicar la explotación al nieto, mejorado en dos tercios, y no al hijo, simple legitimario, que habría de soportar en tal caso un insoportable gravamen de los dos tercios, adjudicados al nieto y la parte de legítima estricta adjudicada *ope legis* a cada uno de los demás legitimarios"[145].

Por nuestra parte, nos inclinamos por esta última solución, pues, ya que el nieto puede ser mejorado en vida de su padre y, por supuesto, recibir el tercio de libre disposición, sería absurdo interpretar de forma tan sumamente restrictiva la palabra "hijos", que no se permitiera al testador adjudicar la empresa a un nieto considerado capaz para la continuación del ejercicio de la explotación, frente a unos hijos no interesados en la actividad empresarial, en perjuicio, en tal supuesto, del interés familiar y social.

Más dificultad entraña la cuestión de si, en defecto de descendientes, es posible que el testador ejercite la facultad del artículo 1056.2º C.c., en favor de uno solo de sus ascendientes. En apoyo de tal posibilidad alega FOSAR que en este caso puede darse el interés de la familia y el designio de mantener indivisa la explotación ; e "igualmente que siendo, como es, la legítima de los ascendientes de menor consistencia económica que la de los hijos legítimos, y

---

[144] Vid. op. et loc. últ. cit. ; y en su "Contenido cualitativo..." cit., pág. 88. En la misma dirección se pronuncia también LACRUZ (vid. op. et loc. últ. cit.) ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. op. et loc. últ. cit.) ; ESPÍN CÁNOVAS (vid. op. et loc. últ. cit) ; VIDAL MARTÍNEZ (vid. op. et loc. últ. cit.) ; GARRIDO DE PALMA (vid. op. et loc. últ. cit.) ; y asimismo DOMÍNGUEZ LUELMO afirma : *"A nuestro juicio, cabe adjudicar la explotación al nieto en vida de sus padres obligándose aquél a pagar la porción correspondiente a todos los legitimarios, ya que puede ser destinatario del tercio de mejora y, por supuesto, del de libre disposición. La única limitación estaría en el respeto al principio del interés familiar. Para robustecer esta opinión se puede acudir también a la interpretación jurisprudencial de la palabra «hijos» que en un sentido amplio es extendida genéricamente a todos los descendientes"* ("El pago en metálico..." cit., págs. 49-50).

[145] Cfr. "La explotación agrícola..." cit., pág. 383.

subsidiaria a esta última, si no concediéramos esta facultad partitiva al descendiente respecto de los ascendientes, se daría el contrasentido de que cobraría mayor fuerza la legítima de los padres que la de los hijos ; finalmente, que el legislador ha querido conceder tal facultad a todo testador respecto de sus legitimarios, sin restringirlo a los que sean hijos" ; no obstante, el autor no puede menos que reconocer que el tenor literal del precepto es inequívoco, así, al decir "hijos", parece que el Código quiere limitar a éstos la utilización de la facultad concedida[146].

DE LA CÁMARA, sin embargo, se muestra convencido de la interpretación extensiva ; para él, "si el dueño de la empresa es soltero y tiene padres de los cuales la madre, por ejemplo, es una mujer modelo, de probada capacidad y el padre, en cambio, es un hombre vicioso y derrochador, está perfectamente justificado su deseo de dejar el negocio a la primera y pagar en metálico la legítima que corresponda al segundo" ; sin que tal aplicación analógica sea, a su saber, desorbitante[147].

Evidentemente la letra del precepto supone una traba insalvable mediante la interpretación extensiva, pero no a través de la analogía, que, creemos, puede ser conveniente al interés familiar, económico y social en casos como los expuestos por DE LA CÁMARA. Es cierto que la atribución de la empresa a un ascendiente puede lograrse mediante el legado de empresa, gracias a la reducción en metálico del artículo 821 C.c. ; pero también lo es que en múltiples ocasiones convendrá nombrar heredero al que haya de recibir

---

[146] Cfr. "La explotación agrícola..." cit., págs. 381-382.

[147] Cfr. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 956, nota al pie nº 346 y pág. 958, nota al pie nº 348. A pesar de ello reconoce que tal resultado podría alcanzarse por la vía del legado de empresa, merced al artículo 821 C.c.

De la misma opinión es VALLET DE GOYTISOLO (vid. "Contenido cualitativo de la legítima..." cit., pág. 88).

Por el contrario, para VIDAL MARTÍNEZ (vid. op. cit., pág. 554) tal posibilidad es sumamente forzada, y muy escasamente cumplirá la finalidad doblemente conservativa de la norma.

la empresa por las dificultades que suponían la responsabilidad por las deudas y la transmisión de los contratos pendientes ; y, para la consecución de tal fin, muy útil será el camino abierto por el artículo 1056.2º C.c.

Finalmente, por cuanto se refiere al otro término pasivo del precepto examinado : los que han de recibir su haber en metálico ; éstos serán, en la mayoría de los casos, los demás descendientes (cualquiera que sea su filiación), no favorecidos con la atribución. Señala FOSAR BENLLOCH, que también procede ordenar tal pago en dinero respecto al cónyuge viudo, pues si los herederos pueden cifrar el importe de su legítima en un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por mandato judicial (art. 839.1 C.c.), con mayor razón podrá el testador, en interés de la familia, eliminar tal opción e imponer el pago en metálico[148].

B) El interés de la familia como móvil de la adjudicación integral de la empresa

El móvil que ha de impulsar al padre para atribuir íntegramente la empresa a uno de sus descendientes y conmutar a metálico la legítima de los demás, debe ser, según el Código, el "interés de su familia".

Qué sea este interés de la familia es algo que el legislador no define y sobre lo que doctrina y jurisprudencia no están de acuerdo. Afirma DOMÍNGUEZ LUELMO que tal expresión es polivalente, y dentro de la esfera del Derecho Civil, es utilizada de muy diversas maneras (el Código Civil la alude en los siguientes artículos : 67, 70, 82.4º, 103.2 y 1389). En general, se ha estudiado el tema en función de las relaciones entre los cónyuges, las de éstos con sus hijos, y como base para el tratamiento de la economía del matrimonio. A juicio del autor, no parece que sea éste, sin embargo, el sentido con que tal concepto es utilizado en el artículo 1056.2º C.c., antes bien, en

[148] Cfr. "La explotación agrícola...", cit., pág. 384.

éste el "interés de la familia" tiene mucho que ver con el linaje o la continuidad de la casa y está en estrecha relación con el interés de los hijos o descendientes que, en definitiva, van a ser los destinatarios de la explotación o, en su caso, del metálico[149].

Para DÍEZ PICAZO el "interés de la familia" no se refiere a que ésta deba estar mayoritariamente interesada en la indivisión del establecimiento o empresa, ni en el predominio del interés general de la familia, interpretación de la que se seguiría que el precepto lo único que permite es el apartamiento de alguno o algunos de los legitimarios (las llamadas "ovejas negras") ; sino que la clave de la norma hay que ligarla con el interés en la conservación de la empresa, pues "conservar" es precisamente la palabra que usa el legislador. De aquí que, según este jurista, el padre puede adjudicar la empresa a uno sólo de sus hijos legitimarios, pura y simplemente para conservar el negocio[150]. Asimismo afirma VIDAL MARTÍNEZ que el aludido interés no puede ser otro que el "conservar" la explotación dentro del círculo familiar[151].

La existencia o no del interés de la familia es cuestión de hecho a apreciar libremente por el juzgador, estimando FOSAR BENLLOCH que cuando el padre hace uso de esta facultad de atribuir particionalmente la

---

[149] Cfr. "El pago en metálico..." cit., págs. 51-52.

DOMÍNGUEZ LUELMO se cuestiona también el modelo de familia del que el Código Civil parte a la hora de apreciar dicho interés. A su entender podrá entenderse que existe familia siempre que el hombre y la mujer integren "una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal". Por ello considera que "no sería posible, por ejemplo, adjudicar la explotación al hijo de uno solo de los cónyuges constante el matrimonio de ambos, que vive fuera de la familia que éstos forman con sus hijos comunes". De la misma manera, no ve obstáculo "en realizar la adjudicación en favor de un hijo extramatrimonial si, en realidad, éste forma parte de la familia del testador (en el sentido amplio últimamente expresado), y que aquél pague en dinero la legítima de sus hermanos, matrimoniales desde el punto de vista jurídico, pero que no forman parte de la «familia» que el testador puede haber creado independientemente del vínculo matrimonial anterior que le unía a otra persona con la que ya no convive" (ibídem).

[150] Cfr. "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 322. Se manifiestan en igual sentido SIMO SANTONJA (vid. op. cit., pág. 136) y FERNÁNDEZ GIMENO (vid. op. cit., pág. 282).

[151] Cfr. op. cit., pág. 554.

explotación de modo íntegro, se presume la existencia del interés familiar, sin que, en defecto de impugnación sea preciso probarlo[152]. Es más, nosotros creemos que será el que alegue la inexistencia de tal interés familiar quien deba probar su aserto.

Ahora bien, ¿qué valor tiene este elemento teleológico de la atribución íntegra de la empresa ?, o dicho de otro modo, ¿verdaderamente puede impugnarse un testamento o acto particional complementario en que se adjudica la explotación indivisa alegando la no existencia del interés familiar ?

Hay que tener en cuenta que el Código quiere dar una estabilidad a la partición realizada por el testador, por ello en el primer párrafo del artículo 1056 advierte que "se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos", y congruentemente, en el artículo 1075 dispone que *"La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que se perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador"*. Independientemente del discutido significado del último inciso[153], ¿podría incluirse en éste el caso de la partición del testador con adjudicación de explotación indivisa si se demostrase el error del testador al apreciar el interés familiar ?[154].

FOSAR BENLLOCH admite la total virtualidad de este requisito de la atribución indivisa de la explotación con conmutación de las legítimas, de modo que defiende la posibilidad de impugnación de la partición "si el padre no actuó en interés de la familia, y especialmente, si actuó en contra del

---

[152] Cfr. "La explotación agrícola..." cit., pág. 384.

[153] Vid. sobre ello la obra de ALBALADEJO, M. : "Dos aspectos de la partición hecha por el testador", A.D.C., Julio-Septiembre 1948, págs. 922-980 ; "La partición realizada por el testador debe llevar a la práctica el acto dispositivo", Estudios de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1955, págs. 335-422.

[154] Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D. : op. cit., pág. 312.

mismo"[155]. Dicha impugnación sólo se podrá realizar por la vía del declarativo que corresponda y no del juicio de testamentaria, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que "cuando la partición de bienes consta hecha con anterioridad, resulta dilatorio e inútil el juicio de testamentaría, y el derecho de los herederos forzosos está subordinado al del testador de hacer por sí la partición de sus bienes, sin otras limitaciones que las establecidas en la Ley, pudiendo en su caso los perjudicados ejercitar sus acciones en el juicio correspondiente"[156].

C) El objeto de la transmisión íntegra : la explotación agrícola, industrial o fabril, sus requisitos

El artículo 1056.2º C.c. se refiere expresamente a la conservación indivisa de una "explotación agrícola, industrial o fabril", enumeración que refleja el sentir y la realidad económica de la época en que el precepto fue redactado. Sin embargo, no existe ningún obstáculo para incluir en él cualquier tipo de explotación, y concretamente la empresa o negocio mercantil, cuya necesidad de transmisión integral es, como sabemos, idéntica o superior a la de aquéllas[157].

---

[155] Cfr. op. et loc. últ. cit.

[156] S.T.S. 17 de Octubre de 1960, R.J.A. 1960/3423, CDO. 1º.

[157] Ya advirtió MANRESA en términos quizás demasiados amplios que "la enumeración de establecimientos agrícolas, industriales o fabriles es demostrativa y no taxativa ; de ordinario, a ellos se referirá el ascendiente, pero nada se opone a extenderla a una biblioteca o museo con el deseo de que se conserven los libros o cuadros, o a los instrumentos de su profesión u oficio" (vid. Comentario del artículo 1056 C.c... cit., págs. 723-724).

Defienden la inclusión de la empresa mercantil en el precepto estudiado, que ha de interpretarse extensivamente : DÍEZ PICAZO (vid. "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 322) ; PUIG BRUTAU ("Fundamentos de Derecho Civil", tomo V, vol. 3º... cit., pág. 392 ; y en su artículo "El testamento del empresario" cit., pág. 852) ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 951 ; SIMO SANTONJA (vid. op. cit., pág. 135) ; VALLET MÁS (vid. op. cit., pág. 219) ; DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., pág. 50) ; FERNÁNDEZ GIMENO (vid. op. cit., pág. 282).

Para que el empresario testador-partidor pueda hacer uso de la facultad consagrada en esta norma a los fines de transmitir su empresa, dos son los requisitos exigidos desde el punto de vista objetivo, que se deducen de la propia dicción del artículo : que exista una empresa como tal, es decir una unidad orgánica de diversos factores a los fines de la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado, una organización unitaria ; y que dicha empresa sea de la titularidad del testador.

a) Existencia de una empresa

Como hemos advertido, presupuesto de la facultad concedida al testador-partidor en el artículo 1056.2º C.c., es la existencia de un conjunto patrimonial que constituya una empresa en funcionamiento, unidad económica y de gestión, no bastando la mera existencia de una pluralidad de bienes unidos por el vínculo de su pertenencia a una misma persona e incluso de su administración conjunta[158].

Así pues, el objeto a transmitir vía artículo 1056.2º C.c. deberá ser una verdadera empresa en el sentido estudiado[159], sin que valga para el cumplimiento del requisito la existencia de un conjunto de bienes no organizado aún como complejo empresarial, o un conjunto patrimonial que, por haber cesado el titular en el ejercicio empresarial, ha perdido los atributos de empresa.

De todas formas, la existencia de empresa, a los efectos de la aplicación de esta norma, es cuestión fáctica libremente apreciable por el tribunal[160] ; y según el parecer del Supremo, la misma no precisa de prueba

---

[158] Cfr. JORDANO BAREA, J. B. : "Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil y otras cuestiones", A.D.C. 1964, págs. 945-947 ; opinión de la que hace eco LACRUZ BERDEJO ; SANCHO REBULLIDA y otros ("Elementos de Derecho Civil, V..." cit, pág. 151).

[159] Vid. *supra*, Capítulo I de la Primera Parte.

[160] FOSAR BENLLOCH, E. : "La explotación agrícola..." cit., pág. 683.

terminante, bastando en tal sentido la declaración del testador, que deberá ser impugnada por quienes sostengan la inexistencia de la explotación. Así lo declaró el Alto Tribunal en sentencia de 19 de Mayo de 1981[161], al decir : "...la existencia de tal explotación está afirmada por el testador y contra ella no se opone, por lo que resulta del apuntamiento remitido a este Tribunal, manifestación alguna por el demandante, pues no funda su demanda más que en la manera en que se ha hecho la partición y el perjuicio que con esa forma se ha causado a las legítimas, y por eso incurre en evidente error la Sala sentenciadora al sostener en su Considerando 1º que la unidad de la explotación necesita una prueba terminante que no ha tenido lugar en los autos, porque constando ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que por el contrario son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación en virtud del principio recogido en el artículo 1214 del Código Civil".

Ahora bien, si se demuestra que el testador ha usado indebidamente de la facultad que la norma legal analizada confiere, tal utilización será determinante de nulidad conforme a la teoría general (art. 6.3º C.c.)[162]. Pero en orden a los efectos de dicha ineficacia se plantea JORDANO BAREA si el abuso de la indicada facultad implica preterición con sus conocidas consecuencias legales tipificadas en el artículo 814 C.c. Según el citado autor, parece — si bien con ciertas dudas — que la respuesta ha de ser afirmativa,

---

[161] R.J.A. 1951/1618 ; CDO. 2º. En el recurso se pretendía la nulidad, entre otras cosas, de las siguientes cláusulas, que configuraban la tercera y cuarta del testamento, y suponían el uso de la facultad concedida en el precepto que comentamos : *"3ª Deseando conservar indivisa la explotación agrícola de todos los bienes de su propiedad, es voluntad del otorgante que dichos bienes sean adjudicados íntegramente a su hijo S., por tasación de 72 ferradas de trigo o su equivalencia en metálico a razón de 100 pesetas cada ferrada, de las que se pagan 54 al dominio directo que le afecta y las 18 restantes se distribuirán entre los seis hermanos, percibiendo tres cada uno en la casa del lugar de U., en que habita el otorgante, prohibiendo toda otra tasación, y si alguno de sus herederos se opusiera a lo dispuesto en esta cláusula promoviendo litigio, para dejar de cumplirla, es también voluntad del otorgante que el que lo hiciere sea privado de toda participación en los dos tercios de libre disposición y mejora de su herencia, que acrecerán al S., sin perjuicio de que se cumpla su voluntad. 4ª En el remanente de la herencia, incluso las maderas de un palmo de diámetro en la base, instituye por sus herederos a partes iguales a su expresados seis hijos".*

[162] Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D. : op. cit., pág. 314.

"porque en ese caso no es ya que los herederos forzosos queden sólo insuficientemente favorecidos desde el punto de vista *cuantitativo*, sino que son privados *cualitativamente* de su legítima y, por tanto, prácticamente y desde el punto de vista legal, omitidos como legitimarios"[163]. No creemos, sin embargo, procedente esta solución ; bajo nuestro punto de vista tal supuesto no puede calificarse jurídicamente como preterición, por el contrario, estaremos, como hemos dicho, ante un uso ilegal determinante de la nulidad de la partición realizada por el testador por acto intervivos o mortis causa, pero no del acto dispositivo, de tal manera que la partición deberá llevarse a cabo según las reglas generales establecidas por el Código Civil (arts. 1061 y ss).

b) Titularidad del testador-partidor

El artículo 1056 en su primer párrafo habla de la partición de *"sus bienes"* por el testador. En relación con éste, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 15 de Octubre de 1915[164] especificó que para que pueda ser aplicable el artículo 1056 del Código, "es necesario que los bienes distribuidos sean propios del causante ; es decir que estén en su disponibilidad, pues de otro modo las facultades concedidas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos" ; y asimismo la S.T.S. de 29 de Octubre de 1960 observó que los bienes habrían de ser de propiedad del testador[165]. Sobre el tema apuntan muy certeramente LACRUZ y SANCHO que más que decir que el testador-partidor ha de ser propietario de la empresa que adjudicará haciendo uso del precepto estudiado, cabe decir que debe ser *titular* de la misma y de los derechos y situaciones que transmite, aunque no se trate de derecho de propiedad[166].

---

[163] Vid. "Dictamen sobre abuso..." cit., pág. 945.

[164] Citada por GÓMEZ MORÁN, L. : "Testamento-partición", R.C.D.I., 1949, nº 257, pág. 612. En el mismo sentido J. L. DE LOS MOZOS en su artículo "La partición de la herencia por el propio testador", R.D.N. 1960, pág. 213-214, cita otra resolución de 13 de Octubre 1916.

[165] R.J.A. 1960/3447.

[166] Cfr. Elementos de Derecho Civil, V... cit., pág. 151.

En relación a la cuestión, es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1985[167] que puso fin a un litigio que versaba sobre los siguientes hechos : fallecido Cecilio M. S., casado y con dos hijos, había dejado de incluirse en la partición de sus bienes operada en escritura pública, el establecimiento mercantil llamado "Bazar Colón", que pertenecía al as hereditario del difunto. Por esta causa, el cónyuge del causante, Mª Carmen G., y sus dos hijos, José Luis y Mª Carmen M. G., como herederos de aquél, ostentaban una titularidad dominical sobre dicho bien, que hubiera originado su adjudicación en proindiviso mediante la atribución de las correspondientes cuotas a los citados herederos, en pleno dominio, nuda propiedad o usufructo, según lo que les correspondiera al aplicar las leyes de sucesión. Con el fin de evitar tal proindivisión, los hermanos y la madre pactaron en documento privado, de fecha de diez de Mayo de 1973, que se atribuiría a la segunda (Mª Carmen G., esposa del fallecido) la "propiedad y usufructo" del bien expresado, pero estipulando, al propio tiempo, que la titularidad en concepto de arrendataria del local donde el negocio estaba establecido sería atribuida a Dña. Mª Carmen M. G., la cual, en instante en que ocurra el fallecimiento de su madre, adquirirá la propiedad de dicho establecimiento mercantil con todas sus instalaciones, enseres y mercaderías ; en tal momento se llevará a efecto tasación pericial por peritos designados por ambos herederos, y deberá Dña. Mª Carmen M. G. compensar a su hermano D. José Luis M. G. lo que de dicha tasación resulte, pudiendo hacer dicha compensación en metálico y otros bienes de común acuerdo. No obstante lo pactado, la madre otorgó posterior testamento y partición de bienes, en la que, usando de la facultad concedida por el artículo 1056.2º C.c., dispuso del establecimiento, adjudicándolo a su hija Mª Carmen M. G[168].

---

[167] R.J.A. 1985/3095.

[168] Presentada por D. José Luis M. G. demanda sobre impugnación de partición hereditaria efectuada en testamento por su madre y causante y reclamación de cantidad, contra su hermana Dña. Mª Carmen M. G. y D. José Alejandro L. M., el Juzgado la estima en parte, determinando : a) que la causante de la herencia se excedió en la partición contenida en su testamento al disponer en favor de su hija de los derechos que le correspondían sobre el

El Tribunal Supremo, tras aclarar que el documento privado otorgado por la madre y hermanos no es un pacto sobre la sucesión futura de Mª Carmen G., sino una simple convención por la que resuelve entre los partícipes de la comunidad hereditaria de Cecilio M. los derechos que a cada uno de ellos habrán de corresponder en lo sucesivo sobre un bien concreto ; declaró que no puede entenderse "incondicional la atribución a Dña. María del Carmen G. de V. de la «propiedad y usufructo» de que se habla en el documento al estar claro que la limitación que contiene a la libre disposición del repetido bien significa la compensación que obtienen los dos hermanos por la renuncia que efectúan a la atribución en proindiviso que por sus respectivas cuotas les correspondieren sobre el mismo, según la Ley por la que había de regirse la sucesión de su padre, no siendo lícito por ello que la madre dispusiera del expresado bien en la distribución de bienes que efectuó al otorgar un testamento posterior"[169]. Y, ante la alegación, como primer motivo de casación, de la violación por inaplicación del artículo 1056 C.c., el Supremo rechaza el motivo, "al referirse claramente la norma legal a *los bienes que se hallen en el patrimonio del testador y no a aquellos de que no pueda disponer*, cual sucedía con el establecimiento mercantil"[170]

Dado que el precepto se refiere a la conservación indivisa de una explotación, se han formulado dudas en cuanto a su aplicación a la transmisión a un solo hijo de la cuota que el padre ostenta en una empresa que pertenece a una comunidad en la que éste es copropietario.

---

establecimiento mercantil denominado "Bazar C." por lo que dicha partición es ineficaz ; b) que debe procederse en ejecución de sentencia a efectuar una nueva partición de conformidad con las bases que se establecían ; c) que Dña. Mª Carmen M. G. viene obligada a compensar en metálico o en otros bienes a su hermano, el demandante, en el cincuenta por ciento del valor del traspaso del denominado Bazar C, en el año mil novecientos setenta y seis. Confirmado el fallo por la Audiencia, se interpuso recurso de casación por Dña. Mª Carmen M. G., declarando el Tribunal Supremo no haber lugar al mismo.

[169] Cfr. CDO. 2º.

[170] Ibídem. (El subrayado es nuestro).

La cuestión puede presentar argumentos favorables a cualquiera de las soluciones, así la respuesta afirmativa viene abonada por la mayor facilidad de la dirección de la empresa conforme menos copropietarios existan. Pero, inversamente, cabe pensar que, no operándose la división material de la explotación, mientras se mantenga el proindiviso, es indiferente que la cuota del testador sea adjudicada a uno solo o a varios legitimarios, por lo que el supuesto queda fuera de la ratio de la norma[171].

Un caso similar resolvió la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1958[172], acerca de un supuesto en el que se pretendía mantener en una sola mano un paquete de acciones suficiente para conservar el mando de una sociedad dentro de una familia. El recurso giró en torno a la validez o nulidad de una cláusula testamentaria — la quinta — en la que la testadora, que había instituido herederos por estirpes a sus cinco hijos vivos y a dos nietos, hijos de otra hija premuerta, decía : *"En uso del derecho que concede el artículo 1057 (sic) del Código Civil, dispone la testadora que la totalidad de sus acciones de la sociedad «Herederos de Antonio B., S.A.», se adjudiquen por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes hereditarios a aquellos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean titulares en plena propiedad de acciones de dicha compañía, asimismo la participación que a la testadora corresponde a la compañía «Pesquera Artibay, S.L.», se adjudicará en proporción de sus haberes hereditarios respectivos, a aquellos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora sean socios de dicha sociedad. En su caso, los adjudicatarios de dichas acciones y participación social abonarían en metálico a sus coherederos el exceso de los resultados en la adjudicación".*

En la demanda se pedía la nulidad de la citada cláusula, la de las operaciones particionales hechas con arreglo a ella y, subsidiariamente, la

[171] Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D. : op. et loc. últ. cit.

[172] R.J.A. 1958/2716.

rescisión de éstas por lesión de los demandantes en más de la cuarta parte. Rechazada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia estimó la apelación y, planteado recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo por razones que, según CÁMARA, "no resisten la más ligera crítica, dicho sea con todos los respetos que merece el Alto Tribunal"[173].

La cuestión fundamental que en el pleito se planteaba era, según el Supremo (CDO. 1º) si, en la cláusula testamentaria tachada de nulidad, la testadora hizo uso de la facultad que, en el supuesto específico que contempla, otorga a los padres el párrafo segundo del artículo 1056, supuesto en el cual, en defensa de un interés familiar, cabe satisfacer en metálico su legítima a los demás hijos o, si tratándose de un evento no previsto en la hipótesis legal, hay que reputar nula con todas sus consecuencias la cláusula impugnada por la demanda, ya que en ella se desnaturaliza la legítima alterando, en perjuicio de algunos legitimarios, la composición cualitativa de los lotes adjudicados en la partición pese a su idéntica valoración cuantitativa.

La aplicación al caso de la norma contenida en el artículo 1056.2º es negada por el Tribunal Supremo en su Considerando Segundo en el que afirma que *"es forzoso reconocer que en ese punto concreto, no erró la resolución impugnada porque en el caso en litigio no se trataba de subvenir al legítimo deseo de conservar una explotación indivisa, mediante el arbitrio que el artículo tiene previsto, sino de una expresión de voluntad referida exclusivamente al designio de impedir que de las Sociedades constituidas pudieran ser accionistas personas extrañas a la familia y para ello, y sin excluir al tiempo de expresar su voluntad, a ninguno de los herederos nominalmente designados, disponía, que las acciones se adjudicaran por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes a aquellos de sus herederos que, al tiempo del fallecimiento fueran titulares en plena propiedad de acciones de*

[173] "Estudio sobre el pago con metálico..." cit., pág. 911.

Herederos de Antonio Veristain, S.A. y de Pesquera Artibay, S.A., disposición la enunciada que por el pronto no implica una operación particional sino una terminante disposición testamentaria, que como las demás del testamento señalaba a los contadores las bases sobre las que habían de actuar, y que, por añadidura, no contemplaba un supuesto de perjudicial división, puesto que la unidad social se mantenía, sino lo que es muy distinto, una limitación en cuanto al modo de las operaciones divisorias"[174].

VALLET, sin embargo, disiente enérgicamente de esta postura. Para él, el supuesto examinado cabía en el artículo 1056.2º C.c., pues las explotaciones industriales constituidas en forma societaria pueden conservar o perder su unidad dentro de la familia, según se mantenga o no en poder de ésta un número de acciones o participaciones suficiente para preservar la potestad de mando sobre ella. La empresa familiar revestida de forma social, si los miembros de la familia pierden esa potestad de mando, se desintegra en una empresa realmente societaria, pero fuera del ámbito familiar. El artículo 1056.2º — dice VALLET DE GOYTISOLO — no tiende tanto a conservar la unidad de la explotación (que no se perdería tampoco de ser vendida en pública subasta conforme prevé el artículo 1062), cuanto a conservarla dentro de la familia[175].

---

[174] A pesar de ello y si, coherentemente con lo dicho, la conclusión lógica que se desprendería de tal argumentación y de la contenida los Considerandos siguientes (3º y 4º) sería declarar la nulidad de la citada cláusula, en el 5º el Tribunal Supremo, afirma DE LA CÁMARA (vid. op. últ. cit., pág. 910), vacila y retrocede, y, en trance de condenar o salvar una disposición testamentaria perfectamente lógica, razonable y justa, se decide plausiblemente por lo segundo exponiendo que *"...la mera lectura de la cláusula en discusión pone de relieve que mediante ella, no se trata de hacer a priori una arbitraria distribución de bienes hereditarios entre determinados herederos compensando a los demás en metálico, que es lo que hubiera justificado la aplicación del artículo 806 y la subsiguiente nulidad de la cláusula que lo estableciera, sino que por el contrario, cuando el testamento, a todos los legitimarios sin excepción alguna se le colocó en situación parigual, no sólo en relación con las acciones, sino también con los créditos que aparte de ellas figuraban en el haber y todos se distribuyeron atendiendo a la situación de hecho existente, cuando la partición se practicó ; siquiera fuera de acuerdo con la situación creada por los legitimarios que habían dispuesto de sus acciones (los demandantes) y cumpliendo en ese punto lo dispuesto por la testadora que solo para el supuesto del hecho dejó prevista compensación a metálico que puntualmente se hiciera, que por eso ni infringió, ni pudo infringir la ley en el testamento..."*

[175] Cfr. "Contenido cualitativo de la legítima..." cit., pág. 87.

Efectivamente, la solución que niega la posibilidad de aplicación del precepto al caso de que lo que se quiera mantener en una sola mano sea no la empresa en sí, sino las acciones o participaciones sociales de la persona jurídica titular de la explotación, es criticable pues, como se ha afirmado, la ratio del precepto debe amparar lo que la pura literalidad de un texto que data de 1889 no podía prever en buena lógica, tal y como demanda una interpretación sociológica adecuada del precepto[176].

Una difícil cuestión ha planteado el requisito de la titularidad en cuanto a las empresas de carácter ganancial. El problema es de gran interés por lo frecuente del caso. Así, la doctrina se ha cuestionado : ¿cómo cabrá hacer uso de tal facultad en interés de la familia, si ninguno de los cónyuges tiene cuotas concretas sobre cada uno de los bienes que integran la explotación, y sí solo una participación global en la misma ?, ¿cómo compaginar tal facultad con las palabras "sus bienes", único objeto de la partición testamentaria de que habla el párrafo estudiado ?[177].

Para la mayoría de la doctrina, el obstáculo representado por la letra del precepto es insoslayable ; mientras la sociedad de gananciales no esté disuelta, los bienes de la misma no pertenecen a ninguno de los cónyuges, quienes, por otra parte, no podrán partir unilateralmente los gananciales como paso previo a la partición de sus bienes[178].

---

[176] Cfr. GARRIDO DE PALMA, V. M. : op. cit., pág. 226.

[177] Cfr. FOSAR BENLLOCH, E. : "La explotación agrícola..." cit., pág. 388.

[178] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. : "Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones", Séptima Edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, pág. 593.

Tal opinión es, como decimos, mayoritaria en la doctrina y ha sido sostenida entre otros amén de los citados por LACRUZ BERDEJO (vid. "Derecho de Sucesiones", Bosch, Barcelona, 1951, pág. 485 ; y posteriormente en sus "Elementos de Derecho Civil V..." cit., pág. 147) ; DE LOS MOZOS, J. L. : "La partición de la herencia por..." cit., pág. 214 ; ESPÍN CÁNOVAS, D. : op. cit., pág. 313 ; ORTI VALLEJO, A. : "Las facultades de disposición «mortis causa» de bienes gananciales", A.D.C., 1989, págs. 672 y ss. ; etc.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en reiterados pronunciamientos ha declarado la nulidad de la partición cuando ésta recayere sobre bienes gananciales. Así se estableció en la S.T.S. de 12 de Diciembre de 1959[179], en un supuesto en que la testadora efectuó partición no sólo de sus bienes privativos, sino también de los de su marido fallecido años atrás, incluyendo bienes de carácter ganancial y adjudicando todos ellos sin especificar las distintas procedencias. Igual doctrina se contiene en las sentencias de 20 de Mayo de 1965[180], 17 de Mayo de 1974[181] y 3 de Marzo de 1980[182]. Por su parte, la S.T.S. de 25 de Noviembre de 1966, refiriéndose en concreto a la facultad consagrada en el párrafo segundo del repetido precepto, entendió que el testador *"sólo puede utilizarla cuando tal unidad de explotación sea de la propiedad del testador, pero no en los supuestos en que tal bien tenga carácter ganancial"*[183]. Interesante es también el pronunciamiento de 7 de Diciembre de 1988, que resume la tesis jurisprudencial al respecto declarando : *"El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo («nemo plus iuris transfert quam habet» ; «nemo dat quod non habet») tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte, por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de*

[179] R.J.A. 1959/4499.

[180] R.J.A. 1965/2602.

[181] R.J.A. 1974/2068.

[182] R.J.A. 1980/1016. En la misma, habiéndose incluido en la partición bienes gananciales de una sociedad no liquidada, el Alto Tribunal estimó que *"la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el art. 1414 según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquéllos que no le pertenecían..."*.

[183] R.J.A. 1966/5548.

herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de «la partición de sus bienes», sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia..." [184]. Y en idéntica dirección se pronunciaron las SS.T.S. de 18 de Marzo de 1991[185] ; 22 de Febrero de 1997[186] y de 7 de Septiembre de 1998[187], en la cual el Supremo dijo en su Fundamento de Derecho Segundo : *"...hablar de la totalidad de los bienes gananciales como caudal relicto objeto de partición hereditaria, es una posición totalmente improcedente, desde el instante mismo que el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son".*

Efectivamente, abundando en tal dirección, conviene relacionar dicho artículo 1056 C.c. (al hablar de *"sus bienes"*) y el 659 C.c. (limitando la sucesión de una persona a sus bienes, derechos y obligaciones), con el artículo 1379 del Código Civil, que permite a cada uno de los cónyuges disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales. Como advierte ORTI VALLEJO, por oposición a lo permitido por este precepto ha de deducirse que su ámbito de prohibición se refiere a todos los actos *mortis causa* en cuya virtud un cónyuge disponga, asigne o adjudique individualizadamente bienes de naturaleza ganancial, y ello en razón de que "como los bienes gananciales mientras la comunidad dura están sustraídos a

[184] R.J.A. 1988/9301 ; (F.D. 6º).

[185] R.J.A. 1991/2264.

[186] R.J.A. 1997/1191.

[187] R.J.A. 1998/6395.

la disponibilidad unilateral de los cónyuges y sólo se puede hablar de propiedad exclusiva de cada uno de ellos cuando se adjudiquen, previa la disolución y liquidación, aunque en puridad los bienes no sean ajenos, tampoco son exclusivamente propios, y nunca puede determinarse unilateralmente el destino particularizado de ellos, porque, de admitir estos actos, el resultado sería que se habría dispuesto de bienes que, eventualmente podrían ser adjudicados al otro cónyuge y que resultarían ser de su exclusiva propiedad, es decir, se reputarían válidos unos actos de disposición sobre el patrimonio de otro"[188].

No obstante, no han faltado autores que hayan defendido la opinión contraria, así, ya antes de la reforma de 1981, entendió GÓMEZ MORÁN que, partiendo del antiguo artículo 1414 C.c., no había inconveniente en que el marido y la mujer pudieran disponer por testamento, constante matrimonio, de su mitad de gananciales. Y ello no sólo de modo genérico o global, sino también de manera específica y determinada, señalando por medio de las correspondientes hijuelas los bienes o la parte de ellos que deban adjudicarse a sus herederos para pago de sus haberes[189].

Igualmente, para el Derecho anterior a la reforma, CÁMARA[190], asumiendo que el problema principal planteado por la partición que incluye bienes gananciales reside en que el cumplimiento de lo en ella dispuesto está subordinado a que en la liquidación y división del patrimonio común sean adjudicados al lote del testador los bienes que comprendió en la partición, propone para su solución la necesidad de diferenciar los supuestos de partición testamentaria con fijación de cuotas, de aquellos otros en que no existen cuotas sino adjudicaciones concretas.

---

[188] Cfr. op. cit., págs. 672-674. La entrecomillada se encuentra en la página 674.

[189] Cfr. op. cit., pág. 617.

[190] Vid. "El legado de cosa ganancial", A.D.C. 1952, págs. 522 y ss.

En el primer caso, habida cuenta que del testamento resulta la voluntad del testador de instituir a los adjudicatarios como herederos y en la proporción que se deduce de las cuotas fijadas, se desprende de la normativa reguladora de la lesión y la evicción que "si los bienes gananciales que incluyó en la partición no pueden ser íntegramente adquiridos por el adjudicatario de los mismos, procederá conceder a éste derecho a una indemnización previo el reajuste del valor de las cuotas de acuerdo con el resultado definitivo que arroje la liquidación de la sociedad conyugal. La indemnización habrá de hacerse efectiva en dinero, proporcionalmente por los demás herederos, que es la solución legal para el caso de la evicción"[191].

Contrariamente, en el supuesto de no existencia de cuotas precisas, no puede mantenerse la misma solución y entender que la voluntad del testador hubiera sido la de otorgar una indemnización al perjudicado a cargo del resto de los herederos, pues éstos, en definitiva, no han recibido más de lo que el testador les ha asignado. Por esta causa, sostiene el autor que, en tales casos, el adjudicatario de un bien ganancial que no haya correspondido al testador en la liquidación nada podrá reclamar de los demás herederos[192].

Pero, sin duda, el mayor defensor de la posibilidad de que la facultad del artículo 1056.2º del Código Civil recaiga sobre bienes gananciales ha sido, después de la reforma, DOMÍNGUEZ LUELMO[193], quien considera carente de toda lógica admitir la posibilidad de disponer de los bienes a título de legado y negarla cuando se dispone de los mismos por vía particional[194]. A juicio de este jurista, no hay impedimento alguno para que el testador incluya en la

[191] Cfr. "El legado de cosa..." cit., págs. 532-539. La entrecomillada está en la página 538.

[192] Cfr. "El legado de cosa..." cit., págs. 539-543.

[193] Vid. su artículo "La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)". A.D.C. 1990, págs. 834 y ss. ; y asimismo el libro "El pago en metálico...", cit., págs. 104-107 ; y abundando en su argumentación, vid. el "Comentario de la S.T.S. de 18 de Marzo de 1991" en C.C.J.C., 1991, págs. 341-347.

[194] Cfr. "Comentario de la S.T.S. de 18 de Marzo de 1991" cit., pág. 346.

partición de sus bienes, realizada al amparo del precepto que estudiamos, bienes concretos de naturaleza ganancial, debiendo, desde luego, respetar el límite cuantitativo máximo establecido por el artículo 1379 del Código Civil. No obstante, reconoce el autor que dicha disposición estará supeditada a los resultados de la liquidación de la sociedad de gananciales ; y ello porque, mientras la sociedad no se haya liquidado, la comunidad hereditaria comprenderá la cuota ideal del difunto en aquélla, pero, una vez realizada la liquidación, pasarán a formar parte de su patrimonio los bienes que se le adjudiquen en pago de la misma. Por este motivo, ante el evento de que los bienes de que el testador ha dispuesto en su partición no le sean adjudicados en la posterior división de la comunidad de gananciales, entiende aconsejable que el cónyuge prevea semejante circunstancia en su testamento y arbitre la suerte que deberán correr tales disposiciones[195].

Pese a la lógica de tales razonamientos, nuestro parecer es acorde con la doctrina mayoritaria al entender la imposibilidad en el sistema del Código de que el cónyuge causante parta unilateralmente los gananciales y adjudique bienes parcialmente ajenos. Por ello, es preciso arbitrar un sistema que permita la conservación en la sucesión *mortis causa* de una empresa de carácter ganancial, pues la misma se ve expuesta a un doble peligro : la división de los gananciales y la partición hereditaria.

El interés de dar continuidad a su empresa más allá de la muerte de cualquiera de ellos es sentido fuertemente por los cónyuges casados en Derecho Común, los cuales, si el matrimonio es bien avenido, suelen considerar sus patrimonios (privativos de cada uno y ganancial) como un todo a efectos sucesorios. En esta línea, más de un notario ha advertido de lo

[195] Aconseja el autor que, previendo que los bienes comunes que ha distribuido pueden no caer en su haber, puede el testador ordenar *"que sean sustituidos por los demás que vengan a reemplazar a aquéllos"*. Y añade : *"Incluso, ante la falta de una voluntad expresa en tal sentido, podría mantenerse que, para este caso, la voluntad del testador habría sido la de completar o llenar el lote del adjudicatario de bienes gananciales, que no cayeron en su lote tras la liquidación, con los otros bienes asignados a su porción, que no habrán sido atribuidos expresamente a nadie"* (vid. "La disposición testamentaria..." cit., pág. 839.

frecuente que es en nuestro país que marido y mujer acudan juntos a la notaría, a fin de otorgar simultáneamente sus testamentos, "planeados entre los dos y producto generalmente de un acuerdo tácito entre los testadores que desean que sus disposiciones de última voluntad se complementen recíprocamente"[196].

Ya hemos dicho que consideramos inaceptable la posibilidad de que un cónyuge, haciendo uso del artículo 1056 del Código Civil disponga unilateralmente de un bien ganancial ; así pues, existiendo en el patrimonio de los cónyuges una empresa de carácter ganancial y deseando ambos esposos su conservación e incluso su transmisión a uno de los hijos ya elegido, ¿cómo puede conseguirse tal finalidad ?

Aun reconociendo lo discutible de la idea, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA apuntan la posibilidad de la "partición por el testador" de los bienes comunes mediante acto *inter vivos* conjunto de ambos cónyuges. Según estos autores, podría pensarse que, en tal caso, no se da la mancomunidad prohibida por el artículo 669 C.c., ya que los cónyuges no testan en sentido estricto, y la prohibición ha de interpretarse restrictivamente[197]. Semejante partición constituyó el supuesto de hecho de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Mayo de 1965[198] que

---

[196] DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "El legado de cosa..." cit., pág. 469.

Advierte ROURA ROSICH que tal circunstancia no debe extrañarnos, ya que la idea tiene dos sólidos fundamentos morales y económicos que, expuestos en síntesis son : a) la idea de patrimonio familiar ; b) la igualdad entre los hijos ; c) el interés en evitar proindivisiones y litigios, y d) el interés de los padres en un reparto de los bienes conforme a las necesidades, conveniencias y posibilidades de cada hijo ; interés corrector del principio de igualdad, que tiende a que ésta no sea ya cualitativa, sino simplemente cuantitativa (cfr. "Los patrimonios del marido y la mujer como un todo a efectos sucesorios", A.A.M.N., tomo XIII, págs. 71-73).

[197] Cfr. "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 147.

Dicha solución fue ya defendida por el propio LACRUZ BERDEJO en su "Derecho de Sucesiones..." cit., pág. 486, seguido por FOSAR BENLLOCH (vid. "La explotación agrícola..." cit., pág. 388).

[198] R.J.A. 1965/2602.

enjuiciaba la validez de la practicada conjuntamente por dos cónyuges en actos entre vivos. En efecto, aquéllos, tras otorgar sendos testamentos separadamente, efectuaron de consuno la distribución de sus bienes, formalizando un único cuaderno particional en el que convenían considerar comunes todos sus bienes, es decir, incluyendo como tales los bienes propios del marido y de la mujer. Nuestro Alto Tribunal declaró la nulidad de tal partición sobre la base de dos argumentos. El primero hacía referencia al acuerdo de considerar comunes todos los bienes, que constituía la base de la partición realizada, el cual, según el Supremo, *"sobrepasa el contenido propio del acto puramente particional, y el estimar todos los bienes comunes sin serlo, cuando se halla probado que la mayoría de tales bienes pertenecían al marido, presupone una mutación en el régimen de sociedad de gananciales a que ambos cónyuges estaban sometidos, cuando la plena comunidad no había sido estipulada previamente al matrimonio en capitulaciones matrimoniales"*; por esta causa, semejante convenio debía considerarse nulo pues suponía un cambio de régimen matrimonial constante matrimonio, prohibido en aquel entonces por nuestro Código Civil. En segundo lugar, se afirma por el Tribunal Supremo que : *"dado el texto propio del art. 1056 en relación con el 659 del mismo Código, la facultad que al testador se confiere de hacer, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición se refiere a los bienes del testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos, ..."* , argumento que, como podemos comprobar es el mismo que había utilizado para rechazar la partición unilateral de un cónyuge recayente sobre bienes gananciales ; y continúa diciendo : *"a lo que en este caso concreto hay que añadir que, asentada la partición en un acuerdo ilícito, tampoco puede concederse a la disposición mancomunada que en ella se contiene valor jurídico alguno, pues implicando el acuerdo de los cónyuges una disponibilidad que la Ley prohibe, no puede concederse a la partición así hecha un valor que el art. 669 del Código veda para los testamentos, por todo lo que dicha partición es radicalmente nula, y no simplemente anulable, al ser contraria a la ley..."*. Así pues, no podemos saber si el Tribunal Supremo habría considerado válida la partición conjunta *inter vivos* de ambos cónyuges de no haber existido dicho acuerdo previo, cuya

nulidad parece ser la *ratio decidendi* del pronunciamiento sobre la ineficacia de la partición.

Por su parte, DE LA CÁMARA, propuso como recurso para la consecución de los objetivos perseguidos la prohibición temporal por parte del testador de la partición de la herencia, expediente que permite el Código en su artículo 1051. Así, considera posible "que los cónyuges otorguen sus testamentos estableciendo que a la muerte del primero de ellos permanezca indivisa la herencia hasta el fallecimiento del otro, quien también atribuirá en bloque la suya a los herederos", pudiéndose imponer, a su juicio, por ambos testadores, "la obligación o carga a los sucesores de que cuando fallezca el último de los cónyuges, los bienes que entonces pertenecían proindiviso a los sucesores, y procedentes de ambas herencias, se partan de una determinada forma"[199].

Para ORTI VALLEJO, sin embargo, dada la posibilidad que, a partir de la reforma de 1975, brinda el Código Civil de pactar un nuevo régimen económico constante matrimonio, la vía más directa para soslayar la prohibición del artículo 1379 C.c. pasa por el otorgamiento por parte de los cónyuges de nuevas capitulaciones matrimoniales en las que extingan la sociedad anterior, liquidando las deudas y adjudicando los bienes a cada uno de ellos. De este modo, una vez convertido todo el caudal en privativo, podrían distribuir los bienes de ambos, coordinadamente entre los hijos. Pero, como dicha vía supondría un cambio de *status* de los bienes en vida de los cónyuges, propone, a los fines de una distribución conjunta de todo el patrimonio familiar entre los sucesores, que los efectos de los nuevos capítulos (en lo que se liquidan los gananciales y se cambia al régimen de separación) queden sometidos al término suspensivo de la muerte de cualquiera de ellos. Después de dicho pacto capitular a término, ambos cónyuges, tras otorgar sendos testamentos en los que instituyan herederos a sus hijos, podrán partir

[199] Cfr. "El legado de cosa..." cit., págs. 546-547.

todo el patrimonio, ya sea en un único cuaderno (como sugiere el autor), o separada pero coordinadamente[200].

A los fines de sustentar su opinión, el autor se cuestiona : ¿es posible someter los capítulos a término inicial o final ?[201], a lo que, tras la reforma de 1975, estamos de acuerdo en responder afirmativamente. Ahora bien, el término inicial ¿puede consistir en la muerte de uno de los cónyuges ? A nuestro juicio no, ya que, de admitirse tal posibilidad se estaría en la paradójica situación de que un régimen que ha de reglar la economía de un matrimonio entre en vigor precisamente cuando dicho matrimonio ha de disolverse por la muerte de uno de los cónyuges (art. 85 C.c.).

En nuestra opinión, lo que sí sería posible y entendemos más correcto es que los cónyuges, en un mismo acto *inter vivos* liquiden los gananciales y hagan las adjudicaciones pertinentes al haber de uno y otro, con efectos desde luego para después de la muerte de cualquiera de ellos[202]. Una vez hecha tal liquidación, (o incluso en el mismo acto y formalizada en el mismo documento que ésta), los cónyuges podrían realizar la partición conjunta o separada de los bienes merced a lo dispuesto en el artículo 1056 C.c. Tal partición conjunta no caería dentro de la prohibición del artículo 669 C.c., pues no se trata de que los cónyuges testen mancomunadamente sino que lo hacen por separado, siendo común sólo la partición y, como advirtieron LACRUZ y SANCHO, toda prohibición ha de interpretarse de forma restrictiva[203].

---

[200] Cfr. op. cit., págs. 683-688.

[201] Ibídem.

[202] Es la tesis sostenida por DÍEZ PICAZO y GULLÓN (vid. op. cit., pág. 594) y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. su Comentario del art. 1056 C.c... cit., pág. 2483), que ya había sido aventurada, antes de la reforma, por RODRÍGUEZ ADRADOS (vid. "La partición hecha por el testador", R.D.N. 1970, págs. 226-227).

[203] Cfr. op. et loc. úit. cit.

Una alternativa a las figuras estudiadas la constituye los testamentos particionales combinados que el Tribunal Supremo admite, sin abordar la cuestión en sentencia de 21 de Julio de 1986[204].

Esta medida, consistente en que los cónyuges partan testamentariamente los bienes, haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 1056 C.c., pero de manera tal que ambas disposiciones se complementen, choca sin embargo con la dificultad que puede provenir de la posibilidad de que uno de los esposos revoque unilateralmente su testamento (conforme al artículo 737 del Código Civil *"todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en*

---

[204] R.J.A. 1986/4575.

CASAS VALLÉS, al comentar esta sentencia (en C.C.J.C., 1986, págs. 3967-3972), sintetiza el procedimiento al que se recurrió por los cónyuges a los fines de distribuir sus bienes entre los herederos (op. cit., pág. 3973) :

"1º. Ambos cónyuges otorgan testamentos idénticos ,instituyendo herederos por partes iguales a los hijos.

2º. Cada esposo lega a su cónyuge «el usufructo vitalicio de los tercios de libre disposición y de mejora, este último en pago de la cuota legal hereditaria», rogando a los herederos «le respeten el usufructo sobre el tercio de legítima estricta».

3º. La posición del viudo se asegura prohibiendo cada testador la partición de sus bienes hasta que fallezca el superviviente.

4º. En ambos testamentos se hace una relación idéntica de bienes, adjudicándose éstos a los herederos de forma también idéntica. Así, por ejemplo, en el testamento del padre, al hijo «1» se le deja el lote compuesto por los bienes, «A, B y C» ; y otro tanto se hace en el testamento de la madre, en el que al hijo «1» se le atribuyen los mismos bienes «A, B y C».

5º. Se hace constar que las adjudicaciones de los distintos lotes se hacen «en cuanto a las participaciones que al testador le pertenecen en los bienes citados». Con ello se pretende salvar el obstáculo derivado de la naturaleza ganancial de éstos. En cada testamento se hace partición de la totalidad de los bienes del matrimonio. Ni el marido ni la mujer parten en rigor «sus bienes» (art. 1056 C.c.). La partición sería nula si no fuese por la aclaración antes indicada.

6º. Por último, para asegurar que la distribución será respetada por los hijos, se prohibe la partición judicial, «quedando reducidos el heredero o herederos que la intenten a su participación en el tercio de legítima estricta, en beneficio de los que acaten este testamento en todas sus partes».

el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas")[205], o bien del no acatamiento por los hijos de la voluntad de sus padres, fundándose en que sus testamentos, individualmente contemplados, lesionan sus derechos legitimarios[206].

En efecto, proyectadas ambas particiones como recíprocamente complementarias, si una de ellas es revocada, ¿qué suerte ha de correr la otra ? Algún autor (aun sin pleno convencimiento) ha sugerido la apelación a la doctrina de la causa a los fines de sostener la ineficacia del testamento no revocado, habida cuenta de que ambos testamentos están causalmente conectados[207]. En cualquier caso, para obviar los problemas derivados de la eventualidad de la revocación de una de las particiones testamentarias, ambos cónyuges pueden, (y ello será conveniente en el caso de que se opte por esta solución para la conservación de la empresa ganancial) condicionar la validez de su testamento al mantenimiento del otro, lo que les permitirá establecer una institución y partición subsidiaria para el caso de producirse el evento de la revocación individual[208].

D) Requisitos formales de la partición del testador del artículo 1056.2º del Código Civil

a) Necesidad de un testamento previo, simultáneo o posterior a la partición

Para que un ascendiente pueda ejercitar la facultad de adjudicar la empresa a un descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico su

[205] Este inconveniente fue puesto de manifiesto por DE LA CÁMARA (vid. "Legado de cosa..." cit., pág. 546) para fundamentar su rechazo a este tipo de particiones.

[206] Cfr. ROURA ROSICH, J. : op. cit., pág. 89.

[207] Cfr. ROURA ROSICH, J. : op. cit., págs. 90 y 91.

[208] Cfr. ROURA ROSICH, J. : op. cit., pág. 92.

legítima a los demás, ha de otorgar también un testamento, ya sea previo, simultáneo o posterior a la partición, que sirva de base a ésta.

Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en virtud de una interpretación conjunta de ambos párrafos del artículo 1056 C.c., pues, si es cierto que en el segundo se dice sólo "el padre", el primero se refiere taxativamente al "testador" (sustituyendo este término a la palabra "difunto" que había empleado el artículo 899 del Proyecto de 1851).

Efectivamente, jurisprudencia y doctrina han sido casi unánimes al entender que, en nuestro Derecho, nadie puede partir sus bienes sin un testamento de apoyo, aunque en éste el testador se limite a decir que su sucesión se atemperará a las reglas de la intestada. De esta manera lo expresó la conocida S.T.S. de 6 de Marzo de 1945[209] de la cual fue ponente Castán Tobeñas, al decir en su Considerando Segundo : *"que la facultad que concede el artículo 1056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada ; que dicha facultad no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada, y que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre y no perjudica la legítima de los herederos forzosos"*, añadiendo luego que *"habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)"*[210].

---

[209] R.J.A. 1945/272 ; comentada en la R.D.P. 1945, por F. BONET RAMÓN, págs. 447-451.

[210] Vid. CDO. 4º.

E insistiendo en la misma dirección, la S.T.S. de 29 de octubre de 1960, (R.J.A. 1960/3447), afirmó : "Que proscritos con carácter general los pactos sucesorios por el artículo 1271 del Código Civil, ha de atenderse la excepción que el propio precepto establece relativa a la partición de bienes, en el sentido de autorizar al testador para practicar entre vivos la

división de un caudal, por la que conforme al artículo 1056, ha de pasarse en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, pero sin que tal autorización pueda suponerse concedida — como la jurisprudencia tiene declarado — sino cuando la partición se halla respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por de ella derivar y traer causa, ha de supeditarse, ya que al no ser la partición, sino la ejecución o puesta en práctica de lo en el testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste..." (CDO. 2º). Es más, ya en 1904 la Memoria anual del Tribunal Supremo de ese año expresó respecto de este punto : *"El testador, o sea, el que testa, al que se refiere el Código, puede hacer la partición, o por última voluntad, en cuyo caso no existe dificultad alguna, o por acto inter vivos, es decir, después de haber testado, por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos, con o sin la intervención de las personas llamadas al disfrute de los bienes... ; pero cuando no se realizan en estas condiciones, cuando sin la norma y la base de un testamento, y sin los requisitos de la ley exigidos para la expresión de las últimas voluntades hay quien se entretiene en una u otra forma en hacer manifestación sobre la manera como hayan de distribuirse sus bienes, esta manifestación, si bien tenga el carácter formal de partición, no puede producir efecto alguno, ni como testamento ni como contrato...".*

La doctrina científica, que ha cultivado el tema de la partición por el testador con gran fecundidad, se muestra, como hemos dicho, casi unánime al señalar la necesidad de testamento, como requisito de validez de estas particiones, así ya MANRESA lo advirtió en su comentario al artículo 1056 (vid. op. cit., pág. 713), y ALBALADEJO se pronunció ampliamente sobre el tema, afirmando que sólo el testador puede partir su herencia, aunque crea preferible, de *lege ferenda*, la solución contraria, es decir, la de no exigir testamento, pues no encuentra ninguna diferencia entre la partición que, sin testamento de apoyo, se adecua a la sucesión intestada, y la que tiene como referencia un testamento en el que simplemente se manifiesta el deseo de que la sucesión se rija por las reglas de la ley, ya que, en ambos casos, la realidad es que la regulación material de la sucesión de tal causante se hará por la norma legal, porque en los dos supuestos venimos a desembocar en ella, en el uno por disposición de última voluntad y, en el otro, por falta de esa disposición (vid. de este autor "Dos aspectos del a partición hecha por el testador", A.D.C. Julio-Septiembre 1948, págs. 923-927 ; y especialmente, "Sólo el testador puede partir su herencia", Estudios de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1955, págs. 317-334).

Idéntica opinión fue sostenida por GONZÁLEZ RODRÍGUEZ (vid. "Sobre particiones verificadas por el testador en actos intervivos", R.C.D.I., 1927, pág. 166) ; GÓMEZ MORÁN (vid. op. cit., pág. 603-604) ; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (vid. "Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos", R.D.P., págs. 509-510) ; DE LOS MOZOS (vid. "La partición de herencia por..." cit., págs. 176-177) ; PELAYO HORE (vid. "El testamento y la ley como normas de la partición", Pretor, 1971, pág. 45) ; RODRÍGUEZ ADRADOS (vid. op. cit., pág. 224) ; VALLET DE GOYTISOLO (vid. "Apuntes de Derecho Sucesorio", A.D.C., 1951, págs. 1411 y ss) ; ROYO MARTÍNEZ (vid. op. cit., pág. 338) ; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (vid. Elementos de Derecho Civil, V... cit., pág. 146) ; PUIG BRUTAU (vid. "Fundamentos de Derecho Civil, V", vol. 3º... cit., págs. 381 y ss) ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. Comentario del artículo 1056 C.c. ... cit., pág. 2479) ; DÍEZ PICAZO y GULLÓN (vid. "Sistema de Derecho Civil IV..." cit., pág. 592).

Niegan, sin embargo, la necesidad de que la partición, aunque sea realizada por actos entre vivos, tenga base en un testamento previo, simultáneo o posterior : MARÍN LÁZARO, quien opone a la opinión mayoritaria que en ninguna parte preceptúa la ley que toda disposición sobre la herencia futura haya de ser hecha en un testamento, pues, *"ya el artículo 1271, permitiendo los pactos sobre ella, da a entender que no siempre es el testamento la única forma insustituible de dictar disposiciones testamentarias"*, además *"si el Código Civil hubiese guardado silencio sobre este extremo, cabría suponer que nada hereditario puede sacarse de su molde propio, que es el testamento, o el orden legal de la sucesión ab intestato ; pero habiendo dicho expresa y categóricamente que el de cuius tiene la facultad de hacer la partición de su herencia por acto inter vivos, es decir, por donación, o por disposición de última voluntad, esto es, por testamento, ¿qué escrúpulo podemos tener en la aceptación de esa*

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la partición realizada por el testador discrepa de la disposición ?

Para ALBALADEJO es necesario distinguir, en caso de discrepancia entre partición y disposición, entre los supuestos en que la primera ha sido realizada en acto *mortis causa*, la efectuada en acto *inter vivos*. Según el autor, si guardó la forma *mortis causa*, prevalece (siempre salva la legítima) la partición, a menos que no aparezca con claridad, o existan datos para permitir presumir racionalmente, que el causante ante la discrepancia habría ajustado la partición a la institución, y no al revés (argumento del artículo 1075 C.c.), pero, aun constando tal voluntad de ajuste, prevalece también tal cual la partición si el desajuste es en menos de una cuarta parte del valor de los bienes (art. 1074 C.c.), y no resulta que el causante no quiso ni siquiera ese desajuste menor al cuarto. Por el contrario, si no guardó la forma *mortis causa*, la partición ha de ajustarse totalmente a la institución para que deba ser acatada, y ello porque, en otro caso, devendría letra muerta el artículo 738 del Código Civil ("El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar"), puesto que *inter vivos*, significa, como veremos, sin solemnidades testamentarias[211].

---

tesis... ?" (cfr. "La partición de la herencia hecha por acto inter vivos", R.G.L.J., 1944, pág. 231 y 234). Igualmente RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE estima que la facultad reconocida en el precepto estudiado no tiene por qué reservarse exclusivamente al testador, que es una proyección restringida del difunto, quien puede disponer o no del destino de sus bienes para después de su muerte (cfr. "Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1056 del Código Civil", R.G.L.J., 1952, pág. 323).

[211] Cfr. "Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones", J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 141.

ALBALADEJO (en sus artículos "Dos aspectos de la partición...", cit., especialmente págs. 928 y ss. ; y "La partición realizada por el testador debe llevar a la práctica el acto dispositivo", Estudios de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1955) lleva a cabo una personal interpretación del artículo 1075 del Código Civil ; este artículo pretendiendo dar estabilidad a la partición realizada por el propio causante, establece que "la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador". Pero, para el ilustre jurista, estas últimas palabras del precepto, *"que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador"*, se refieren a que la partición discrepe de la disposición, y no a que el testador permita impugnar por lesión, aunque ésta no alcance a la legítima. Es más, — sostiene — siempre que la voluntad del testador expresada

Para VALLET DE GOYTISOLO, por el contrario, si bien es cierto que toda partición verificada por acto inter vivos, que tenga por base (como es preceptivo) un testamento, mal podrá apoyarse en éste si no se acomoda a sus reglas fundamentales y a los llamamientos de los interesados, "ello no significa ni puede significar, si no se quiere privar a esa forma particional de la finalidad principal perseguida al utilizarla, que se limite al testador su facultad de calcular a su libre discreción el valor de los bienes que componen su haber y referirlo al momento que estime conveniente"[212]. De esta forma, al igual que ocurre en las particiones realizadas en acto *mortis causa*, en las llevadas a cabo *inter vivos*, "tampoco puede separarse radicalmente lo particional de lo dispositivo. Eso, a consecuencia de la facultad del causante- partidor, de determinar el valor de cada uno de los bienes del caudal, según su criterio personal y subjetivo, y de fijar a su arbitrio el momento de dicha valoración, sin que quepa recurso contra ella más que en caso de lesión de la legítima de algún heredero forzoso. Mirando objetivamente las particiones hechas por el testador, es posible que en muchos casos resulte que los herederos no hayan percibido el activo de la herencia en la proporción correspondiente a sus cuotas hereditarias. En tales supuestos, sin dejar de ser herederos en la proporción en que fueron instituidos, sufrirán o se beneficiarán con un

en el acto dispositivo discrepe de la partición, habrá lesión y, por tanto, la partición será impugnable.

Lo importante es atender a la voluntad del testador. Así, si la partición se hizo en testamento, ésta y la disposición no son compartimientos estancos, no existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición, ni han de existir tampoco independientemente de aquéllas unas cláusulas única y exclusivamente partitivas, sino que ambas pueden compenetrarse. La voluntad que revelen las cláusulas dedicadas especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la manifestación de voluntad dispositiva, sino que estas mismas cláusulas, en cuanto reúnen las solemnidades testamentarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva. Sin embargo, en el caso de la partición por acto entre vivos, ésta y la disposición se distinguen perfectamente, por ello tal partición será impugnable por lesión siempre que la interpretación del testamento nos lleve a fijar a la manifestación de voluntad del testador un contenido dispositivo incompatible con la partición (cfr. "Dos aspectos..." cit., págs.954-955 ; y en "La partición realizada por el testador..." cit, pág. 379).

[212] Op. últ. cit., pág. 1431.

resultado práctico equivalente al que se habría producido con el otorgamiento de prelegados a favor de los beneficiados"[213].

Parece claro, sin embargo que, como advierten LACRUZ y SANCHO, si la distribución de bienes se aparta *esencialmente* de la vocación testamentaria, por ejemplo, favoreciendo a herederos distintos de los instituidos, la partición, si es testamentaria, representará un nuevo testamento revocatorio del anterior, y si es fuera de testamento podrá ser impugnada como inexistente, al amparo del propio artículo 1056 del Código Civil (y no vía artículo 1075), y de la exigencia jurisprudencial de que la partición esté amparada por un testamento anterior o posterior[214].

En la misma línea DE LOS MOZOS, entiende que "en caso de *divergencia sustancial* entre el testamento y la partición, aun en el supuesto de que no haya lesión de las legítimas de los herederos forzosos, procede su impugnación, para solicitar su nulidad, pues al efectuarse de tal modo la partición, la *función distributiva* de la misma no se ha cumplido (falta de causa), ni se ha mantenido el equilibrio necesario entre disposición y atribución". Y ello porque, si bien es verdad que el principio de conservación se mantiene en materia de particiones de una manera más fuerte y decidida que en otros negocios jurídicos, esto "no suministrará más que una orientación para tomar con un criterio restrictivo la consideración de la *divergencia sustancial* entre el

---

[213] Op. últ. cit., págs. 1432 y 1433.

Critica el autor por ello la interpretación que ALBALADEJO realiza del artículo 1075 C.c. ; según VALLET, "si la existencia de lesión coincide con el hecho de que la voluntad del testador fue otra, el artículo 1075, así interpretado, vendría a decir : «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada *por causa de lesión*, sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos, *o de que haya lesión*».", lo cual sería, evidentemente, una tautología. Para VALLET, las palabras "o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador", sólo puede significar que "aparezca, o racionalmente se presuma, que el testador quiso que la partición por él verificada se pudiera impugnar por causa de lesión". Por tanto, no basta que exista disparidad entre disposición y partición, "para poder impugnar ésta por lesión hace falta, además, que resulte, o racionalmente se deduzca, que el propio causante quiso que esa disparidad fuera motivo suficiente para dar lugar a la impugnación por lesión" (op. cit., pág. 1424).

[214] Cfr. "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 147.

testamento y la partición, respecto de la cual un criterio objetivo de determinación puede ser *la lesión en más de la cuarta parte* con relación a la cuota establecida en la institución"[215].

b) Las modalidades del acto particional

La partición de la que hablamos podrá realizarla el testador por *"acto entre vivos o por última voluntad"* (art. 1056.1º C.c.).

Ningún problema plantea la realizada en testamento, el cual puede ser el mismo en el que se dispuso a favor del heredero y de los legitimarios — supuesto más usual en la práctica — o en otro independiente.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de la efectuada por actos entre vivos. La naturaleza jurídica de esta partición ha sido, desde los primeros años del Código Civil, objeto de disputas en la doctrina, planteándose multitud de dudas sobre todo en relación al artículo 1271 que, tras prohibir la celebración de contratos sobre la herencia futura, salva *"aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056"*.

A partir de esta norma, algunos autores entre los que destacan MARÍN LÁZARO[216] y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE[217], asimilaron la partición realizada por el testador en acto entre vivos, del artículo 1056 C.c., a la *"donation-partage"* del Código Civil francés, y le atribuyeron un carácter contractual e irrevocable.

Esta tesis ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria, así DE LOS MOZOS, aclara que, "en definitiva lo que ha acontecido al legislador al tratar de expresar las dos formas en que la partición puede ordenarse por el

[215] Cfr. "La partición de la herencia..." cit, págs. 188 y 189. Y en igual dirección se pronuncia RODRÍGUEZ ADRADOS (vid. op. cit., pág. 229).

[216] Vid. op. cit., págs. 223 y ss.

[217] Vid. op. cit., pág. 337 y ss.

testador, es que ha incurrido en un simple error de expresión, o en una simple imprecisión técnica,..., queriendo decir con actos *inter vivos*, actos *no testamentarios* ; como si dijéramos *mortis causa* en el fondo, pero *inter vivos* en la forma"[218]. Esto es, como resumen LACRUZ y SANCHO, la partición hecha fuera de testamento es acto no vinculante, de última voluntad y, en definitiva, *mortis causa*, pues, con las palabras *inter vivos*, el legislador, aun contemplando a la partición por el causante como un complemento del testamento, ha querido dispensar a aquél de las rígidas formas testamentarias, y tal es el sentido de la alusión al acto *inter vivos*, simplemente referida a sus formalidades externas ; alusión, pues, de alcance meramente negativo y residual : la partición puede hacerse en testamento o *fuera de testamento* sin exigencia formal determinada[219].

---

[218] Cfr. "La partición de la herencia..." cit., pág. 175.

El autor sintetiza la naturaleza jurídica de la partición por el testador en las siguientes notas (vid. págs. 205-206): *"1ª) Se trata de un negocio jurídico mortis causa, aun cuando la partición misma pueda hacerse en actos inter vivos (actos mortis causa en forma no testamentaria). 2ª) Puede hacerse en dos formas, en testamento o fuera de él, pero en este caso ha de fundarse en un testamento anterior o posterior. 3ª) Como todo acto mortis causa, es esencialmente revocable. 4ª) No pierde su carácter mortis causa por el hecho de que los herederos presuntos del testador intervengan en la partición ; o porque a él se asocien otros actos jurídicos de estatuto independiente (donaciones simples, constituciones de renta vitalicia), las cuales seguirán su régimen especial o propio ; o de estatuto subordinado a la partición : entregas de bienes, constitución de arrendamientos, reservas de usufructo, etc... 5ª) La partición del testador constituye en sí una unidad, aun cuando se realice en dos momentos distintos (testamento y partición), unidad que viene impuesta por su función divisoria, a pesar de su complejidad. 6ª) Esta complejidad no estorba a la superior unidad estructural dentro de la cual los dos momentos o aspectos que la constituyen aparecen jerarquizados en una situación de dependencia que se revela para la partición en orden a la superioridad de la disposición. 7ª) A pesar de realizar ab initio una función divisoria, la institución que contiene es a título universal, y confiere normalmente a los instituidos la condición de herederos, salvo lo que resulte en contra de la propia voluntad del testador, el cual puede distribuir su herencia total o parcialmente, ordenando legados o instituciones ex re certa".*

[219] Cfr. "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 148.

Asimismo ROYO MARTÍNEZ apunta que *"al decir acto «entre vivos» el Código quiere referirse a disposición consignada sin guardar ninguna de las formas del testamento, y distinta, en consecuencia, del testamento, que ha de adoptar una de ellas. Aún en el supuesto de que el testador recabe la conformidad de los herederos sobre su disposición particional, esta aquiescencia tiene sólo un sentido de asentimiento moral al proyecto, pero no le da carácter irrevocable ni contenido contractual"* (op. cit., pág. 339). Y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ insistió en la calificación de la partición realizada por acto *inter vivos* como acto de ejecución y de carácter revocable, exigiéndose para su realización tan sólo la capacidad necesaria para testar (op. cit., pág. 169). Por su parte GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y RODRÍGUEZ ADRADOS (vid. op. cit., pág. 225), dotan a la partición llevada a cabo por el testador entre vivos con la concurrencia de los herederos (cuya naturaleza, según afirman, es contractual), de una

c) Disposición testamentaria en favor del adjudicatario de la empresa mercantil y de los legitimarios

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la partición realizada por el testador es una ejecución y determinación de lo dispuesto en el testamento, ya sea éste anterior, simultáneo o posterior.

---

revocabilidad indirecta o irrevocabilidad relativa, respectivamente ; pues al entender dicho acto como meramente particional y accesorio respecto del negocio dispositivo que le sirve de base, las notas de contractualidad e irrevocabilidad se ciñen al acto partitivo, y nunca afectan al acto dispositivo básico ; por lo que si éste se revoca y queda vigente una regulación de la sucesión esencialmente diferente de aquella en que se asentó la partición, ésta deviene eficaz, y, por tanto, de manera indirecta resulta revocada.

La jurisprudencia se ha mostrado acorde con la opinión doctrinal mayoritaria y, en la citada sentencia de 6 de Marzo de 1945, de modo absolutamente magistral, expone : *"Quinto : Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico ; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación como resulta del artículo 831), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1057 apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1061 y 1062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte). Sexto : Que si bien el artículo 1056, aludido, del Código español, admite que el causante pueda realizar la partición de sus bienes de dos modos distintos, por acto «inter vivos» o por disposición de última voluntad, no se remite, como el Código napoleónico lo hace, en cuanto a la primera de estas modalidades, al régimen específico de las donaciones «inter vivos», ni permite entender que ese acto entre vivos a que el texto legal se refiere (y que quizá se entronca, más que con la fórmula de los Códigos extranjeros, con la de nuestra ley novena, título quince de la Partida sexta anteriormente citada) suponga un puro acto de esa naturaleza, ya que, en una técnica rigurosa, para discriminar los actos «inter vivos» y los actos «mortis causa» hay que atender a su finalidad y al tiempo en que el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán negocios «mortis causa» los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de sus sujetos, y sobre esta base, la división del patrimonio es fundamentalmente un acto «mortis causa», que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo 1056 de nuestro Código Civil, al poner en todo caso como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, siquiera se permita que este acto «mortis causa» vaya ligado, por una especie de yuxtaposición de elementos, a una declaración de voluntad emitida dentro del molde propio de los actos «inter vivos», sin perder por ello su naturaleza ni dar siquiera al negocio particional (complejo en cuanto a sus elementos integrantes, mas no en cuanto a su naturaleza substancial) el carácter mixto que suelen atribuir a la donación-partición los intérpretes del Código francés y del italiano de 1865, cuando, tratando de fijar la fisonomía de esa institución (que alguna vez ha sido calificada de paradoja jurídica) dicen que en ella se descubren los caracteres substanciales de la donación «inter vivos» estrechísimamente combinados con los propios de la sucesión hereditaria que le sirve de causa"* (CDO. 2ª).

Y en la misma dirección se pronunciaron las S.S.T.S. de 29 de Octubre de 1960 (R.J.A. 1960/3447) y de 28 de Mayo de 1965 (R.J.A. 1965/3086).

Así pues, existiendo pluralidad de herederos forzosos, el testador debe, en el testamento que dará apoyo a la partición del artículo 1056.2º C.c., disponer a favor de ellos, a título de herencia o de legado, a los fines de evitar los efectos de la preterición testamentaria[220].

En consecuencia, en los supuestos de atribución de la empresa a uno solo de los hijos, con obligación de pagar en metálico la legítima de los demás, el padre normalmente empleará alguna de estas fórmulas de disposición testamentaria, recogidas por VALLET DE GOYTISOLO[221] : *"Instituyo heredero universal a mi hijo A, quien por consiguiente adquirirá la explotación H que constituye todo mi haber, con la obligación de pagar en metálico a mis otros hijos B, C y D lo que por legítima les corresponda"*, o bien *"Dejo a mis hijos B, C y D lo que por legítima les corresponda. Instituyo heredero a mi hijo A, a quien asigno íntegramente la explotación industrial H, único bien que poseo, con la obligación de satisfacer en metálico a sus hermanos sus respectivas legítimas"*, o bien *"Instituyo herederos en su respectiva cuota de legítima estricta a mis cuatro hijos A, B, C, y D. Mejoro y lego a mi hijo A los tercios íntegros de mejora y libre disposición. Y quiero que la explotación industrial H, que constituye todo mi haber, sea íntegramente adjudicada a mi expresado hijo mejorado A, con la obligación, por parte de éste, de pagar en metálico a sus otros hermanos el valor que por sus legítimas respectivas les corresponda"*. No cabe duda de que las primeras serán las fórmulas más adecuadas, y ello por el tema de la responsabilidad solidaria de los herederos frente a los acreedores por las deudas de la herencia, que serán las de empresa en el caso en que ésta sea el único o el bien de mayor entidad del patrimonio relicto.

d) La voluntad particional del causante

[220] Cfr. FOSAR BENLLOCH. E. : "La explotación agrícola..." cit, págs. 402-403.

[221] "Apuntes de Derecho Sucesorio", A.D.C. 1951 (cit.), pág. 1448.

Señala FOSAR BENLLOCH que no basta que el testador ordene que, en su día, se adjudique la empresa al sucesor elegido; el Código, en el artículo 1056, está regulando una partición, por eso debe constar, pues, de modo claro, la voluntad del testador de que sus bienes queden partidos y adjudicados, debiendo ésta resultar del complejo testamento-acto particional. Ha de ser voluntad de eliminar la comunidad hereditaria que, de otra suerte, surgiría al abrirse la sucesión. Y ello porque conviene distinguir la partición propiamente dicha de las reglas particionales que, al amparo del artículo 1046 L.E.C.[222], puede dictar el causante, pero que no eliminan la necesidad de practicar la partición, ni sobreseen, en consecuencia, el juicio de testamentaría[223].

En contra, DÍEZ PICAZO, se muestra partidario de no exigir un "tan extremoso apego a la letra del artículo". Según aplicación literal de éste, sólo partiendo y dividiendo el testador todos sus bienes en testamento particional o partición realizada *inter vivos* puede lograrse la finalidad perseguida. Sin embargo, si se entiende, como hace el autor, que la legítima en nuestro Derecho es simplemente un derecho de naturaleza familiar que consiste en

---

[222] Vid. art. 786.1º de la nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

[223] Cfr. "La explotación agrícola..." cit., pág. 404.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha insistido en la distinción entre la verdadera partición *ex* art. 1056 y las meras normas particionales que puede dictar el testador: S.T.S. de 8 de Marzo de 1989 (R.J.A. 1989/2023): *"cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica, de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto..."* (F.D. 4º); y, de igual modo la S.T.S. de 7 de Septiembre de 1998 (R.J.A. 1998/6395) declara: *"no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una «regla de oro», consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones — inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes —, pero cuando así no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione"* (F.D. 1º).

recibir del causante una determinada atribución patrimonial cuya medida es una cuota del valor de la herencia, puede sostenerse — afirma — que en todo caso, y sin atenerse estrictamente al artículo 1056 (es decir, sin partición), puede el empresario testador nombrar heredero a uno sólo de sus hijos, disponiendo legados de dinero o de otros bienes en favor de los demás[224].

E) La posición jurídica del adjudicatario de la empresa vía artículo 1056 párrafo segundo y de los legitimarios

El artículo 1056.2º C.c. habla de que el testador puede ordenar que el atributario de la empresa satisfaga en metálico *su legítima* a los demás hijos. Pero ¿de qué legítima se trata, de la corta o la larga ?, o dicho de otra manera, ¿cual es la posición jurídica del adjudicatario respecto al tercio de mejora ?, ¿y respecto al de libre disposición ?

Es evidente que si el testador en su disposición de última voluntad mejoró al descendiente atributario de su empresa, no habrá duda alguna, y la legítima a satisfacer no puede ser otra que la estricta y, en su caso, la parte del tercio de mejora del que no se haya dispuesto efectivamente.

El problema surge, como advierte FOSAR cuando el testador no dispuso mejora alguna, y se limitó a adjudicar la empresa a uno de los descendientes, ordenando que éste pague en metálico la legítima de los otros, ¿habrá que entender que el adjudicatario deberá abonar a los legitimarios la cuota que les corresponde en el tercio de mejora, o bastará que les satisfaga la parte alícuota de la legítima estricta ?, en otras palabras, ¿comporta la adjudicación de la explotación una mejora tácita ?[225]

[224] Cfr. "La sucesión por causa de muerte..." cit., págs. 322 y 323.

[225] Cfr. "La explotación agrícola..." cit., pág. 407.

Según sostiene DOMÍNGUEZ LUELMO, admitida la existencia, en ocasiones, de mejoras tácitas, en el caso del artículo 1056.2º C.c., aunque el testador no haya declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar, se debe entender que existe una mejora tácita en favor del adjudicatario de la explotación, y la legítima a satisfacer en dinero es, por tanto la estricta[226].

Ciertamente, en los supuestos en que el atributario sea legatario, el problema será menor y se resolverá, en sede de imputación, por la aplicación del artículo 828 C.c. En los demás, cuando el adjudicatario haya sido instituido heredero, creemos que habrá que atender a la voluntad del testador resultante del testamento e, incluso, de la prueba extrínseca. En cualquier caso, la solución dependerá de que se admitan o no en nuestro Derecho las mejoras tácitas[227]. A nuestro juicio, puede aportar mucha luz al respecto lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1982[228], al decir el alto Tribunal que *"el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios : el libre y el de mejora ; si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los arts. 825 y 828, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los arts. 1281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse*

[226] Cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 53.

[227] Dichas mejoras son admitidas por VALLET DE GOYTISOLO (vid. su artículo "La mejora tácita..." cit.) y ROCA SASTRE ("Notas al Derecho de Sucesiones de KIPP..." cit., pág. 358 y ss.).

[228] R.J.A. 1982/3432.

que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora". Así pues, pensamos que no existiendo más bienes de entidad en la herencia, cuando el causante ha adjudicado íntegra la empresa a un heredero legitimario, será voluntad suya que así se conserve y tal integridad peligrará si hubiere de pagar altas cantidades de dinero a los colegitimarios en calidad de legítimas largas. Por ende si el empresario testador no ha dispuesto lo contrario, se entenderá que la legítima a pagar por el adjudicatario de la empresa será la corta, comportando la adjudicación del artículo 1056.2º C.c. una mejora de las permitidas por el Código Civil[229].

Por lo que al tercio libre se refiere, con mayor razón, si el testador no hubiere hecho uso de él, parece que debe entenderse atribuido al adjudicatario, de modo que éste no deberá satisfacer parte alguna del mismo a los demás legitimarios[230].

A pesar de lo dicho, múltiples dudas surgirían, a juicio de FOSAR, si el testador empleara la siguiente fórmula : *"Instituyo herederos a mis hijos X, Y y Z. Adjudico la empresa M a mi hijo X, quien satisfará en metálico su parte — o cuota — a mis demás hijos".* En tal caso peligraría no sólo la atribución de la parte libre al asignatario de la explotación, sino incluso la de la mejora, pues es deducible que la voluntad del testador ha sido atribuir igualitariamente su

[229] Aceptan tales mejoras "tácitas", las SS.T.S. de 27 de Diciembre de 1935 (R.J.A. 1935/2482) ; y las citadas de 19 de Mayo de 1951 y 18 de Junio de 1982.

[230] Advierte DOMÍNGUEZ LUELMO que incluso aunque el testador haya mejorado expresamente al adjudicatario sin decir nada acerca del tercio de libre disposición, ha de atribuirse al adjudicatario, pues a favor de esta interpretación estaría el sentido amplio con que

herencia a todos sus hijos, sin perjuicio de adjudicar la empresa a uno de ellos[231].

Es por ello que resulta sumamente conveniente que el testador partidor manifieste clara y expresamente su voluntad, empleando fórmulas precisas, a fin de evitar los siempre complejos y polémicos problemas interpretativos.

Otra cuestión apuntada por la doctrina se refiere a si el adjudicatario de la empresa ha de ser considerado siempre heredero o puede tener la cualidad de legatario. Para DOMÍNGUEZ LUELMO la solución está clara en el primer sentido ; según este autor, "aunque el testador lo nombre legatario pensamos que debe entenderse que estamos ante una institución de heredero, ya que recibirá la totalidad del caudal hereditario". No compartimos la opinión del citado jurista ; a nuestro parecer el atributario puede ser heredero o legatario, según la voluntad del testador, pues, aunque recibiere la totalidad de la herencia (supuesto de que la empresa sea el único bien existente en la herencia), el testador puede haber querido que toda la herencia se distribuyere en legados, opción plenamente válida según el propio Código Civil (artículo 891)[232].

¿Cual es la posición jurídica de los legitimarios que han de recibir su legítima en metálico ?

La mayoría de la doctrina se ha inclinado, a nuestro juicio acertadamente, por considerar como legatarios a aquellos legitimarios que, por haber hecho uso del testador de la facultad consagrada en el párrafo segundo

es entendido a veces el concepto de "mejora", abarcando también la parte de libre disposición (cfr. op. et loc. últ. cit.).

[231] Cfr. "La explotación agrícola..." cit., pág. 408.

[232] En estos casos, dispone el precepto que se prorratearán las deudas y gravámenes de la herencia entre los legatarios en proporción a sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa. Esta responsabilidad proporcional de todos los legatarios, — advierte FOSAR — choca con la naturaleza de la posición jurídica del legitimario excluido de la explotación (vid. op. últ. cit., pág. 406)

del precepto que comentamos, y siendo la empresa el único bien de entidad, sólo han de recibir su legítima estricta y en metálico.

Con gran verdad, ha advertido VALLET que la discusión no es meramente teórica, ya que, si al legitimario apartado de la explotación, cuyo derecho deba satisfacérsele en dinero, le consideramos como heredero, no dejará de sentir el peso del artículo 1084 C.c., que le impondrá responsabilidad solidaria frente a los acreedores de la herencia ; camino por el cual se llegaría a un resultado evidentemente injusto para los legitimarios[233]. Por ello, al sentir de este autor, "todo legitimario a quien se le deje su porción legal, expresándolo así el testador, con palabras comunes, no será heredero de ella, sino legatario de esa cuota". Y es más, para VALLET da igual que el testador emplee expresamente la palabra heredero en referencia a estos legitimarios que obtendrán sus derechos en metálico, pues, como advierte, "conforme al artículo 675 la voluntad del testador es ley de la sucesión. Ni el empleo, ni la falta de utilización de la palabra *heredero* son decisivos. Dichos datos deben subordinarse a la verdadera intención del testador, resultante generalmente del contenido de la disposición. Así se deduce de los artículos 668 y 768 Código Civil. El testador que dispone que se pague a un legitimario su mínimo haber legal precisamente en metálico, que ni siquiera se halla en la herencia, sin duda alguna no quiere atribuirle la posición jurídica de heredero, ni en su aspecto activo ni verosímilmente en su lado pasivo. Lo de menos es que, al designarlo, haya usado la palabra heredero si no le ha dado a ésta su debido significado"[234].

---

[233] "Apuntes de Derecho Sucesorio", A.D.C. 1951, cit., pág. 1447.

[234] Op. últ. cit., págs. 1448-1449.

En el mismo sentido se ha pronunciado DE LOS MOZOS, para quien el legitimario en estos supuestos aparece simplemente como legatario, "lo cual no es obstáculo alguno respecto de la naturaleza jurídica y de la función propia de la partición del testador, pues una cosa es el carácter normal que en ella pueda tener la asignación de bienes determinados, y otra bien distinta el que de la voluntad del testador, tan claramente manifestada, como sucederá cada vez que se utilice la facultad del artículo 1056.1 normalmente, y no haya en la herencia bienes bastantes para formar las cuotas legitimarias de los restantes herederos forzosos, no se pueda deducir que a éstos les instituya legatarios y no herederos. Como consecuencia de ello, a los así instituidos no les será aplicable el artículo 1084 del Código Civil, por el cual en otro caso

Asimismo FOSAR BENLLOCH ha manifestado que la legítima del artículo 1056.2º es una variedad del legado parciario, y precisamente del que LACRUZ BERDEJO llama *legado del valor puro de la herencia* ; consecuencia de lo cual es que estos legitimarios no responden de las deudas hereditarias, ni, por lo tanto, están sujetos al sistema de responsabilidad del artículo 1084 del Código Civil[235]. Según FOSAR, la peculiaridad del legado que examinamos es su *origen legal*, y ello por dos motivos, "remotamente porque la ley obliga al testador a dejar por cualquier título (art. 815 C.c.) al legitimario, la porción de bienes que le está reservada (art. 806 C.c.), so pena de incurrir en preterición (art. 814 C.c.) o de sufrir la acción de suplemento de legítima (art. 815 C.c.). Próximamente, la adjudicación de la explotación agrícola — único bien de la herencia — a un solo heredero, permitida por la ley en interés de la familia, transforma el derecho del legitimario a obtener en bienes de la herencia el pago de su legítima en un simple crédito"[236].

F) <u>La garantía registral de la legítima del artículo 1056.2º del Código Civil</u>

Practicada la partición por el testador en virtud de la facultad consagrada en el precepto que venimos comentando, el atributario de la empresa la adquiere con exclusividad desde la muerte del testador, siendo de aplicación en este supuesto, como en toda otra partición, el artículo 1068 C.c.[237]. Así pues, habida cuenta que aquél será propietario de la empresa a

habrían de responder solidariamente frente a los acreedores de las deudas del testador..." ("La partición de herencia..." cit., págs. 227-228).

Y de idéntico parecer son DÍEZ PICAZO (vid. "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 323) ; PUIG BRUTAU (vid. "Fundamentos de Derecho Civil, tomo V, vol. 3º..." cit., pág. 395) ; DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., págs. 55-56) ; etc.

[235] Cfr. "La explotación agrícola..." cit., págs. 411-412.

[236] Op. últ. cit., pág. 413.

[237] La S.T.S. de 21 de Julio de 1986 (R.J.A. 1986/4575), contiene en su Fundamento de Derecho 2º, la siguiente doctrina : *"...si el artículo mil cincuenta y seis del mismo cuerpo*

partir de ese mismo momento, pudiendo, por tanto, disponer de ella a su antojo, ¿cómo se asegura el derecho de los legitimarios desde la apertura de la sucesión hasta que se haga efectivo el pago de sus haberes a los mismos ?

Si de la empresa forma parte algún bien inmueble (circunstancia bastante habitual), podría aplicarse a las legítimas en metálico del artículo 1056.2º C.c. la garantía registral regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, asegurándose así a los legitimarios el cobro de sus derechos frente a terceros adquirentes de la empresa.

La aplicabilidad de esta norma de la Ley Hipotecaria a las legítimas del Código Civil ha sido Civil ha sido muy discutida. Negaron radicalmente tal posibilidad sobre todo SANZ FERNÁNDEZ[238] y GONZÁLEZ PALOMINO[239],

---

legal, admite como una de las posibles formas de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante — «se pasará por ella» dice el precepto —, es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo mil setenta y cinco en relación con el mil cincuenta y seis, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador..." (Comentada por R. CASAS VALLÉS, en C.C.J.C. 1986, págs. 3967-3972).

[238] Señala críticamente este autor: *"... cualquiera que haya sido el propósito del legislador, no puede tener aplicación el artículo 15, que sienta una afirmación que no vacilo en calificar de inadmisible si se refiere al Derecho Sucesorio del Código civil: ¿Cuándo hay legitimarios que no sean de parte alícuota ? ¿Cuándo el legitimario no está autorizado para promover el juicio de testamentaría ? Aunque el testador disponga que se paguen en metálico las legítimas, en el supuesto excepcional del artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil, el legitimario puede promover dicho juicio, al menos para obtener el avalúo de la explotación, como lo puede hacer en todo caso, conforme al artículo 1039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"* ("La reforma de la Ley Hipotecaria", R.D.P., 1945, pág. 6, nota al pie nº 6).

[239] Vid. "Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio", A.A.M.N., tomo II, págs. 544 y ss.

El autor considera que la pretendida aplicabilidad del artículo estudiado responde a unos rechazables intentos de *catalanización* o *foralización* de la legítimas del Derecho Común, a un *"intento de unificación legislativa al revés y por sorpresa"*, ante el que el jurista se rebela. Para él existen en el Derecho de Castilla varios axiomas que no pueden dejarse de lado y que conducen a la inaplicabilidad del artículo 15 L.H. a las legítimas del Código Civil: *"a) Los*

que la creyeron de aplicación exclusivamente a las legítimas del Derecho Foral y, más concretamente, a las catalanas.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, ha optado por la solución afirmativa, considerando procedente la aplicación de la garantía registral sancionada en el artículo 15 L.H. a las legítimas pagaderas en metálico por haber hecho uso el testador de la facultad contenida en el 1056.2º del Código Civil[240]. En este caso, y ante la posibilidad de que el adjudicatario inscriba la explotación a su favor, procediendo luego a enajenarla o gravarla en perjuicio de los legitimarios, el artículo 15 L.H. salvaguarda la efectividad de las legítimas evitando que el juego de la fe pública del Registro las haga prácticamente inoperantes[241].

Advierte DE LA CÁMARA que "de no aplicar el artículo 15 al caso previsto en el artículo 1056.2º, tendremos que llegar a soluciones inadmisibles. Serían éstas : negar la inscripción de la explotación a nombre del adjudicatario hasta que el pago se efectúe. O admitir dicha inscripción sin constatar en ella el derecho de los legitimarios. La primera solución parece incompatible con la

---

legitimarios son cuotistas de la herencia, y por consiguiente, co-titulares de la comunidad hereditaria.(...) b) La legítima se determina, en su valor, en función del valor total de la herencia, pero no es un crédito contra la herencia, sino una cuota de ella. c) Determinado el valor de la legítima, es en la partición donde y como se establece su contenido concreto, y precisamente con bienes de la herencia, que es lo que se parte y reparte. d) Los problemas de forma de pago de las legítimas no son problemas de pago, sino de partición. e) La única persona en el mundo que no puede hacer por sí solo una partición, es un heredero" (op. cit., págs. 545-546).

[240] Son de esta opinión, entre otros, DÁVILA GARCÍA (vid. "Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad", R.C.D.I. 1945, págs. 660 y ss) ; GARCÍA RODRÍGUEZ (vid. "La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho Común como solución antiminifundista", R.C.D.I., 1963, págs. 545-547) ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. "Estudio sobre el pago en metálico..." cit., págs. 878 y ss. ; y su Comentario al artículo 1056 C.c. ... cit., pág. 2587) ; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (vid. "Derecho Hipotecario", tomo VI, Octava edición, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 12) ; VALLET DE GOYTISOLO (vid. "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes..." cit., págs. 97-99) ; FOSAR BENLLOCH (vid. "La explotación agrícola..." cit., págs. 418 y ss.) ; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA (vid. "El artículo 1056, párrafo 2º, del Código Civil y las menciones legitimarias", R.C.D.I. 1970, págs. 907 y ss.) ; MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (vid. "Variaciones sobre las legítimas", R.D.N., 1969, págs. 203-208) ; DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., págs. 57 y ss) ; etc.

[241] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 58.

virtualidad propia del acto del padre, e innecesaria además, puesto que existe un precepto (el artículo 15) que brinda un cauce para conseguir la inscripción. Permitir la inscripción sin constatar en el asiento los derechos de los legitimarios deja a éstos sin protección frente a terceros adquirentes amparados por la fe pública registral". Y es más, "resulta un tanto paradójico que los defensores a ultranza de la legítima castellana, que otorga, a su juicio, una más segura protección a los hijos que la legítima catalana, reduzcan a los legitimarios castellanos del 1056.2 a la simple condición de titulares de un derecho de crédito, por empeñarse en rechazar una norma que, según ellos, «catalaniza» el Derecho Común"[242].

Ciertamente parece que los requisitos que determinan la aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria[243] se cumplen en el supuesto a que se refiere el 1056.2º C.c.[244] :

a) Que se trate de legitimarios de parte alícuota. Sin duda los "demás hijos" del art. 1056.2º C.c. lo son.

b) Que el heredero se halle autorizado para pagar las legítimas en metálico. Condición que se cumple en el supuesto examinado[245].

c) Que el legitimario no pueda promover el juicio de testamentaría. Hay que tener en cuenta que los legitimarios del precepto estudiado, al haber realizado el testador la partición, no pueden plantear dicho juicio[246].

---

[242] "Estudio sobre el pago en metálico..." cit., pág. 882.

[243] Requisitos concretados en el primer párrafo de dicho precepto que dice : "Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios".

[244] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Estudio sobre el pago en metálico..." cit., págs. 878-879.

[245] Y ante la objeción opuesta por GONZÁLEZ PALOMINO de que en estos casos el heredero *"no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo"* (vid. op. cit., pág. 547), estima CÁMARA que semejante sutileza no puede constituir un argumento serio contra la aplicabilidad del artículo 15 (op. últ. cit., pág. 879).

[246] Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 17 de Octubre de 1960.

Por consiguiente, la norma hipotecaria será aplicable, aunque no en su totalidad, así no es de aplicación el párrafo 2º, referido a la asignación de bienes concretos para el pago de la legítima[247]. Consecuentemente, la adaptación practica del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al caso en estudio será la siguiente[248] :

1º) La mención de los derechos legitimarios se realizará de oficio y al tiempo de la inscripción de los inmuebles que integren la empresa mercantil. Hay que tener en cuenta sin embargo que, aunque la Ley hable de *mención*, la esencia de las expresiones registrales legitimarias no es tal, por implicar la publicidad de unos verdaderos derechos emanados del proceso sucesorio global ; más bien guardan analogía con las anotaciones preventivas[249].

2º) Las menciones a practicar son dos : por un lado, la expresión legitimaria abstracta, con la que se publica que el testador ha salvado los derechos de los legitimarios, sin cifrarlos en cantidad alguna ; y, por otro, la concreta, en la que se cuantifican las legítimas (este último señalamiento debe hacerse constar en escritura pública para que pueda tener acceso al Registro, por imperativo del artículo 3 L.H.).

Y, en cuanto a los efectos de dichas menciones, la profesora TORRES GARCÍA señala que "la legítima no pagada queda reflejada en el Registro de la Propiedad dentro de la misma inscripción de la explotación hecha a favor del

---

[247] En este sentido FOSAR BENLLOCH, E. : "La explotación agrícola..." cit., pág. 420.

[248] Cfr. FOSAR BENLLOCH, E. : op. et loc. últ. cit.

[249] Cfr. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. : op. cit., pág. 2 ; y más especialmente, págs. 20 y 21, en las que afirman : "Éstas (las legítimas) funcionan a modo de cargas que gravan los bienes hereditarios, pero la afección legitimaria, al igual que la ordenación de un fideicomiso, reversión, condición, modo, etc., constituye un elemento integrante del acto o título sucesorio registrable y, por consiguiente, se inscribe o registra con todos los elementos de trascendencia real que contenga dicho acto o título y en cumplimiento de lo que dispone la regla 6ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario. Por esto, aunque se emplee el verbo *mencionar*, ello ha de entenderse en el sentido de *expresar, constatar, consignar registralmente*. Para evitar confusiones no debería hablar de menciones de legítima, sino de *expresiones registrales* legitimarias".

adjudicatario, como un elemento de la propia inscripción", y su efecto principal es "el de servir de garantía para el cobro de la legítima, de ahí que los bienes permanecen afectos al pago de la misma y con ello se evita el que los posibles terceros adquirentes de los bienes a título oneroso pudieran hacer irrisoria dicha garantía"[250].

En virtud de este artículo 15 L.H., párrafo 5º, durante los cinco primeros años desde la fecha de la mención de la legítima, quedarán solidariamente afectos al pago de la misma todos los bienes de la herencia en la cuantía y forma que las leyes determinen, cualquiera que hayan sido las disposiciones del causante, contador partidor o albacea, u otras personas con análogas facultades nombradas por el testador. Transcurridos los cinco primeros años de su fecha, si el causante o alguna de las personas antedichas no hubieran fijado el importe de las legítimas, ni concretado su garantía sobre ciertos bienes inmuebles, continuará surtiendo plenos efectos la mención solidaria hasta cumplidos veinte años desde el fallecimiento del causante. Por el contrario, cuando las mismas personas hubieren concretado la garantía de las legítimas sobre bienes inmuebles determinados, el legitimario sólo podrá hacer efectivos sus derechos sobre dichos bienes en la forma en que disponga el correspondiente título sucesorio o acto particional[251]. Pero, en el caso en que las supradichas personas se hubieren limitado a asignar una cantidad cierta para pago de las legítimas, quedarán solidariamente sujetos a la efectividad de las mismas todos los bienes de la herencia durante el plazo indicado de veinte años. Sin embargo, si dentro de los cinco años siguientes a su constancia en el Registro de la Propiedad, los legitimarios no hubieren impugnado por insuficiente tal asignación, una vez transcurrido dicho plazo, podrá cancelarse la mención solidaria siempre que justifique el heredero atributario haber

[250] Cfr. TORRES GARCÍA, T. F.: "La explotación familiar, su conservación en la sucesión mortis causa del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario", A.D.C. 1980, pág. 373.

[251] Aunque ha de tenerse en cuenta, como advierte DOMÍNGUEZ LUELMO, que esto no siempre puede tener aplicación en el caso del artículo 1056.2º C.c., dado que la empresa

depositado suma bastante en un establecimiento bancario o Caja oficial, a las resultas del pago de las legítimas en la cantidad asignada y de sus intereses de cinco años al tipo legal.

4. UN PROBLEMA COMÚN A LOS SUPUESTOS ANTERIORES: TIEMPO AL QUE DEBERÁ ATENDERSE PARA CIFRAR EN DINERO LAS LEGÍTIMAS A COMPENSAR

En todos los supuestos que hemos estudiado hasta ahora, las legítimas o, en ocasiones, porciones hereditarias mayores, deberán abonarse en metálico a fin de conservar íntegra una empresa mercantil que forma parte del caudal relicto. Este pago en metálico se realizará bien por disposición directa del testador, caso del artículo 1056.2º C.c., o por mandato legal, como en los artículos 821 y 829 C.c., que ordenan la realización de la reducción del legado o la mejora inoficiosos en metálico, a fin de salvaguardar la unidad del bien objeto de la disposición.

En todos estos casos surge el problema del tiempo al que habrá de atenderse para liquidar las cantidades a pagar en metálico, problema que cobra importancia en las ocasiones en que entre la muerte del *de cuius* y la liquidación y el pago de las legítimas media un período de tiempo más o menos largo, debido a la depreciación de la moneda contrapuesta a la posible revalorización del complejo empresarial. En el Código Civil, los artículos 818 y 1074 se refieren a dos momentos distintos para fijar la legítima y para comprobar si se ha producido o no lesión al practicar la partición; así, mientras el primero ordena atender *"al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador"*, el segundo está al *"valor de las cosas cuando fueron adjudicadas"*. ¿A cual de estos momentos habrá de estarse ?

forma un todo orgánico, una unidad, y no es la mera suma de los elementos que la componen ("El pago en metálico..." cit., pág. 60).

Para ROCA SASTRE la cuestión de la influencia de la depreciación del dinero en la legítima depende de la forma en que haya cristalizado la fracción del valor económico en que aquélla fundamentalmente consista[252], y lo mismo ocurre ante el fenómeno inverso posible de revalorización monetaria[253].

Así, en los supuestos del artículo 1056.2º C.c., advierte ROCA que, dado que la percepción legitimaria tiene lugar en función de pago de una cantidad de dinero por los herederos, la depreciación de la divisa nacional repercute directamente. *"En estos casos, si la legítima se paga poco después de la apertura de la sucesión no hay normalmente problema, pero si se paga tiempo después en que el dinero se ha desvalorizado sensiblemente ¿podrá tenerse en cuenta esta depreciación monetaria en la forma que se indica en el texto ? Hay que sostener que no, aunque ello sería lo justo. El Estado se resiste en general a reconocer relevancia jurídica a la desvalorización de su valuta, e incluso requiere un gran esfuerzo jurisprudencial reconocer eficacia a la previsión de los interesados adoptada contractualmente en cláusula valor oro (cf. S. 4 Enero 1951). Dicha postura estatal, que conduce a un resultado reñido con la equidad, no compete corregirlo regularmente a la ley civil, pues la solución está en la proclamación oficial periódica de coeficientes de revalorización a todos los efectos legales"*[254].

---

[252] Hay que recordar que, según ROCA SASTRE, "la legítima, en el Código, tiene la naturaleza jurídica de los derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas, si bien con referencia al valor global del patrimonio relicto... No es la legítima ni titularidad hereditaria, ni creditual, ni *pars bonorum*, sino *pars valoris bonorum*" (cfr. "Naturaleza jurídica de la legítima", R.D.P. 1944, pág. 203).

[253] Cfr. ROCA SASTRE, R. M. : "Notas al Derecho de Sucesiones de KIPP..." cit., págs. 302-303.

[254] Cfr. "Notas al Derecho de Sucesiones de KIPP..." cit. pág. 303.

Igualmente influye la depreciación monetaria — indica ROCA —, en los casos del artículo 839.1º, cuando los herederos satisfagan al cónyuge su legítima mediante la asignación de un capital en efectivo ; o cuando se trate de un legado legitimario de dinero o de una donación de dinero imputable en la legítima (Ibídem).

En cambio, *"si la legítima ha de ser percibida por los legitimarios por la vía de institución de heredero o de legado o donación no dinerarios, la depreciación monetaria propiamente no repercutirá, aunque la herencia consista toda en dinero o en créditos dinerarios, y el legado se entregue bastante después de fallecido el causante. Claro que al*

VALLET DE GOYTISOLO, sin embargo, se muestra contrario a tal posición, pues sostiene que si es cierto, como el propio ROCA reconoce, que *"mientras a los demás hijos no se les haga efectiva su legítima mediante el consiguiente pago en dinero correspondiente..., subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legitimario una titularidad respecto de una fracción del valor económico de dicho patrimonio"*[255], ¿por qué

afirmar que no influirá, quiere significar que no influirá perjudicialmente, pues como el valor o importe de la legítima queda fijado inmutablemente (salvo descubrimiento de bienes ignorados) con relación al tiempo de morir el de cuius, puede que por el alza que del valor de las cosas provoca la depreciación monetaria resulte que al efectuarse la partición el legitimario, que a la vez sea coheredero, se encuentre con un lote adjudicado de bienes cuyo valor supere en mucho al que al tiempo del fallecimiento del causante tenía su cuota hereditaria, aunque coincidente entonces con el valor de su legítima ; pero este resultado — que los dos distintos criterios valorativos de los arts. 818 y 1074 acusan — no cuenta para la legítima, incluso en el caso inverso de que por robustecimiento de la divisa ésta quedara revalorizada, puesto que se trata de oscilaciones que en el valor de sus cosas siente el propietario. Lo mismo es aplicable al legado legitimario cuya entrega se haya demorado" (op. últ. cit., págs. 303-304).

[255] Como vemos, la tesis mantenida sobre el momento de valoración tiene mucho que ver con la teoría que se sostenga acerca de la posición del mejorado, legatario o atributario en relación a la parte no disponible que le ha sido asignada, y la consiguiente garantía de pago que corresponde al legitimario. Han sido numerosísimas las posiciones mantenidas al respecto, en cuya discusión no entramos, por exceder de nuestra materia :

1ª) Así SCÆVOLA entendió que el pago de las legítimas en metálico constituía una condición de la adjudicación (vid. Comentario del art. 829... cit., págs. 583-584).

2ª) Según SANZ FERNÁNDEZ (vid. op. cit., pág. 144, nota al pie nº 12) y GONZÁLEZ PALOMINO (op. cit., pág. 547, nota 1ª), por el contrario, existe una adjudicación en favor del atributario para pago de deudas.

3ª) ROCA SASTRE, como hemos dicho, afirmó que hasta que no sean pagadas las legítimas subsiste sobre el caudal relicto una afección real que actúa a modo de hipoteca ("Naturaleza jurídica... cit., pág. 203) o como acción de división de la herencia ("Notas al Derecho de Sucesiones..." cit., págs. 337 y 338).

4ª) Para VALLET DE GOYTISOLO en el sentido ya apuntado por el anterior, la garantía de la *pars valoris* no es sino la *pars bonorum*. Las atribuciones resultantes de la aplicación de los artículos examinados constituyen una institución, mejora o legado con el modo o la carga de compensar en dinero las legítimas afectadas, hay una disposición modal (vid. "Contenido cualitativo... cit., pág. 102 ; en contra FOSAR, ("Más sobre el artículo 1056.2º del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar", R.C.D.I., 1971, págs. 231-244). En los supuestos de los artículos 821, 829 y 1056.2º, según el autor, la legítima es *pars valoris* en cuanto al contenido al que los legitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada por la reserva de *pars bonorum* que les está asignada ex art. 806 C.c. La eficacia de tal reserva se llevará a cabo, a su juicio, mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae* (vid. op. últ. cit., págs. 107-110 ; y en sus "Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1056 y del art. 863 del Código Civil", R.G.D., 1946, págs. 674-675).

el criterio en el caso de que el pago de la legítima se haya autorizado en metálico difiere del que adopta en los supuestos en los cuales el derecho debe ser satisfecho en bienes del caudal ?, ¿por qué en un caso la cantidad está nominalmente prefijada y en otros es proporcional a los bienes ?[256].

En opinión de VALLET, la letra del artículo 818 C.c. no puede servir a la tesis de ROCA , pues la finalidad de este precepto no es sino proporcionar una regla para calcular la porción hereditaria de la que pudo el testador disponer, y aquélla indisponible por él, a efecto de la reducción de disposiciones inoficiosas ; pero la legítima no queda fijada en una cifra inmutable, antes bien, como "parte alícuota" que es del activo líquido, su valor nominal no se petrifica y, cuando quiera conocerse su valor o pagarlo en cualquier otro instante dado, habrá que atender, como resulta del artículo 1074 C.c., al valor correspondiente a aquel quebrado en el momento del pago[257]. No hay, por tanto, contradicción entre este precepto y el 818 ; pues la legítima quedará fijada conforme a éste en una participación del caudal relicto en la fecha de fallecimiento del testador, pero su valor dinerario deberá cifrarse en principio, con relación al que aquella participación tenga tasada en la fecha de su satisfacción[258].

Cosa distinta ocurrirá, en cambio, cuando, de común acuerdo, legitimarios y heredero concreten la suma a abonar cuyo pago aplacen por el motivo que sea, garantizando o no su efectividad. Entonces sí hay una concreción de bienes que produce la consiguiente individualización de

5ª) FOSAR BENLLOCH, admite la existencia de la afección real de los bienes al pago de la legítima, pero no que tenga los efectos de la acción de división de la herencia, pues ello frustraría la finalidad perseguida por el legislador : la conservación de la explotación. Por ello cree más conveniente su configuración como una hipoteca, que no será solidaria (a fin de evitar los efectos perjudiciales de la aplicación del art. 123 L.H.), sino conjunta sobre toda la totalidad de las fincas que constituyen la explotación (sería por tanto aplicable el art. 218 R.H. in fine) (vid. "La explotación agrícola... cit., págs. 414 y ss).

[256] Cfr. "Apuntes de Derecho Sucesorio".. cit., A.D.C. 1951, pág. 1454.

[257] Cfr. op. últ. cit., págs. 1454-1455.

[258] Cfr. "Contenido cualitativo..." cit., pág. 94.

periculum et comodum. Antes hubo sólo una determinación de la forma de pago, pero no una individualización de la cuantía, dato imprescindible para concretar cualquier objeto consistente en una suma de dinero[259].

En el mismo sentido, manifiesta DE LA CÁMARA que "el derecho de los herederos a pagar la legítima en metálico, tanto si ostentan este derecho en virtud de disposición testamentaria como si lo tienen por imperio de la Ley, no presupone que la suma a entregar al legitimario tenga que ser calculada necesariamente en función del valor que los bienes hereditarios tengan en el momento de morir el testador. Por el contrario, cuando ese derecho se configura como facultad tendente a adquirir la cuota de activo líquido previamente adquirida por el legitimario, el valor que ha de ser satisfecho a los legitimarios es el que tenga la cuota cuando los herederos ejerciten esa facultad y paguen o, lo que es lo mismo, habrá que atender al valor de los bienes al liquidarse la herencia. Y aunque el derecho del legitimario nazca como puro derecho a exigir un valor, y este valor se fije en atención al que tengan los bienes hereditarios el día del fallecimiento del causante, lo justo es cifrar ese valor, en el momento del pago, en consideración al poder adquisitivo del dinero en ese momento. En definitiva, si los herederos son deudores de un valor, y no de una suma dineraria determinada, será necesario, para que ese valor quede realmente pagado, tener en cuenta la fluctuación del poder adquisitivo del dinero entre ambas fechas : la de la muerte del causante y la del pago en efectivo"[260].

El punto de partida de la tesis de CÁMARA, al igual que la de VALLET, es que la ley reserva en favor de los legitimarios una cuota del activo líquido, y no es posible que el pago en metálico altere la posición jurídica y económica

---

[259] Cfr. "Apuntes de Derecho Sucesorio", cit., A.D.C. 1951, pág. 1456.

Siguen la tesis de VALLET, entre otros, PUIG BRUTAU (vid. "Fundamentos...2 cit., tomo V, vol. 3º, pág. 397) y FOSAR BENLLOCH (vid. "La explotación agrícola..." cit., págs. 396-398).

[260] Cfr. "Estudio sobre el pago en metálico..." cit., págs. 890-891.

del legitimario, que de modo unitario determina el artículo 806 C.c.[261] Sobre la base de esta clave, el autor distingue entre los distintos supuestos de pago en metálico :

a) En el caso del artículo 829 C.c., se habrá de fijar, en primer lugar, la proporción de inoficiosidad y, por tanto, reducción de la mejora, para el que se atenderá al criterio del artículo 818 C.c. : el valor de los bienes hereditarios al morir el causante. Determinado el porcentaje de reducción, lo que el mejorado tiene que satisfacer es *"el valor que represente ese porcentaje en función del valor que tenga la cosa objeto de la mejora en el momento de liquidar la herencia o al ejercitar la acción de reducción"*[262].

b) En el supuesto del artículo 821 C.c. se seguirá idéntico criterio[263].

c) Para la institución regulada en el artículo 1056.2º C.c., se habrán de distinguir dos hipótesis : una, adjudicación de la explotación agrícola, industrial o fabril, con previsión de que los demás descendientes perciban su legítima en metálico, pero sin especificar la cuantía de éste ; y otra, igual adjudicación, previa liquidación de la herencia y señalamiento concreto de la suma que debe pagar el adjudicatario. En el primer caso, se trata de un supuesto similar a los vistos en los apartados anteriores, por lo que, no habiendo otros bienes en la herencia, la explotación deberá valorarse a efectos de establecer la suma que deben percibir los legitimarios de acuerdo con el valor que tenga al tiempo de la liquidación ; y, si existen otros bienes, deberá atenderse al valor total de la herencia en el momento de fallecer el causante con el fin de determinar el tanto por ciento en que la adjudicación de la explotación constituye una

[261] Cfr. op. últ. cit., pág. 891.

Para este autor que la legítima sea porción de bienes reservada por la Ley no se opone a que pueda ser pagadera en dinero, pero sí obliga a cifrar la suma en función del valor de los bienes en el momento de liquidar la sucesión (op. últ. cit., pág. 892).

[262] Cfr. "Estudio sobre el pago en metálico..." cit., pág. 897.

[263] Cfr. op. últ. cit., pág. 898.

liberalidad inoficiosa, para aplicar ese porcentaje al valor que la explotación tenga al liquidarse la herencia. En el segundo supuesto, por el contrario, el testador ha practicado la liquidación, precisando la cifra en metálico a percibir, por lo que los hijos sólo tienen derecho a reclamar la suma determinada que el testador les ha asignado, cuyo pago pueden exigir de inmediato[264].

Este criterio que propone atender al valor de los bienes al tiempo de la liquidación de las legítimas es el que recogió, tras la reforma de 1981, el artículo 847 C.c., cuya extensión a los supuestos que hemos analizado ha sido propuesta por una parte de la doctrina[265].

Parece claro, no obstante, que la mayoría de los autores, al referirse a la posible (y casi segura) depreciación del dinero con el transcurso del tiempo y a la correlativa revalorización de los bienes, están pensando en bienes inmuebles y más concretamente, en fincas o explotaciones agrícolas. Lejos del pensamiento de estos juristas se halla, sin embargo, el supuesto de la empresa mercantil, supuesto específico y complicado donde los haya, por la volatilidad del valor del bien. Nótese que en el valor de una empresa influyen factores tan diversos como la coyuntura económica o la capacidad personal de gestión del empresario. Así pues, una empresa que el padre había dejado a su fallecimiento en óptimas condiciones de productividad, puede, en el corto espacio de meses, sufrir una pérdida de su valor, a consecuencia de la mala gestión del descendiente mejorado, legatario, o atributario de la empresa. Inversamente, puede también suceder que una empresa de escaso valor al tiempo de la apertura de la sucesión (por haberla descuidado el padre debido v. gr. a la larga enfermedad que precedió a su muerte ; o a su actitud reacia ante la modernización de la maquinaria ; o a su pasividad frente a los avances informáticos) aumente en escaso tiempo su capacidad de producir beneficios, en manos de un descendiente apto y emprendedor.

---

[264] Cfr. "Estudio sobre el pago en metálico..." cit., págs. 898-899.

[265] Vid. por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., págs. 233-234.

Ante este panorama, hemos de preguntarnos : ¿a qué momento habrá de atenderse a los fines de cifrar en metálico la legítima de los demás hijos o descendientes ?

La cuestión es, como vemos, controvertida ; ya que, si atendemos al tiempo de la apertura de la sucesión y se produce una depreciación notable del dinero, los legitimarios recibirán un metálico cuyo poder adquisitivo no responde a la cuota que les había correspondido en la herencia paterna. Ahora bien, si estamos al momento de la liquidación de las legítimas y la empresa se ha desvalorizado por culpa de una mala gestión del elegido o por haberla éste, incluso, descapitalizado a los fines de evitarse el pago de altas cantidades en concepto de derechos legitimarios, resultará que los descendientes legitimarios se verán seriamente perjudicados y no recibirán tampoco lo que les correspondía en la herencia del padre. Por el contrario, si la empresa ha aumentado su valor por los esfuerzos del adjudicatario, mejorado o legatario, no parece justo que por ello (¡ como premio a su trabajo y competencia !) deba de pagar unas cantidades mayores a los colegitimarios ; aunque, por otra parte, el aumento de valor podría también deberse a que ha disfrutado de un crédito gratuito a costa de sus hermanos.

La polémica está, pues, servida. En nuestra opinión, que no defenderemos a ultranza, lo ideal es que la empresa se valore atendiendo al momento de la muerte del empresario testador, ya que el valor de la misma es, lo hemos visto, sumamente fluctuante dependiendo de factores muy diferentes. Eso lo sabe el empresario testador mejor que nadie, por ello será muy conveniente que, previendo que la liquidación y pago puede demorarse, introduzca una cláusula de estabilización, a fin de asegurar que los legitimarios reciban una cantidad de dinero equivalente en poder adquisitivo a la que les hubiera correspondido a la muerte del testador. En caso de que el padre no hubiere sido tan previsor, los legitimarios y el adjudicatario, mejorado o legatario de la empresa podrán (y deberán) establecerla por pacto.

5. PAGO DE LA PORCIÓN HEREDITARIA DE LOS DESCENDIENTES EN CASOS ESPECIALES : ARTÍCULOS 841- 847 DEL CÓDIGO CIVIL

Tras la reforma por Ley 11/1981, de 13 de Mayo, consagra el Código Civil una especial (como el propio Código indica) y amplia posibilidad de pago en metálico de la porción hereditaria correspondiente a los descendientes, a través de la adjudicación de todo o parte del caudal hereditario relicto a alguno(s) de los hijos o descendientes.

En efecto, los artículos 841 a 847 que, bajo la rúbrica *"Pago de la porción hereditaria en casos especiales"*, conforman la sección 8ª, del Capítulo II, Título III, del tercer Libro del Código, tras una azarosa tramitación parlamentaria, regulan esta singular forma de pago, sin distinguir (como sí hacía en un principio el Proyecto del Gobierno y del Congreso, corregido en sede senatorial) entre descendientes matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, merced al espíritu de igualdad inspirador de la reforma.

Estos preceptos de nuevo cuño no suponen la desaparición o inutilidad de las instituciones examinadas en los epígrafes precedentes, que continúan vigentes e incluso, en supuestos determinados, puede ser más conveniente su utilización, ya que, los artículos 841 y siguientes, si bien no exigen requisito alguno de carácter objetivo (indivisibilidad o incómoda división, existencia de explotación agrícola, industrial o fabril...), ni teleológico (interés de la familia...) ; sí articulan especialidades y exigencias de procedimiento que limitan la facultad concedida al ascendiente testador y la distinguen de las estudiadas *supra*. Es más, (y frente al artículo 1056 C.c.), opinamos con DE LA CÁMARA que, a pesar de los términos del artículo 841, no se contempla una

partición, sino más bien la concesión de una *facultad de conmutar* la cuota hereditaria por metálico[266].

Para VATTIER FUENZALIDA la *ratio* de los artículos que examinamos consiste en la conservación de todo o parte de los bienes hereditarios indivisos en el tránsito sucesorio y, más concretamente, entiende que la reforma iba referida principalmente a la continuidad y conservación sólo de la empresa mercantil, por cuanto consideraba que la empresa de esta índole, además de carecer de una disciplina sucesoria especial, quedaba fuera del texto literal del artículo 1056.2º del Código Civil[267]. Nosotros, como hemos visto anteriormente, comprendíamos en el ámbito del citado precepto también a la empresa mercantil, que no puede dejarse fuera simplemente porque la redacción legal, acorde con las circunstancias socioeconómicas de la época en que se efectuó, no la aluda expresamente.

Por consiguiente, creemos que la verdadera razón de ser de estos preceptos contenidos en los arts. 841 y siguientes de nuestro Código, no es otra que facilitar al testador con hijos o descendientes legitimarios el reparto de sus bienes, conservando, en su caso, la unidad de su patrimonio y, eventualmente, a fin de evitar diferencias de intereses entre grupos familiares, eludiendo así los posibles conflictos sucesorios[268].

---

[266] Vid. "Compendio de Derecho Sucesorio", La Ley, Madrid, 1990.

[267] Para este autor, *"la ratio del nuevo art. 841 radica, por consiguiente, en mantener indivisa una organización económica y unitaria de bienes pertenecientes al causante, enderezada al ejercicio de una actividad mercantil"* y, más adelante asegura : *"Así pues, desde punto de vista funcional, es claro que el pago de la legítima en metálico, establecido por la reforma de 1981, obedece a una finalidad específica, la de conservar indivisos los bienes* del de cuius, *sobre todo, cuando constituyan una explotación, principalmente de índole mercantil. Según esto, la finalidad de la reforma es la de establecer un nuevo supuesto que ha de integrarse de forma sistemática con los otros supuestos especiales que permiten satisfacer las legítimas en dinero por voluntad del testador, expresada lo mismo de manera directa que indirecta"* (cfr. "El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudio de los artículos 841 y 844 del Código Civil", en "Libro Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia", 1984, págs. 741-743).

[268] En este sentido advirtió PANTALEÓN PRIETO que la función de esta norma es *"ampliar, bien que de modo indirecto, las facultades distributivas del testador, permitiéndole otorgar a alguno o algunos de sus hijos o descendientes la facultad de excluir a sus hermanos*

Es por esta causa que tal normativa brindaría un camino sumamente útil para la transmisión mortis causa de una empresa mercantil, si no fuera porque lo farragoso de la regulación de este especial modo de pago, y la dificultad que entraña el análisis y comprensión de sus presupuestos lo hace casi inaplicable en la práctica.

A) Los elementos subjetivos

El artículo 841 permite al testador, al contador partidor expresamente autorizado por aquél y al contador partidor dativo, adjudicar todos los bienes de la herencia, o parte de ellos, a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

En efecto, la iniciativa corresponde a los sujetos nombrados, pero éstos, a pesar de la letra del Código Civil, no *ordenan* la adjudicación de los bienes a alguno(s) de los hijos o descendientes y el pago en metálico a los demás, sino simplemente *facultan* a los elegidos para que, si lo desean, conmuten las porciones hereditarias de los demás legitimarios.

Es decir, el contenido de la "orden de conmutar" procedente del testador, del contador partidor expresamente autorizado por aquél en su testamento, o del contador partidor dativo en los supuestos que veremos, se contrae a una simple opción que la adjudicación genera a favor del o de los

del patrimonio relicto, a fin de evitar con ello, bien una división inconveniente o antieconómica, bien una futura gestión improcedente de los bienes que lo integran. O bien sencillamente que vayan a parar a manos de un «mal hijo» que no ha incurrido sin embargo en alguna de las estrictas causas de desheredación establecidas en el Código (o ésta no puede probarse, o no desea el padre «airear los trapos sucios» de la familia, etc.)" (vid. Comentarios de los artículos 841-847, en la obra colectiva : "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia", vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1380).

adjudicatarios del caudal, de los que dependerá, en última instancia, la eficacia de la conmutación[269].

En el caso en que sea el padre o ascendiente quien, en su testamento, y utilizando la vía concedida en los artículos 841 y siguientes, manifieste su voluntad de brindar a algunos hijos o descendientes la oportunidad de adjudicarse la empresa mercantil paterna y pagar la porción de los demás legitimarios en metálico, la cuestión no plantea más requisitos que la validez formal de la disposición de última voluntad[270].

Puede también el testador, como se ha señalado, nombrar a un contador partidor y autorizarle para el ejercicio de las funciones del artículo 841 y ss. del Código Civil. Dicha autorización habrá de ser *expresa*, lo cual significa que no basta su nombramiento, ni que se le faculte para efectuar las adjudicaciones previstas en los artículos 821, 829, 1061 y 1056, sino que es preciso — dice VALLET[271] — que la autorización se refiera específicamente al supuesto del artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente, o bien refieriéndola al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto, si, por su sentido, resulta

[269] Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C. : op. cit., pág. 749.

[270] Para VALLET DE GOYTISOLO (Comentario de los artículos 841-847 en la obra colectiva : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigidos por M. ALBALADEJO, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, tomo XI, pág. 497), seguido en esta materia por DOMÍNGUEZ LUELMO (El pago en metálico... cit., pág. 128), el testador podrá libremente autorizar la adjudicación, elegir el adjudicatario(s) de los bienes y distribuir éstos en caso de ser varios los adjudicatarios ; pero no le cabe determinar la suma que haya de abonarse a los legitimarios a quienes deba pagársele su cuota en metálico, pues, para esa determinación debe atenderse, según el artículo 847 C.c., al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente. Por consiguiente, esa valoración y la formalización de las adjudicaciones a quienes deban pagar en metálico será función que habrá de realizar el contador partidor testamentario o, en su defecto, todos los interesados por unanimidad o bien el contador partidor dativo o la autoridad judicial.

[271] Cfr. Comentario del artículo 841, en los "Comentarios..." cit., EDERSA, tomo XI, pág. 493, y en la también obra colectiva : "Comentario del Código Civil", Ministerio de Justicia, tomo I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, pág. 2078.

indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841.

Dudoso y controvertido es, sin embargo, el contenido que ha de tener la autorización expresa del testador al contador partidor. Nos referimos a si la misma debe circunscribirse a la mera ejecución de lo ya dispuesto por el causante en el testamento, debiendo éste delimitar la persona del adjudicatario y de los perceptores del metálico; o bien, puede autorizarse al contador partidor para que elija o determine los adjudicatarios y los que han de recibir su porción en metálico.

Para VALLET[272] ha de prevalecer la primera solución, pues así lo exigen las prohibiciones consignadas en los artículos 670 y 830 C.c., por ende, el testador deberá individualizar al descendiente o descendientes atributarios, ya sea nominativamente o bien señalando circunstancias determinantes que el elegido deberá reunir, y el contador partidor discernir y juzgar, (v. gr. ser el hijo varón, mayor de edad, casado y con hijos; ser la hija que conviva con el cónyuge viudo; el hijo o hija que lleve tal negocio mercantil, fabril o agrícola; etc.).

Por contra, PANTALEÓN cree derivarse de la letra del propio precepto, la posibilidad de que el testador autorizante deje al arbitrio del contador partidor la elección del descendiente que habrá de conmutar las legítimas de los demás, no siendo un obstáculo, a su juicio, el artículo 670, ya que lo que esta norma prohibe "es delegar el poder dispositivo «mortis causa», esto es, la facultad de testar, designar herederos o legatarios o dejar sin efectos la designación y señalar las porciones, cuotas o cuantías de las atribuciones efectuadas por cualquier título[273].

---

[272] Cfr. "Comentario...", cit., EDERSA, tomo XI, pág. 498. Opinión que suscribe DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., pág. 130 y ss.).

[273] Cfr. op. cit., pág. 1426. Según el autor, las dudas sólo surgirían si se considerase incompatible la cualidad de heredero y la percepción del haber en metálico extraherencial, pues, en ese caso, "la decisión del contador partidor de otorgar a su arbitrio a alguno o algunos

Así lo ha estimado también DE LA CÁMARA, argumentando que el artículo 841 coloca en idéntico plano al testador y al contador partidor, con la única e importante diferencia de que la potestad de conceder la facultad de conmutar sólo la ostenta el segundo si expresamente se la ha concedido el primero[274].

LÓPEZ BELTRÁN, por su parte, tras poner de manifiesto lo dudoso de la cuestión por la existencia de argumentos de peso que avalan ambas posturas, propone estar al testamento, y a los datos que del mismo se desprendan, así, por ejemplo, la institución como heredero de uno o varios de los hijos, salvando las legítimas de los demás, supondrá una designación tácita del adjudicatario de los bienes que el contador partidor deberá respetar. De igual manera, la expresión del deseo de mantener indiviso el patrimonio, será otro dato a tener en cuenta, admitiendo la elección del contador en la persona del hijo que esté dispuesto a pagar a sus hermanos su justo precio, o que ofrezca las mayores garantías; o tratándose de bienes como una colección de obras de arte, una biblioteca científica o (añadimos nosotros), una empresa mercantil que el testador desea conservar..., habrán de

de los hijos o descendientes la facultad de conmutar las cuotas de sus hermanos sí podría significar, de modo indirecto (...), un cambio en el título por el que alguno o algunos de los hijos o descendientes perceptores del dinero extraherencial reciben su porción hereditaria. ¿Cuándo ? Sencillamente, cuando el testador les hubiese instituido herederos" (ibídem).

[274] Cfr. "Compendio de Derecho..." cit., pág. 255.

Y de igual manera, piensan SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA (vid. "Naturaleza de la legítima y pago en metálico", La Ley 1984-4, pág. 1023, nota al pie nº 99), que estima exagerada la opinión de Vallet, porque el Código Civil nada exige al respecto, y porque de ser así el precepto, en lo referente al contador partidor perdería gran parte de su virtualidad, concretamente en los supuestos de hijos pequeños al tiempo de otorgarse testamento, nombrando contador partidor autorizado con la facultad del artículo 841, y el testador falleciese bastantes años después ; y DÍEZ PICAZO y GULLÓN, quienes manifiestan que, en principio, el apartamiento de los otros legitimarios de la comunidad hereditaria parece lo suficientemente grave para que no quede a la libre elección del contador partidor, pero, de otra parte, también es grave concederle la facultad de conmutación, y respecto a ello el art. 841 C.c. se pronuncia a favor con toda claridad. Por lo que, si el testador nada ha dispuesto sobre el particular, no debe negársele la facultad de elección (cfr. "Sistema..." cit., pág. 482).

adjudicarse a quien profesionalmente resulte de mayor utilidad, sea más apto para su gestión u ofrezca seguridad de no proceder a su división[275].

En nuestra opinión, efectuando el testador las instituciones de herederos o legatarios, y fijando las cuotas en que, por cualquier título, habrán de suceder (art. 670 C.c.), el Código no impide (ni en el artículo 841, el cual literalmente lo permite, ni en ningún otro) que el ascendiente testador deje en manos de contador partidor de su confianza la elección del descendiente adjudicatario de los bienes y de los que habrán de percibir en dinero su porción hereditaria. Es más, en algunos casos, sería muy conveniente que así se hiciera: piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el empresario testador, previsor y deseoso de perpetuar su empresa, quisiere hacer uso de la facultad que conceden las normas que estudiamos, pero, siendo sus hijos aún jóvenes al tiempo de testar, no le fuere posible juzgar cual de ellos sería el más idóneo para la dirección y gestión empresarial. En tal situación, sería muy útil instituir herederos a todos sus hijos y nombrar contador partidor a una persona con capacidad para valorar las cualidades de los hijos o las situaciones en que se hallen a la muerte del testador. Con ello se evitaría también el padre el normalmente duro trance de preferir a un hijo entre los demás, dejándose a una instancia objetiva y, a ser posible, técnica, la elección.

Por último, y según el párrafo segundo del artículo 841, podrá conceder la facultad de conmutación el contador partidor dativo regulado en el artículo 1057.2º C.c., *en el mismo supuesto del párrafo anterior.* ¿Qué quieren decir estas palabras? La doctrina se ha inclinado por entender que hacen referencia a la necesidad de una autorización expresa, ahora bien ¿de quién debe proceder esta autorización? ¿ha de autorizarlo el propio testador? o ¿puede hacerlo el juez en su nombramiento del contador partidor dativo, a petición de los hijos o descendientes?

[275] Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "La conmutación de la legítima", Editorial Tecnos S.A., Colección Semilla y Surco, Madrid, 1989, págs. 52-53.

La primera postura, sin duda más acorde con la letra del precepto legal, ha provocado algunas críticas, por entenderse que la exigencia de autorización testamentaria expresa, requiere tales previsiones por parte del testador que nos sitúa en una hipótesis sumamente rebuscada difícilmente dable en la práctica[276]. Suponer que el testador ha previsto el posible nombramiento de un contador partidor dativo y que, para ese caso, le confiere la facultad de otorgar el derecho de conmutación, no es muy verosímil ; pues, lógicamente, si el testador prevé la existencia de posibles diferencias entre sus herederos, lo que hará será nombrar directamente uno o más contadores partidores de su confianza[277].

Por ello, VALLET, en esta línea de pensamiento, conecta el artículo 841 con el 1057.2º, distinguiendo el origen de la autorización en los tres supuestos posibles de nombramiento de contador partidor según el citado precepto :

1. En el de no haber testamento, el nombramiento del juez deberá consignar expresamente la autorización, hecha a tenor de la propuesta y de lo aducido por los demás interesados oídos.

2. De haber testamento pero que no contenga nombramiento de contador partidor, puede ocurrir que el testador prevea el nombramiento de contador dativo, precisamente a los efectos de la facultad regulada en el 841,

---

[276] Así lo ha afirmado DE LA CÁMARA (vid. Compendio... cit., pág. 255).

[277] Ibídem.

De igual modo, para DÍEZ PICAZO y GULLÓN, "no deja de ser poco verosímil el supuesto de un testador que no nombra contador partidor, pero prevé que puedan solicitar al juez su designación los herederos y legatarios que representen, al menos el 50 por 100 del haber hereditario (art. 1057.2º), y en función de esta eventualidad, autorizase al contador partidor dativo al pago de las legítimas en metálico. Por eso el precepto tiene más sentido interpretándolo como que este último ha de hallarse autorizado, y esa autorización puede proceder también de la autoridad judicial o, sin ninguna duda, de todos los legitimarios" (op. cit., pág. 483).

Y en el mismo orden de ideas, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL entienden que la autorización puede proceder simplemente del juez, el cual, al nombrar el contador partidor dativo, puede *autorizarle* para designar los hijos o descendientes a quienes pueda adjudicar todos o parte de los bienes hereditarios, según propia provisión o decisión

o que así lo requieran sus disposiciones. En estos casos, el designado deberá entenderse investido de ellas y nos hallaremos en un supuesto equivalente al primeramente examinado.

3. De haberse producido vacante en el cargo, también habrá de distinguir según el designado en el testamento estuviese investido de estas facultades o no lo estuviera, distinción que nos reconduce a lo que se ha establecido[278].

Sin embargo, para PANTALEÓN PRIETO, dado que el ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 841 C.c. supone prescindir de la regla de la intangibilidad cualitativa de las legítimas, el mismo no puede desconectarse de la voluntad del testador, de modo que, salvo que cuente con el consentimiento unánime al efecto de todos los hijos o descendientes, el contador partidor dativo sólo puede hacer uso de la facultad que prevé el artículo 841.2º si *el testador*, que haya contemplado la posibilidad de su nombramiento (bien por no haber nombrado él mismo un comisario, bien porque el cargo pueda quedar vacante) le ha *autorizado expresamente* para que lo haga (sin que, a juicio del autor, sea suficiente que el testador hubiere autorizado al efecto al contador partidor testamentario cuyo cargo queda vacante)[279].

Esta postura, que en nuestra opinión es la más adecuada por responder, sin duda alguna, más fielmente al tenor de la norma y a los principios de nuestro Derecho Sucesorio, ha sido perfilada por DOMÍNGUEZ

---

judicial, para lo que considerará las razones expuestas por los peticionarios en las propuesta, y las alegadas por los demás interesados oídos (cfr. op. cit., págs. 66-67).

[278] VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : Comentario... cit., EDERSA, tomo XI, págs. 499-500.

Esta tesis es recogida por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA quien, no obstante, amplía más las posibilidades de ejercicio por el contador partidor dativo de las facultades del artículo 841 y siguientes, desvinculándola de la voluntad del testador (vid. op. cit., pág. 53 y ss., y especialmente, pág. 57).

[279] Cfr. op. cit., pág. 1428-1429.

LUELMO[280], cuyo criterio suscribimos, al afirmar que el contador partidor dativo sólo puede hacer uso de lo dispuesto en el artículo 841 cuando el testador haya previsto el evento de su nombramiento, o cuando en las disposiciones testamentarias se conceda a alguno de los hijos o descendientes la opción de pago en metálico, y éstos deleguen en aquél las funciones liquidatorias que implica el acto de conmutación ; o si, habiendo el testador nombrado ya para ello a otra persona, quedare vacante el cargo, porque en estos casos ha quedado patente la voluntad del testador de facultar a un descendiente adjudicatario para llevar a cabo la conmutación. No es posible, pues, que la conmutación de que tratamos opere en la sucesión intestada.

Una vez sentada la base de que la iniciativa de la concesión de la facultad de conmutar las legítimas tiene su origen en el testador, bien directamente, o indirectamente a través de contador partidor testamentario o dativo, analicemos los presupuestos subjetivos desde el punto de vista pasivo, esto es, la vertiente del hijo(s) o descendiente(s) que podrá atribuirse la empresa mercantil existente en la sucesión, y los demás legitimarios que deberán recibir su porción hereditaria en metálico.

Así pues, y en primer lugar, podemos comprobar que el precepto se refiere inmediatamente a la legítima de los descendientes, y presupone para su aplicación la existencia de una pluralidad de éstos con independencia de su filiación (es decir, sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos)[281].

Ciertamente, de no haber herederos forzosos, la aplicación de la norma no tendría sentido, pues al causante le bastaría hacer uso de su libertad de testar, efectuando por sí mismo la partición de sus bienes en virtud de la facultad concedida en el artículo 1056.1º C.c. Por otra parte, si existiera un solo descendiente, tampoco habría lugar a la aplicación del precepto, ya que

[280] Cfr. "El pago en metálico..." cit., págs. 137 y ss, y especialmente pág. 140.

[281] Por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 387.

éste sería el único legitimario y debería recibir necesariamente las dos terceras partes del haber hereditario[282].

Concurriendo, por tanto, varios hijos o descendientes legitimarios, el testador podrá conceder libremente a uno o algunos[283] de ellos la facultad de quedarse con la empresa caída en herencia, pagando en dinero extrahereditario la porción de los demás, respetándose de esta forma la intangibilidad de la legítima colectiva.

El precepto habla de "hijos o descendientes", por lo que una cuestión que aquí (como ocurría en sede de la facultad otorgada por el artículo 1056.2º C.c.), se vuelve a plantear es si esos "descendientes" han de ser legitimarios en sentido estricto, esto es, si se puede conceder la opción de conmutar a un nieto en vida de su padre.

En opinión de VALLET, hay que tener en cuenta el dato de que, si bien los nietos, en vida del hijo que los engendró, no son legitimarios del abuelo, en el sentido de que no tienen derecho a la legítima estricta, sí pueden ser mejorados por éste, o sea, pueden recibir como mejora parte, o incluso todo el exceso de la legítima larga respecto de la corta. Por consiguiente, — estima VALLET — si reciben parte del contenido inicial de la legítima global larga, los nietos, aunque no sean legitimarios en sentido estricto, deben considerarse incluidos en la pluralidad de descendientes que contempla el artículo 841 y podrán ser adjudicatarios de "todos los bienes hereditarios o parte de ellos",

[282] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 86.

[283] Efectivamente, no hay razón alguna para entender que sólo uno de los hijos o descendientes ha de ser el adjudicatario de los bienes de la herencia con el deber de pago en dinero de la porción hereditaria de los demás ; pues, aunque el artículo 841 habla de *alguno* y no de *algunos*, de los hijos o descendientes, de ser cierta esta posición, el precepto hubiere hablado de *uno* de los hijos o descendientes. De cualquier manera, el artículo 842 elimina toda posible duda al decir : *"cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico..."* (cfr. PANTALEÓN PRIETO, F. : op. cit., pág. 1409).

con la carga de pagar en metálico la porción hereditaria de los demás hijos y descendientes a quienes el testador no haya asignado bienes concretos[284].

Tal solución es, sin embargo, inadmisible para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, quien cree que el artículo 841 parece referirse únicamente al supuesto de concurrencia de hijos o descendientes *legitimarios*, y únicamente aquel de los hijos o descendientes que tenga derecho a legítima y sea "heredero forzoso" podrá ser el adjudicatario de todo o parte del caudal relicto[285]. Según esta autora la letra del precepto requiere que el adjudicatario de los bienes sea un legitimario para que los llamados a recibir su porción hereditaria en metálico sean *los demás legitimarios*, de tal modo que el nieto o descendiente ulterior sólo podrá recibir la opción de quedarse con los bienes al amparo del artículo 841 si reúne la cualidad de legitimario al deferirse la sucesión[286].

Al igual que concluíamos en la idéntica polémica suscitada por el artículo 1056.2º, compartimos la tesis de VALLET, cuya postura viene avalada también por el punto de vista práctico, pues dado que el testador que crea ver

---

[284] Cfr. Comentario del artículo 841 C.c.; en la obras colectivas "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales..." cit., tomo XI, EDERSA, pág. 492; y "Comentario del Código Civil", Ministerio de Justicia, tomo I... cit, pág. 2078.

Siguen esta postura de: PANTALEÓN PRIETO: (vid. op. cit., pág. 1413-1414); ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (vid. op. cit., pág. 51); PUIG BRUTAU (vid. Fundamentos... cit., tomo V, vol. 3º, pág. 398) y DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., pág. 91), nótese además que, si se acepta que los nietos pueden ser adjudicatarios de los bienes en vida de sus padres, se deberá admitir *ad maiore* la posibilidad de que sean destinatarios del metálico en pago de la porción hereditaria que les corresponda en el tercio de mejora (ibídem).

[285] Cfr. "La conmutación de la legítima", Editorial Tecnos S.A., Colección Semilla y Surco, Madrid, 1989, pág. 31.

[286] Cfr. op. cit., pág. 32.

De la misma forma, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA afirman que los artículos 841 y siguientes "tampoco toleran la intervención de personas no descendientes legitimarios inmediatos" ("Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 384), y "el testador no puede prescindir de esta adjudicación de los bienes a un legitimario, de modo que no haciéndolo así infringiría la legítima de todos, que en este punto adopta un cierto aspecto global" ("Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 387).

en su nieto, hijo de su hijo aún vivo, al sucesor ideal para su empresa o explotación, puede atribuirle la mejora y el tercio libre, se daría la paradoja, de no admitirse la interpretación amplia, de que un nieto favorecido en dos tercios hubiera de recibir en metálico su porción de un legitimario que a lo sumo podría retener un tercio.

Mucho más cuestionable es, sin embargo, la posibilidad de extender la aplicación del artículo 841 a la legítima de los ascendientes, en los casos en que el testador no tenga descendencia. A nuestro juicio la inequívoca dicción literal del precepto impide tal conmutación, a pesar de que en numerosos casos sería más que deseable[287].

La opinión contraria ha sido defendida por PANTALEÓN PRIETO, el cual no encuentra razón convincente que justifique que el testador, a quien la ley permite prescindir [o mejor, autorizar a alguno(s) de sus hijos o descendientes para que, si lo desean, prescindan en su favor] del principio de intangibilidad cualitativa de las legítimas de sus otros hijos o descendientes, no pueda en cambio hacer lo mismo en relación con las de los ascendientes, haciendo a éstos legitimarios de mejor condición que los de primer grado. Para justificar su postura, este autor alega una interpretación amplia del artículo 4.2º C.c.[288], además del argumento de los antecedentes legislativos, afirmando que,

---

[287] Así lo entiende DOMÍNGUEZ LUELMO, quien estima que la respuesta a la cuestión de la aplicabilidad de estos artículos a los ascendientes "debe ser negativa, aunque en principio estemos de acuerdo con DELGADO en que carece de justificación del hecho de que la misma facultad de conmutación no pueda usarse respecto de los ascendientes. Y debe ser negativa porque el tenor literal de estos preceptos no da lugar a equívocos : a excepción de los artículos 845 y 846, en los demás se menciona expresamente a los «hijos o descendientes», e incluso el artículo 842 habla del pago en metálico de la cuota hereditaria «de sus hermanos», expresiones éstas que impiden la aplicación de los mismos a los padres o ascendientes" (cfr. op. cit., pág. 92).

Y en el mismo sentido se pronuncia DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : vid. op. cit., pág. 252.

[288] Señala el jurista : "En cuanto al argumento derivado del art. 4.2º, puede responderse que es de sobra conocido que la doctrina dominante dista mucho de tomarse el citado precepto «al pie de la letra», bien restringiendo el concepto de Ley excepcional a las normas «de privilegio» y a las que la doctrina italiana llama «de supuesto de hecho exclusivo», bien admitiendo una categoría intermedia de «normas relativamente excepcionales» a las que

a la luz de éstos está claro que el legislador no se planteó en ningún momento este problema, por lo que "no puede traerse a colación una presunta voluntad del mismo de restringir el ámbito de aplicación de los preceptos comentados al campo de los hijos o descendientes exclusivamente"[289].

Cierto es que, siendo conmutable la legítima de los descendientes (de todos menos uno ex art. 841 C.c.) y también la del cónyuge viudo (art. 839 y 840 C.c.), parece extraño que se haya querido conservar a ultranza únicamente la intangibilidad cualitativa de la legítima de los ascendientes. Más bien puede tratarse, según afirma LOPEZ BELTRÁN, de una omisión involuntaria del legislador[290]. ¿Es posible una aplicación analógica de los preceptos que estudiamos en presencia de casos que así lo reclamen ? Tales serían los supuestos de divorcio, ausencia de matrimonio de los padres del testador..., y otros muchos que aconsejen la separación de grupos familiares

el artículo citado no sería aplicable, bien utilizando la distinción, siempre tan oscura, entre interpretación extensiva — que el art. 4.2 no impediría — y aplicación analógica" (cfr. op. cit., pág. 1431).

[289] Ibídem. "El hecho de que el tenor literal de los arts. 841 ss. se refiera sólo a ellos es, con toda probabilidad, un trasunto de la regulación propuesta en el Proyecto del Gobierno, evidentemente inaplicable a los padres y ascendientes. Pero evidente es también que la «filosofía» de los citados preceptos es en el Código vigente radicalmente distinta" (op. cit., págs. 1431-1432).

Y en la misma línea se pronuncia LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (vid. op. cit., págs. 32 y ss), ilustrando su opinión con el siguiente supuesto : *"Imaginemos que el descendiente soltero (y sin descendencia), hijo de padres divorciados, es cotitular en una empresa de su familia paterna. Dicho negocio constituye la mayor parte de su patrimonio. Es fácil presumir que la eventual participación de la madre en aquel negocio es conflictiva. Máxime si la madre se volvió a casar, tiene hijos del segundo matrimonio, y sobreviven su primer esposo (padre el causante de la sucesión) y el segundo. A su vez, el primer esposo puede haberse casado nuevamente, y vivir su cónyuge e hijos de este segundo matrimonio. La participación de la madre del causante, en calidad de legitimaria, en la empresa de una familia con la que ya no tiene ninguna vinculación, junto con su ex marido, la esposa, hijos, hermanos o padres de su ex marido, no es buena solución. Que el hijo de padres divorciados no pueda participar en negocios familiares, puesto que puede fallecer sin descendencia tampoco es buena solución. La situación se complicaría aún más, si cabe, cuando la madre fallece poco después que el hijo cuya sucesión tratamos. Los hijos del segundo matrimonio pueden ocupar su lugar en aquella sucesión. E, incluso, puede que el segundo marido de la madre aparezca en escena, como titular de la patria potestad y en calidad de administrador y representante, cuando los hijos sobrevivientes sean menores. El padre del causante de la sucesión (y/o su familia) tendrá que soportar, en su propio negocio, la presencia de unas personas realmente extrañas, a consecuencia de los avatares sucesorios"* (vid. op. cit., págs. 33-34).

[290] Op. cit., pág. 36.

(recordemos la *ratio* de la norma)[291]. Creemos que es esta una cuestión que habrán de resolver los tribunales en atención de las circunstancias concurrentes del caso.

También ha dividido a la doctrina la cuestión de si es admisible la introducción de un tercero[292] en el mecanismo de la conmutación.

Por lo pronto tal posibilidad hay que negarla rotundamente en los supuestos en que el extraño sea el único adjudicatario de los bienes, pues el artículo 841 exige que la adjudicación se haga a "alguno de los hijos o descendientes", y además, tal atribución atentaría contra el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima.

Sin embargo, no está tan clara la solución en los casos en que la facultad de conmutación se conceda por el testador a alguno o algunos de los legitimarios instituidos conjuntamente con un extraño.

La postura es rechazable sobre la base de los artículos 842, 843 y 844 del Código Civil, así como del artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, que parten de idea de que sólo y exclusivamente a alguno o algunos de los hijos o descendientes del causante, puede conferirse la opción de conmutar[293]; el principio de que todo descendiente legitimario tiene derecho a recibir su

---

[291] Dice LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA: *"Pensemos en los padres del testador, divorciados o no casados entre sí. Frecuentemente estas personas poco tienen en común, salvo rencores y malos recuerdos. Es fácil imaginar que, en muchas ocasiones, obligar a los ascendientes a compartir los bienes relictos provoque graves dificultades, tanto en el período de indivisión de la herencia, cuanto al llegar el momento de la partición. No es comprensible que el descendiente, previsor, carezca de un medio para tratar de evitarlas, cuando resulta que la Ley pone ese medio a disposición de cualquier ascendiente"* (op. cit., pág. 33).

[292] Lo que diremos respecto del extraño es también aplicable al cónyuge viudo.

[293] Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F: op. cit., pág. 1414 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A: "El pago en metálico..." cit., pág. 88. Por la negativa se decanta también VATTIER FUENZALIDA, C.: op. cit., pág. 749.

legítima "ipsa substantia patris" sólo puede ser sacrificado en favor de otro hijo o descendiente y nunca de un extraño[294].

Argumenta además LACRUZ que lo contrario supondría dar entrada a un extraño en las decisiones colectivas de conmutación de legítima, que han de desarrollarse dentro del círculo familiar[295], y "aunque este obstáculo se puede salvar alegando que el gravamen de la legítima de los excluidos del caudal puede localizarse dentro de los dos tercios del mismo correspondientes a los hijos, dejando libre al extraño la tercera parte o la que le haya atribuido el causante, se presenta otro, cual es la pendencia de la partición y su condicionamiento al pago efectivo de las legítimas, que no parece tener solución. No lo sería partir primero con el extraño y dejar luego los dos tercios (o la parte que corresponda) sujetos a las alternativas de los artículos 842 y 844, porque aun entonces los legitimarios que cobran en dinero, si optaban ellos (al no producirse el pago dentro del año) u optaba el hermano heredero por la partición del caudal, no habría tomado parte en la partición previamente practicada con el extraño contra su — entonces — evidente derecho"[296].

Y frente a la objeción extraída del artículo 841 que habla de la atribución "de todos los bienes hereditarios *o parte de ellos* a alguno de los hijos o descendientes", de donde se puede extraer que *la otra parte* podrá adjudicarse a un tercero, no hay problema si lo hace por vía de legado o legados de cosa específica, de institución "ex res certa" o de disposición particional señalada en cosa determinada, hechas en pago de la cuota en que le haya instituido testamentariamente ; pues se trata de supuestos en los que el extraño queda al margen del proceso de conmutación[297].

---

[294] PANTALEÓN PRIETO, F : op. et loc. cit.

[295] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 387.

[296] Ibídem.

[297] Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F. : op. cit., pág. 1415 y 1417 ; y asimismo LACRUZ - SANCHO, y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 388.

Esto es, lo que se quiere decir cuando se advierte que no cabe dar entrada a un tercero en el mecanismo de conmutación de los artículos 841 y siguientes, no es que los mismos no sean aplicables en los casos en que se dejan bienes hereditarios a un extraño, sino que no puede quedar en manos de éste (ni tan siquiera junto con otros descendientes legitimarios) la decisión de si se paga o no en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. Ésta es decisión que incumbe sólo a los hijos o descendientes (en palabras del propio Código, art. 842). Así pues, si el testador desea hacer uso de la facultad que le concede el artículo 841, y quiere que un extraño participe en su herencia, deberá disponer en favor de aquél de manera que quede fuera de la comunidad hereditaria, esto es, mediante legado de cosa específica, institución en cosa cierta o partición en que se le adjudique un bien determinado en pago de su cuota.

Distinto de lo anterior es la eventualidad de que el causante ordene a legitimarios adjudicatarios del caudal, que paguen a un extraño, en metálico, el valor de la parte disponible de la herencia ; modalidad que no constituye un supuesto de aplicación de los artículos 841 y siguientes[298].

Por último, nos queda dilucidar cual es la posición jurídica respectiva de los legitimarios adjudicatarios y de aquellos que, si éstos optan por la conmutación, recibirán su legítima en metálico. Muy discutida, y discutible es esta cuestión, que ha escindido a los autores entre los que sostienen que el adjudicatario es siempre heredero, y los legitimarios que reciben su haber en

Sin embargo, se inclinan por la solución contraria, es decir por admitir la aplicabilidad de los artículos 841 y ss también en los casos en que un extraño sea instituido heredero o legatario de parte alícuota, a la vez que se faculta a un legitimario para que, adjudicándose parte del caudal relicto, pague en metálico la porción de los demás : LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (vid. op. cit., pág. 37 y ss). Y asimismo, DE LA CÁMARA (vid. "Compendio de Derecho..." cit., pág. 253), que afirma que, de todas formas, el extraño habrá de estar a las resultas de lo que decidan los hijos facultados a pagar en metálico ; mientras que, por otra parte, el hecho de que la partición quede condicionada al pago, supone una inconveniencia, aunque no un obstáculo legal.

[298] Cfr. LACRUZ - SANCHO, y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 384.

metálico extrahereditario siempre legatarios ; y los que manifiestan que habrá de estarse en todo caso a la voluntad del testador, sin que la condición de heredero sea incompatible con el hecho de que el testador haya querido que unos legitimarios, si sus hermanos así lo desean, reciban su porción hereditaria en dinero.

Al primer grupo pertenece LACRUZ BERDEJO[299], para quien "los legitimarios tienen la condición de legatarios : reciben su legítima como si el causante les hubiera legado la correspondiente cantidad, a cargo de la herencia. Ahora bien ; si el instituido heredero hace uso de la facultad que previene el art. 842, no por eso los legitimarios devienen herederos, quedándose, simplemente, en legatarios de parte alícuota, y entonces no de una parte alícuota del valor de la herencia, sino de los bienes de la misma. Son meros perceptores de bienes, aunque ahora de bienes relictos y mediante la precisa partición".

Igualmente DOMÍNGUEZ LUELMO pone de manifiesto que, correspondiéndole sólo al testador la facultad de elección del adjudicatario(s) de los bienes, parece que habrá que considerar a éstos como herederos, con independencia de que acepten o no la conmutación ; y a los destinatarios del metálico extrahereditario como legatarios[300]. Y ello porque el Código Civil, al lado del legado de cosa ajena, no contempla la institución de heredero en cosa ajena, ya que es consustancial a la figura del heredero suceder en los propios bienes hereditarios, asumiendo con ello la totalidad de los derechos y obligaciones del causante[301].

---

[299] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 389. Y asimismo VALLET DE GOYTISOLO (vid. "Comentarios..", EDERSA, tomo XI, pág. 496).

[300] Cfr. "El pago en metálico..." cit., págs. 145-146.

[301] Y además, tal tesis se confirma — según el autor — si se atiende a los efectos correspondientes al tipo de sucesión ; y ello amén de que, si la situación se contempla desde el lado pasivo, de aceptarse que los perceptores del metálico extrahereditario son herederos de dicha cantidad, nos encontramos con la paradoja de que no son de aplicación a los mismos la normativa legal de la aceptación a beneficio de inventario, pues los artículos 1023 y

Y en el mismo sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA estima que cuando el testador haya designado concretamente a los adjudicatarios de los bienes relictos y a quienes han de percibir su porción en metálico, éstos últimos no serán herederos sino legatarios, pues no puede ser heredero quien es excluido total y expresamente de los bienes hereditarios[302].

La opinión contraria ha sido sostenida por PANTALEÓN PRIETO, quien afirmó que, si bien cuando la voluntad del testador no fuere clara al respecto, habría que inclinarse por considerar a los hijos o descendientes perceptores del metálico extraherencial como simples legatarios de cuota, no responsables de las deudas hereditarias ; por contra, cuando de la interpretación de su voluntad se deduce claramente que el testador ha querido instituirles herederos, no hay razón para afirmar que es incompatible esta cualidad con la recepción de dinero no procedente de la herencia. Argumenta que en los arts. 841 y ss. no nos encontramos ante una auténtica partición del testador con eficacia real e inmediata, sino que, hasta que la conmutación se realiza, los hijos o descendientes llamados a recibir su porción en metálico son cotitulares del activo hereditario. Por ello, nada parece impedir que lo sean en concepto de herederos, de manera que seguirán respondiendo de las deudas con sus hermanos después de la conmutación[303].

---

siguientes se refieren siempre al pago de las deudas de la herencia *hasta donde alcancen los bienes de la misma* (cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 149).

[302] Cfr. op. cit., pág. 118-119.

Cuando, sin embargo exista contador partidor testamentario, si el testador ha designado expresamente a quienes han de recibir el metálico y a los atributarios de los bienes, la solución será la misma ; pero no así si el contador partidor pudiera elegir a estos últimos, caso en el que se habría de conservar el título de atribución señalado por el causante (op. cit., pág. 119). Y en los supuestos en que exista contador partidor dativo autorizado, si no existe testamento o éste es ineficaz, aquél no puede variar el título legal, de modo que todos serán herederos ; y para los casos en que exista testamento, se atendrá a lo dispuesto en el mismo (op. cit., pág. 119-120).

[303] Cfr. op. cit., pág. 1454. Vid. también págs. 1426, y 1453.

Y de este parecer es también DE LA CÁMARA, que no estima de recibo que la percepción de su haber en metálico o no haya de cambiar el título por el que son llamados determinados legitimarios, sino que se ha de atender siempre a la voluntad del testador[304].

A nuestro juicio, esta complicada cuestión no puede resolverse de modo coherente sin diferenciar entre los distintos supuestos en que, según el artículo 841 C.c., puede concederse a alguno(s) de los hijos o descendientes la facultad de conmutar la cuota hereditaria de los demás legitimarios.

Así, cuando es el propio testador quien ha designado expresamente a los adjudicatarios de los bienes y a aquéllos que deberán recibir su parte en metálico, creemos que los excluidos, aunque hayan sido instituidos herederos por el testador, no son sino legatarios de parte alícuota, pues los llamados por el mismo causante a la percepción de un neto, por mucho que aquél los denomine herederos no pueden serlo, ya que, como afirma el profesor GUTIERREZ JEREZ[305], "el heredero ocupa el mismo lugar que el causante y desempeña su misma posición en la masa de relaciones jurídicas en las que se subroga; en cambio, el legatario de parte alícuota, no sucede en las relaciones jurídicas del causante, atribuyéndole éste una cuota del activo líquido". Es necesario atender en caso de duda en la interpretación de la voluntad testamentaria, no a las palabras utilizadas, sino a los efectos económicos y sociales que el testador ha querido producir[306], y ello, sin olvidar

---

[304] Afirma el autor que, habiendo el testador instituido a todos sus hijos o descendientes herederos y *"aunque el tema pueda ser opinable, no parece que el heredero a quien se le expropia su participación en el activo (...) resulte a la postre legatario. Nótese que prima facie los hijos o descendientes de que se trate están llamados a la herencia propiamente dicha y que incluso pueden percibir su cuota parte (y su legítima) in natura si los titulares de la facultad de conmutación no la ejercitan. La facultad de conmutación se hace efectiva al dividir y repartir la herencia y obviamente el hecho de que uno de los herederos perciba su parte en dinero que le abonan los demás no le convierte por eso en legatario"* ("Compendio de Derecho..." cit., pág. 254).

[305] Cfr. "El legado de usufructo en el Derecho Civil Común", Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 50.

[306] Cfr. OSSORIO MORALES, J. : "Manual de Sucesión Testada", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 181.

que, como dijo ALBALADEJO[307], las figuras jurídicas son lo que son y no lo que los particulares quieren que sean.

En segundo lugar, si el testador ha autorizado expresamente al contador partidor por él nombrado para que use, si así lo estima conveniente, de la facultad regulada en el artículo 841, debemos distinguir según el contenido de la autorización concedida. De esta manera, habiendo señalado el testador a cuáles de los hijos o descendientes habrán de atribuirse los bienes del caudal, debiendo éstos pagar en metálico la cuota de los demás, nos encontramos en el mismo supuesto del caso anterior e, igual que en aquél, los primeros serán herederos y los segundos legatarios de parte alícuota, aunque el testador los haya denominado "herederos". Por el contrario, si el testador ha dejado en manos del contador partidor la elección de los adjudicatarios para el caso en que decida la utilización de la facultad concedida, no habrá más remedio que respetar la voluntad del causante, pues el contador partidor no puede variar el título de atribución sin incidir en el ámbito la prohibición del artículo 670.2º del Código Civil[308].

B) <u>Los elementos objetivos</u>

Los dos términos en sede de presupuestos objetivos son el bien o bienes que se atribuyen al hijo(s) o descendiente(s), y la porción en metálico que se pagará por éste a los demás.

Respecto del primero, señaló VALLET[309] que el artículo 841 *"no requiere presupuesto objetivo alguno"*, no se exige pues "finca que no admita cómoda

[307] Vid. "Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario", R.D.P., 1978, pág. 739.

[308] Estas consideraciones valen igualmente para el contador partidor dativo, dada la postura que, sobre el uso de la facultad de conmutar por el mismo, hemos sostenido.

[309] Vid. sus comentarios al artículo 841, en "Comentarios..." cit., EDERSA, tomo XI, pág. 493 ; y "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 2078.

división" (art. 821 C.c.), ni "cosa determinada" (art. 829 C.c.), ni "explotación agrícola, industrial o fabril" (art. 1056.2º C.c.), ni tampoco que "la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división" (art. 1062 C.c.); siendo aplicable incluso cuando se trate de una pluralidad de bienes sin conexión alguna.

No obstante la amplitud del precepto legal, no han faltado autores que hayan afirmado la necesidad de concurrencia de ciertos requisitos en los bienes para que sea posible la conmutación de las legítimas. En esta dirección, VATTIER FUENZALIDA sostuvo que el patrimonio adjudicado ex art. 841 C.c. debe ser indivisible o desmerecer por su división, ya sea en su totalidad, en una gran parte del mismo o, al menos, en las partes física o funcionalmente homogéneas que se puedan individualizar en él. Y además, habrá de pertenecer al *de cuius* por virtud de una titularidad exclusiva, sin que quepa la adjudicación de una titularidad compartida, en una comunidad o una sociedad civil o mercantil, porque ello — dice el autor — haría entrar a un extraño en las deliberaciones relativas a la conmutación, así como en las operaciones particionales, que deben mantenerse únicamente entre los adjudicatarios y legitimarios[310].

Igualmente, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, entiende aplicable al supuesto el límite de la indivisibilidad de los bienes adjudicados, salvo en los casos en que los bienes se adjudiquen a todos los hijos matrimoniales, debiendo éstos pagar sus cuotas a los no matrimoniales[311].

Sin embargo, la mayoría de la doctrina niega de plano la exigencia de requisitos objetivos[312] y, mucho más, que éstos se hagan depender de la

[310] Cfr. op. cit., págs. 750-751.

[311] Cfr. op. cit., págs. 1019-1021.

[312] Ya hemos citado a VALLET DE GOYTISOLO, al que siguen, entre otros muchos, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (op. cit., pág. 53); PUIG BRUTAU

concurrencia o no de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, discriminación eliminada de la letra y del espíritu de la ley. Ciertamente, como se ha advertido, si el patrimonio relicto es perfectamente divisible, al testador no se le ocurrirá nunca utilizar el artículo 841, mas la norma lo permite, sin que lo contrario se pueda deducir del tenor literal de los preceptos, ni de sus antecedentes históricos y legislativos, ni, menos aún, de las realidades sociales que están llamados a resolver[313].

Y por cuanto al presupuesto de la titularidad exclusiva se refiere, creemos que debe ser igualmente rechazado. No vemos por qué el empresario no puede adjudicar a uno de sus hijos la cuota que tiene en una empresa en comunidad, o el paquete de acciones que le corresponde en una sociedad mercantil, máxime cuando la jurisprudencia ha negado que, a tal efecto, pueda servirse del artículo 1056 C.c. Los demás comuneros o socios no pueden, ni tienen por qué, intervenir en el proceso de conmutación, ni en las operaciones particionales[314].

Al lado del bien o bienes que se adjudican, constituye el otro término objetivo, como hemos dicho, la porción hereditaria que el atributario, si así lo decide, deberá satisfacer en metálico a los demás hijos o descendientes del causante.

Dicha porción conmutable no habrá de ser necesariamente la legítima, como ocurría normalmente en los supuestos estudiados con anterioridad, sino que podrá abarcar cuotas mayores. El mismo Código Civil, al referirse al derecho conmutable habla de "porción hereditaria" (art. 841); "cuota hereditaria" o "cuota" (art. 842) y "porción correspondiente" (art. 847).

("Fundamentos..." cit., tomo V, vol. 3º, pág. 398); DOMÍNGUEZ LUELMO ("El pago en metálico..." cit., págs. 97-98); LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (op. cit., pág. 46); etc.

[313] Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: op. cit., pág. 46.

[314] En este sentido se han pronunciado DOMÍNGUEZ LUELMO ("El pago en metálico..." cit., pág. 104 y 105) y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (op. cit., págs. 46-47).

Ello es, por otra parte, absolutamente lógico y coincidente con la ratio de este grupo de preceptos, cual es permitir la transmisión y conservación del patrimonio, y — advierte LACRUZ — "en su caso, facilitar la separación de intereses entre dos grupos de herederos acaso poco amigables, pero no exigiendo como requisito que uno de ellos sea desfavorecido por el ascendiente testador ; y puesto que los legitimarios no son, necesariamente, sucesores desfavorecidos, su porción hereditaria no tiene por qué identificarse con su legítima"[315].

Para la fijación del *quantum* en que consista la cuota conmutable, dispone el artículo 847 C.c. que se atenderá al valor que tuvieren los bienes adjudicados al tiempo de la liquidación de la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. A partir de la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal.

Se configura así la obligación de los adjudicatarios como deuda de valor, consiguiéndose, en épocas de inflación monetaria, la mayor equidad en el trato de los excluidos del caudal[316]. No obstante esto, se ha apuntado que queda convertida en una simple deuda pecuniaria en el momento de la liquidación, desde la cual devengará sólo el interés legal, quedando sujeta, por tanto al principio nominalista[317]. En consecuencia, pueden plantearse

---

[315] LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 388.

En el mismo sentido se han pronunciado entre otros : PANTALEÓN PRIETO (vid. op. cit., pág. 1409) ; DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., pág. 104) y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, quien extrae de esta conclusión unas consecuencias cuanto menos extrañas, que no compartimos, al decir : *"Cuando los adjudicatarios aceptan la facultad conferida, únicamente el pago de la cantidad que cubra cuantitativamente la cuota que por legítima corresponda a los demás gozará de las extraordinarias garantías previstas en el párrafo 2º del artículo 844. La cantidad restante, imputable a la porción libre, será considerada como un legado de cantidad normal"* (op. cit., pág. 72).

[316] LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 391.

[317] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 172.

problemas cuando la liquidación no sea seguida del pago, sino que medie un lapso de tiempo entre ambos; en tales situaciones, es posible que, habiéndose revalorizado los bienes de la herencia, la cantidad de dinero fijada más el interés legal no cubra la cuota que en su día hubiera correspondido a los descendientes excluidos (aunque también puede ocurrir lo contrario)[318].

Ahora bien, si transcurrido el plazo legal del artículo 844 C.c., el adjudicatario no cumpliera con el pago de la cuota conmutada, y los descendientes acreedores del metálico optaren por la partición de la herencia según las reglas normales del Código Civil, el montante de dinero fijado pierde su validez, es decir, la medida del quantum a recibir en bienes no será ya la cantidad en metálico más los intereses devengados, sino que aquéllos recuperan su derecho de cuota sobre el *relictum*, con su consiguiente participación en el valor actual de los bienes[319].

C) <u>La conmutación de la legítima en metálico</u>

a) La opción del adjudicatario y la comunicación de la decisión a los perceptores del metálico

El artículo 842 del Código Civil dispone que : *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1058 a 1063 de este Código.*

---

[318] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 175.

Para el autor, por tanto, el sistema reglado por el artículo 847 merece "un juicio favorable, en el sentido de que se ha plasmado en el mismo una influencia de los movimientos valoristas. Sin embargo, es criticable desde el punto de vista de la situación que se produce tras la liquidación de las cantidades a pagar, ya que el interés legal que se devenga a partir de la misma puede no coincidir con las variaciones intrínsecas del valor de los bienes al que se refieren tales cantidades" (ibídem). Lo cual ocurrirá — añadimos nosotros — especialmente en tiempos como el actual, en los que el interés legal del dinero es muy bajo.

[319] Ibídem.

Consecuentemente lo que los artículos 841 y siguientes están configurando no es una partición del testador, sino una facultad que, a iniciativa de éste, se concede al adjudicatario(s) elegido(s) de optar por conmutar o no la porción hereditaria de los demás legitimarios. Es decir y según el precepto más arriba indicado, el atributario podrá elegir entre los siguientes opciones : o aceptar la conmutación y que el pago de la cuota que corresponda a sus colegitimarios se realice en metálico, o bien que la misma se pague con bienes del caudal hereditario, esto es, que se efectúe la partición de la herencia por las reglas generales del Código Civil.

La decisión de optar por una u otra solución corresponde a todos los hijos o descendientes adjudicatarios (si son varios), que habrán de adoptarla por acuerdo unánime[320], bastará que uno sólo de ellos disienta para que haya de procederse a la partición normal y pago en bienes de la herencia. Para LACRUZ, sin embargo, parece viable que por acuerdo de todos los herederos atributarios de los bienes, se pueda mantener la decisión de conmutar respecto de algunos de los legitimarios excluidos y no de otros[321]. Disiente de esta opinión PANTALEÓN[322], seguido por DOMÍNGUEZ LUELMO[323] y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[324], argumentando que, literalmente, el artículo 841 y el 842 hablan de "porción hereditaria de los demás legitimarios" o de "cuota hereditaria de sus hermanos", sin tomar en consideración cada una de éstas singularmente ; y además, "admitir que los hijos o descendientes a quienes el

[320] Así lo entiende LACRUZ BERDEJO ; SANCHO REBULLIDA ; y otros ("Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 389) ; PANTALEÓN PRIETO (op. cit., pág. 1432) ; DOMÍNGUEZ LUELMO ("El pago en metálico..." cit., pág. 154) ; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (op. cit., pág. 59).

[321] Vid. op. últ. cit., pág. 390.

[322] Vid. op. cit., pág. 1433.

[323] Vid. "El pago en metálico..." cit., págs. 155-156.

[324] Vid. op. cit., págs. 60-61. Éste admite que se pueda llegar a la conmutación parcial por vía convencional, sin que los acuerdos puedan afectar a los no participantes en los mismos.

causante ha pretendido que se adjudique el caudal relicto puedan libremente pagar a algunos de sus hermanos en dinero extrahereditario y compartir con los demás los bienes de la herencia, supone admitir plenamente la «divisibilidad» de la voluntad de aquél". En nuestra opinión, y para el caso que nos interesa, habiendo el testador[325] señalado un hijo o descendiente para la continuación de la empresa hereditaria y conservación de la misma, ordenando que, si estima conveniente optar por ello, abone en dinero la cuota de los demás, no es posible que éste, a su vez, discrimine entre los excluidos, haciendo participar a algunos en el bien empresa y eliminando a los demás; ya que tal posibilidad no respetaría la voluntad del testador y supondría admitir que el atributario elegido puede también designar nuevos adjudicatarios con obligación de pago en metálico[326]. Distinto sería, no obstante, que todos los descendientes del causante (adjudicatarios y excluidos) estuvieren de acuerdo en efectuar un reparto diferente sin sujetarse a lo dispuesto por el testador, lo cual sería totalmente aceptable por la omnímoda libertad de que gozan los coherederos para partir; pero, en estos casos, ya no estaríamos en el supuesto del artículo 841 y siguientes.

Una vez que los elegidos hayan optado por el pago en metálico habrán de comunicarlo a los perceptores del mismo, tal y como dispone el art. 844.1º, primer inciso, del Código Civil. Esta notificación de pago en dinero se cualifica como una declaración unilateral y recepticia[327], la cual no exige forma fehaciente, aunque es recomendable que así se haga por motivos de prueba[328].

---

[325] Hablamos de testador a fin de simplificar las hipótesis, pero lo dicho es aplicable asimismo a los casos en que la elección sea efectuada por el contador partidor testamentario o dativo expresamente autorizados.

[326] Así lo expresa DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 156.

[327] LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 390 ; PANTALEÓN PRIETO, F. : op. cit., pág. 1441 ; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 157.

[328] LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : op. et loc. úit. cit. ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Compendio..." cit., pág. 258 ; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 2081.

Cada uno de los herederos adjudicatarios deberá comunicar individualmente a los legitimarios afectados su decisión de conmutar la legítima, pero no surtirá efectos hasta que no hayan efectuado la notificación todos los elegidos, si bien la realizada por cada uno de ellos es irrevocable y vincula al que la ha emitido[329].

El plazo para la notificación es de un año a contar desde la apertura de la sucesión, breve espacio de tiempo que LACRUZ y SANCHO justifican advirtiendo que "en herencias destinadas a familiares tan próximos no es probable que pase mucho tiempo sin conocer el fallecimiento del causante ni aceptar la herencia"[330]. Además, se trata de un plazo de caducidad, no susceptible de interrupción, irrenunciable y apreciable de oficio.

¿Cuál es la naturaleza de esta facultad de optar que el testador o contador partidor concede al adjudicatario de los bienes hereditarios elegido ? Dice ROCA SASTRE que, dado que la legítima de los descendientes excluidos no deja de ser, a pesar de la concesión de la opción, una *pars bonorum*, no estamos aquí ante una pura alternatividad, es decir, ante dos obligaciones de

---

[329] En tal dirección se ha manifestado la doctrina, vid. por todos : LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 392.

[330] Ibídem.

A juicio de PANTALEÓN, en dicho espacio de un año desde la apertura de la sucesión, "ha de haberse producido, no sólo la notificación sin más de la decisión de pago en metálico, sino también la presentación por los hijos o descendientes conmutantes de una propuesta de liquidación de la herencia, con determinación de las sumas a abonar a sus hermanos, que cuente con el consentimiento de todos ellos o que, en su defecto, haya sido aprobada judicialmente" (op. cit., págs. 1398 y ss, y págs. 1441-1442). Ciertamente, y dado que el pago habrá de realizarse en un año más según el artículo 844.1º, no cabe duda que sería conveniente que la liquidación de los derechos de los demás descendientes se realice en este primer año, pero no creemos que el Código lo exija así.

DE LA CÁMARA, por su parte, entiende que el Código Civil comete un error al disponer que el plazo se compute desde la apertura de la sucesión también en los casos en que es el contador partidor testamentario o dativo el llamado a otorgar la potestad de conmutación, ya que, en tales situaciones, el plazo se acorta inexplicablemente. Para él hubiera sido más lógico computar el plazo desde que el contador partidor designa a los titulares de la opción ; sin embargo, siendo los términos del Código Civil contundentes parece que habrá que atenerse a los mismos ("Compendio..." cit., págs. 257-258).

entre las que debe cumplirse una, sino ante obligaciones *facultativas*, de forma que los obligados deben cumplir la prestación de pagar en dinero, que es la única que está *in obligatione*, pero pueden sustituirla por el pago en bienes de la herencia, que está *in solutione*[331]. Para VATTIER, por el contrario, ni se trata de obligaciones alternativas ni de obligaciones facultativas, puesto que "no hay, en rigor, una dualidad de prestaciones", sino dos modalidades de pago de consistencia diversa de una prestación única[332].

Como se ha afirmado por la doctrina, las consecuencias de una calificación u otra, a efectos prácticos, tiene gran importancia. Así, se adopta la tesis de la obligación alternativa y se destruyen todos los bienes de la herencia, la obligación se convierte en pura y el adjudicatario quedará obligado a pagar el dinero. Sin embargo, si la obligación fuera facultativa, en el supuesto de imposibilidad sobrevenida de pagar la prestación *in obligatione*, la obligación de pagar la legítima se extinguiría[333].

Pero hay que observar que, abierta la sucesión, y mientras la opción no se haya llevado a cabo, los bienes están en comunidad hereditaria, de la que forman parte tanto los adjudicatarios como los demás legitimarios; la destrucción de los bienes, en consecuencia, afecta a todos por igual, sin que se pueda plantear cuestión en cuanto al pago en dinero, porque la decisión aún no ha sido tomada[334]. Por ello DOMÍNGUEZ LUELMO, cuya opinión suscribimos, estima que, en realidad, en el artículo 841 y ss. lo que ocurre es que determinadas personas (las así designadas por el testador), pueden poner fin a la comunidad hereditaria, asumiendo la obligación de pagar en metálico las porciones de los demás. De ahí que tal facultad se asemeje mucho a la

[331] Cfr. ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL : op. cit., pág. 53.

[332] Cfr. op. cit., pág. 753.

[333] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 143.

[334] Ibídem.

figura de los derechos potestativos o derechos de formación o modificación jurídica[335].

En efecto, a nuestros ojos, la conmutación no es sino un acto de *naturaleza particional*[336] ; consecuentemente, y como se ha señalado, abierta la sucesión todos los descendientes legitimarios (adjudicatarios o no) forman parte de la comunidad hereditaria, pero, una vez realizada la conmutación, los legitimarios perceptores del metálico quedan fuera de dicha comunidad, que continuará sólo entre los atributarios de los bienes, si son varios, o se extinguirá de ser sólo uno. Sin embargo, esta partición es resoluble si no se produce el pago de las porciones hereditarias en el plazo fijado por la ley.

Ahora bien, ¿en qué momento se produce la conmutación y, con ella, la partición de la que hablamos ? ¿basta la mera comunicación de la decisión de pago en metálico para que se entienda completada ? o ¿es necesaria también la liquidación de las cantidades a percibir y la aprobación por parte de todos los hijos o descendientes ?

La primera postura la mantiene DOMÍNGUEZ LUELMO, para quien a partir de la comunicación, los legitimarios no favorecidos ven transformada su expectativa sobre los bienes por el valor dinerario de los mismos y, en cuanto se liquide su porción, su derecho se reducirá a una expectativa de dinero. Los favorecidos, por otro lado, quedan obligados desde entonces a pagar en metálico y tienen una titularidad resoluble sobre el relictum[337]. Es decir el

[335] Cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 144. A través de dicho derecho potestativo — afirma — los adjudicatarios pueden incidir sobre la esfera jurídica de los futuros perceptores del metálico, en el sentido de apartarlos unilateralmente de la comunidad hereditaria y de transformar su cuota abstracta de participación en la misma en un derecho de naturaleza pecuniaria (ibídem).

[336] PANTALEÓN habla de auténtica *partición parcial* (vid. op. cit., págs. 1402 y 1453).

[337] Cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 159.

momento de perfección de la partición queda fijado en el de la notificación de la decisión a los futuros perceptores del metálico[338].

Para PANTALEÓN, sin embargo, sólo "una vez liquidada la herencia y definitivamente determinadas las sumas a pagar a los legitimarios perceptores del dinero, la conmutación está realizada. Los hijos o descendientes conmutantes devienen cotitulares exclusivos del patrimonio en comunidad y, tras las en su caso operaciones divisorias entre ellos, titulares exclusivos de los bienes hereditarios adjudicados. Sus hermanos quedan correlativamente excluidos de la comunidad hereditaria, surgiendo a su favor, en sustitución de sus cuotas que se extinguen, créditos de dinero contra ellos[339]". Consiguientemente, el proceso de conmutación de las legítimas en metálico se integra, para él, por estas fases : acuerdo unánime de conmutar, comunicación de la decisión a los legitimarios perceptores del metálico, liquidación de las legítimas, y aprobación de la misma.

En este punto recoge la tesis de PANTALEÓN la profesora LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA[340], en el sentido de desplazar la perfección de la

---

[338] Cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 162.

Contra esta tesis criticó VATTIER que parece excesivo atribuir transcendencia real a la mera comunicación (op. cit., pág. 754).

[339] Cfr. op. cit., págs. 1447-1448.

[340] Dicha autora enumera los siguientes requisitos para la conmutación (op. cit., pág. 63) :

"a) La decisión de proceder a la conmutación corresponde a los hijos o descendientes adjudicatarios de los bienes relictos.

b) De ser varios los hijos o descendientes llamados a adjudicarse los bienes relictos, la decisión de conmutar habrá de adoptarse por unanimidad.

c) Tomada la decisión de conmutar, debe comunicarse a los legitimarios excluidos dentro del plazo de un año a contar desde la apertura de la sucesión (art. 844.1º). Desde la notificación la declaración es irrevocable.

d) Los llamados a percibir su legítima en metálico no pueden rechazar la forma de pago elegida por los adjudicatarios de los bienes.

e) Todos los legitimarios — tanto los adjudicatarios de los bienes como los llamados a percibir su cuota en metálico — deberán ponerse de acuerdo respecto al valor de los bienes relictos y correspondiente determinación de la cantidad concreta que debe pagarse en concepto de legítima.

Este parece ser el sentido de la confirmación expresa de la partición por todos los hijos o descendientes, exigida por el artículo 843 C.c.

conmutación de las legítimas a la confirmación de las operaciones particionales tendentes a la liquidación de la herencia por todos los legitimarios, o la aprobación judicial supletoria[341].

A nuestro modo de ver, esta es la interpretación más correcta y acorde con lo dispuesto en el artículo 843 C.c., al sancionar éste que *"salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial"*; y, asimismo, con el artículo 80.2º del Reglamento Hipotecario el cual, al referirse a la inscripción de las adjudicaciones de bienes realizadas conforme a los artículos 841 y ss., ya sean efectuadas por el testador o por el contador partidor, exige se acompañe el documento "en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios *y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial"*. Así pues, parece que la mera decisión unánime de conmutar comunicada a los futuros perceptores del metálico es condición indispensable pero no la única de la conmutación, pues la partición en que consiste la misma no es perfecta hasta que no se ha procedido a la liquidación de las cuotas a percibir y ésta ha sido aprobada por todos.

b) La confirmación expresa de todos los hijos o descendientes y la aprobación judicial subsidiaria

Según dice el artículo 843 del Código Civil : *"Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial"*. ¿A qué partición se está refiriendo este precepto ? Observemos que los artículos anteriores hablan de la conmutación y de la partición normal de los artículos 1058 y ss. Pues bien, como ha manifestado de modo unánime la doctrina, dicha aprobación judicial no puede referirse a la partición ordinaria (supuesto previsto en el art. 842

f) De no llegar a un acuerdo, se solicitará la aprobación judicial de la partición (...).
g) Una vez obtenido el acuerdo de todos los legitimarios o, en su defecto, la aprobación judicial, y no antes, la conmutación está realizada.

[341] Cfr. op. cit., pág. 64.

C.c.), ya que el propio artículo 1060, al que remite expresamente el 842, dispensa de tal aprobación a la partición practicada entre los herederos, aunque hubiese menores o incapacitados legalmente representados[342].

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en lo que a la conmutación atañe, no cabe que los descendientes o el juez entren a aprobar o negar el uso por los adjudicatarios de la facultad de conmutar concedida por el testador o contador partidor expresamente autorizado ; ni tampoco que se pueda entrar a considerar la partición realizada entre sí por los adjudicatarios del caudal (siendo éstos varios), quienes se repartirán los bienes como tengan por conveniente. Por ello, debemos entender que la necesidad de confirmación de todos los descendientes o aprobación judicial supletoria se refiere a las operaciones de liquidación de la herencia y cálculo de las sumas a pagar en metálico, o sea todos los hijos o descendientes deben llegar a un acuerdo sobre las operaciones de inventario, avalúo, computación e imputación y, en su caso, reducción de donaciones y legados y, a falta de este acuerdo, se podrá acudir a la autoridad judicial[343]. En este sentido el precepto debe ponerse en relación con el artículo 839 que exige, respecto a la valoración del usufructo del viudo y el objeto por el que se sustituye (y no a la elección del medio de pago), que se actúe *"de mutuo acuerdo"* y, en su defecto *"por virtud de mandato judicial"*.

---

[342] Vid. por todos PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. : "La naturaleza de la legítima" A.D.C. 1985, pág. 903, nota al pie nº 132.

[343] Esta es la opinión sostenida por la doctrina : vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 191 ; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 1080 ; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. : op. cit., pág. 481 ; PANTALEÓN PRIETO, F. : op. cit., pág. 1436 ; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., págs. 181-182 ; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. : op. cit., págs. 75-76.

Para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. "Compendio..." cit., págs. 259-260), el requisito de la confirmación expresa de hijos o descendientes o la aprobación judicial supletoria carece de sentido (pues toda partición realizada por los interesados requiere la aprobación de todos ellos) si no se pone en conexión con el plazo fijado para el pago por el artículo 844. Dado que éste debe realizarse en un año desde la comunicación de la decisión, la conducta de los hijos que han de percibir el metálico puede ser deliberadamente obstruccionista con el fin de que éste transcurra sin que se les haya abonado lo que les corresponda. Para evitar este abuso, si

Una cuestión queda, sin embargo, abierta: ¿ha de proceder la confirmación expresa o la aprobación judicial subsidiaria en todos los casos ?, más concretamente, ¿es también obligatoria en aquéllos en que la liquidación haya sido realizada por el contador partidor testamentario o dativo ?

Así lo afirma LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, apoyándose en que el artículo 843 C.c. no hace distinciones y lo exige el artículo 80.2º R.H., al requerir para la inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes, con la carga de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, *el documento que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial*[344].

Niegan por el contrario la exigencia del requisito en los casos de liquidación realizada por contador partidor[345] PANTALEÓN[346]; CÁMARA ÁLVAREZ[347] y DOMÍNGUEZ LUELMO[348], quienes sostienen que, según las reglas normales de la partición, estando el contador partidor facultado para practicar por sí y ante sí la liquidación de la herencia, los herederos, sean o no legitimarios, *prima facie* han de pasar por ella, sin perjuicio de las posibles acciones de impugnación que correspondan a los perjudicados. No hay pues razón para que la liquidación en el caso concreto de los artículos 841 y ss.

falta la conformidad de los descendientes, la liquidación efectuada por los adjudicatarios puede ser presentada a la aprobación de la autoridad judicial.

[344] Cfr. op. cit., págs. 74-75.

[345] Sin que tenga relevancia práctica la cuestión en el caso del contador partidor dativo porque el artículo 1057.2º se dispone que *"la partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios"*. De todas formas estos "herederos y legatarios" no tienen por qué ser siempre los mismos que "los hijos o descendientes" del artículo 843 ; y, en cualquier caso, tan sólo será necesaria una aprobación (la del artículo 843) y no dos.

[346] Vid. op. cit., págs. 1436-1438.

[347] Vid. op. cit., pág. 260.

[348] Vid. "El pago en metálico..." cit., págs. 182-186.

deba recibir un trato distinto. Es más, — insiste DOMÍNGUEZ LUELMO — cuando el testador nombra un contador partidor y lo inviste de las funciones previstas en el artículo 841, lo que quiere es evitar los conflictos que en las valoraciones puedan surgir entre los descendientes; exigir, por tanto, el acuerdo de todos o la subsidiaria aprobación judicial, supondría restar toda virtualidad a la función de contador partidor, que no tendría razón de ser en estos casos[349].

Ciertamente, no deja de ser razonable esta última postura coherente con el régimen ordinario de la partición realizada por el contador partidor; ahora bien, dada la inequívoca redacción del artículo 843 C.c. y del artículo 80.2º R.H., acordes, además, entre sí, en el sentido de exigir en todo supuesto la conformidad de todos los interesados o la aprobación del juez, en su defecto, pensamos que no cabe otra cosa que entender que así habrá de procederse; ello mientras el Tribunal Supremo o la Dirección General de los Registros y el Notariado no se pronuncien de forma distinta sobre la cuestión.

Consecuentemente, si no existe contador partidor testamentario o dativo, la liquidación de la herencia y fijación en metálico de las cuotas a percibir por los excluidos deberá realizarse de común acuerdo entre todos los interesados o, en caso que la misma se haya efectuado por los atributarios de los bienes, se presentará a su aprobación por los demás legitimarios. Si el acuerdo no se alcanza, entrará en juego la aprobación judicial, que evita el abuso por parte de los legitimarios excluidos, los cuales pueden retrasar su conformidad a fin de que transcurra el plazo legal del año. ¿Qué procedimiento será el idóneo para la sustanciación de la aprobación judicial de la liquidación? La Disposición Transitoria 10ª de la Ley 11/1981 dispuso que al otorgamiento de las autorizaciones previstas en la Ley debían de aplicarse las normas de la Jurisdicción voluntaria[350]. Así, en consonancia con tal

[349] Cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 183.

[350] *"Mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las normas de la Jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan :*

disposición, entendió VALLET DE GOYTISOLO que la aprobación judicial del artículo 843 C.c. se ventilaría según los trámites de la jurisdicción voluntaria[351]. No obstante, la doctrina ha dudado de que tal aprobación judicial suponga un acto de jurisdicción voluntaria[352], y ello porque el art. 1817 L.E.C. advierte que "si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente,(...), y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía. Parece claro, por consiguiente, que en nuestro caso no se estará nunca ante un acto de jurisdicción voluntaria, ya que el presupuesto de la aprobación judicial es siempre la falta de conformidad entre los hijos o descendientes acerca de las operaciones liquidatorias realizadas[353], [354].

Por ello se ha propuesto la aplicación al caso del procedimiento regulado por los artículos 1077 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil[355] en sede de juicio voluntario de testamentarías[356]; o del procedimiento de

---

1º Para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley.

2º Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente.

En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto.

Quedarán siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria".

[351] Vid. "Comentario..." cit., EDERSA, Tomo XI, pág. 504 ; y "Comentario..." Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 2080.

[352] Vid. el art. 1811 L.E.C. : *"Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas".*

[353] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 187.

[354] La nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil deja en vigor el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que regula la Jurisdicción Voluntaria, hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (Disposición Derogatoria Única, 1. 1ª).

[355] Vid. arts. 782 y ss. de la nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

[356] De esta opinión son LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA ("Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 392) ; PANTALEÓN PRIETO (op. cit., pág. 1439), y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (op. cit., págs. 82 y ss.) quien advierte que obviamente, no se trata de reproducir todos los trámites del juicio de testamentaría, sino de aplicar únicamente aquellos artículos que se refieren a la aprobación judicial de la partición (op. cit., pág. 84).

incidentes del artículo 741 L.E.C.[357], habida cuenta de la brevedad de los plazos previstos en el artículo 844 C.c.[358]

De cualquier modo, ni la confirmación de todos los hijos y descendientes ni la aprobación judicial, en su caso, puede impedir la impugnación futura de la liquidación realizada por los que se consideren perjudicados, siendo la vía la acción rescisoria[359].

D) El pago en metálico de la porción hereditaria de los legitimarios

Según el artículo 844.1º C.c., comunicada a los perceptores la decisión de pagar en metálico, "el pago deberá realizarse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario". De manera que, a no ser que se acuerde otra cosa, el pago habrá de materializarse en el plazo de *un año* ; pero el problema surge a la hora de fijar el momento a partir del cual empieza a contarse dicho año.

Excepto alguna opinión aislada que inicia el cómputo a partir del día en que se cumpla el primer año de la apertura de la sucesión[360] ; la mayoría de los autores está de acuerdo en entender que dicho plazo legal empieza a contarse desde la comunicación de la decisión del pago en metálico, y si fueren varios los adjudicatarios, desde que se efectuó la última comunicación ; ello sin necesidad de que haya transcurrido completo el primer año desde la

---

[357] Vid. arts. 387 y ss. de la nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, bajo el epígrafe : *"De las cuestiones incidentales"*.

[358] Así lo ha dicho DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., pág. 187), sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los trámites de la jurisdicción voluntaria en algunos supuestos ; tal es el caso de que uno de los llamados a la sucesión sea un ausente, pues, no pudiendo éste evidentemente expresar su conformidad o disconformidad con las operaciones particionales, se requiere la intervención del juez en un asunto en el que no está empeñada ni se promueve cuestión alguna entre las partes.

[359] Vid. por todos : CÁMARA ÁLVAREZ , M. : op. cit., pág. 260 ; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 188 ; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. : op. cit., pág. 86.

[360] Vid. SUÁREZ SANCHEZ-VENTURA, J. M. : op. cit., pág. 1029 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. : op. cit., pág. 903.

apertura de la sucesión (plazo legal para la notificación)[361], postura que consideramos la más adecuada.

Sin embargo, no han faltado opiniones discordantes, las cuales, a fin de evitar maniobras dilatorias o retrasos en el Juzgado que impidan la conmutación, proponen la computación a partir del momento de la perfección de la conmutación ; esto es, cuando se obtenga la confirmación de la partición por hijos o descendientes o la aprobación judicial supletoria[362]. No obstante, la notificación de la decisión de pago, así como la presentación de una propuesta de liquidación a los hijos o descendientes cuya cuota se desea conmutar, a efecto de que sea aprobada por éstos o, en su defecto, la presentación de la partición a la aprobación judicial, debe haberse producido en el plazo de un año a partir de la apertura de la sucesión[363]. De esta manera, en total, el pago habrá de realizarse en dos años máximo desde el fallecimiento del causante, pero el adjudicatario obligado goza de un tiempo mayor para conseguir el metálico a los fines del pago, y además se obvian los posibles retrasos provocados por la desidia o la intención de los legitimarios excluidos o las dilaciones del proceso para la aprobación de la liquidación. Sin embargo, esta interpretación difícilmente se compagina con la letra del precepto que nos ocupa, de ahí que creamos más defendible la mayoritaria.

Este plazo legal anual rige, según la norma, *"salvo pacto en contrario"* ; es, por tanto, posible pactar un plazo distinto (más amplio o más reducido) por acuerdo entre las partes implicadas, y que podría ser diferente para unos y

---

[361] En este sentido se han pronunciado, entre otros : LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 392. ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Compendio..." cit., pág. 258 ; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : "Comentarios..." cit., EDERSA, Tomo XI, pág. 504 ; y "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 2081 ; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 189.

[362] Así lo afirman PANTALEÓN PRIETO (op. cit., pág. 90) y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (op. cit., pág. 90).

[363] Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. : op. cit., pág. 90 y ss.

otros perceptores[364]. Lo que no parece admisible es que sea el testador quien ordene un plazo distinto, al no ser las legítimas materia disponible por aquél (estaríamos dentro del ámbito prohibitivo del artículo 813.2º C.c.)[365].

Por lo que a la naturaleza del plazo para el pago respecta, la dicción del artículo 844, en su párrafo 2º, hace pensar que se trata de un plazo de caducidad ("*caducará* la facultad conferida a los hijos o descendientes...")[366]. Sutilmente ha perfilado, no obstante, DOMÍNGUEZ LUELMO[367] que más que ante una caducidad propiamente dicha, estamos frente a un plazo o término preclusivo para el cumplimiento de la obligación de pago en dinero, pues, si se estuviera en un supuesto de caducidad, la resolución de la partición sería automática, lo que no parece ser el caso, como veremos, del artículo 844.

Por lo que a las consecuencias del impago se refiere, el artículo 844, en su párrafo segundo, establece que "transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición". Por consiguiente, el precepto consagra la llamada reserva de *pars bonorum* del artículo 806 C.c., resultando que la adjudicación de los bienes hereditarios a los hijos o descendientes elegidos se ha sujetado por la ley a la condición consistente en que se haga efectivo el pago del metálico a los demás legitimarios en el plazo acordado y, en su defecto, en un año. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de esta condición ?

---

[364] Es opinión de VALLET (vid. "Comentarios..." cit., EDERSA, Tomo XI, pág. 504 ; y "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 2081), que suscribe DOMÍNGUEZ LUELMO (vid. "El pago en metálico..." cit., pág. 190).

[365] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J .L. : SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 392 ; e igualmente PANTALEÓN PRIETO, F : op. cit., pág. 1443.

[366] Lo han estimado de esta manera, entre otros, LACRUZ (vid. op. cit., pág. 393) y VALLET ("Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 2082).

[367] Cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 190.

VALLET DE GOYTISOLO se inclinó por su configuración como condición suspensiva[368] mas, la doctrina mayoritaria prefiere considerarla condición resolutoria[369], pues la partición en que la conmutación consiste no queda pendiente del pago, sino que es válida y produce efectos; las adjudicaciones de bienes efectuadas son eficaces pero claudicantes, porque la falta de pago de las porciones hereditarias en metálico debidas, supone la resolución de la partición realizada, debiendo procederse, si así lo desean los legitimarios acreedores, a una partición ordinaria. Sobre este punto ha matizado ROCA SASTRE que, no actuando la resolución de forma automática[370], existe en realidad una *condición resolutoria potestativa (si volet)*, por parte de los legitimarios perceptores del dinero que hubieren sido

---

[368] Vid. "Comentarios..." cit., EDERSA, Tomo XI, pág. 507-508 ; y "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 2082-2083. Ello a no ser que por los interesados se convenga en darle en carácter de condición resolutoria que habrá de constar expresamente (ibídem).

[369] Vid. LACRUZ BERDEJO - SANCHO REBULLIDA ("Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 393) ; PANTALEÓN PRIETO (op. cit., pág. 1448) y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ ("Compendio..." cit., pág. 263).

Asimismo, a juicio de DOMÍNGUEZ LUELMO se puede hablar de condición resolutoria en sentido lato ("El pago en metálico..." cit., pág. 212 y ss). Pero advierte, a pesar de ello, que no estamos en presencia de una verdadera condición pues, si así fuera, la resolución o pérdida de los derechos adquiridos se produciría *ipso iure* en el momento de cumplirse la condición. Por el contrario, en el caso estudiado, el evento futuro no puede considerarse evento condicional. El pago en dinero de la legítima es un acto debido, y las consecuencias del incumplimiento no entran en juego por efecto de una condición negocial, sino como consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico. Así pues, la ineficacia que se produce en caso del impago del metálico, es una facultad que se confiere a los legitimarios impagados para poner fin a la relación obligatoria que les une con los adjudicatarios de los bienes, y que tiene por finalidad invalidar el negocio jurídico de conmutación (op. cit., pág. 216).

Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en relación a los adjudicatarios de los bienes, la falta de pago actúa de forma parecida a una condición resolutoria ya que, tras la conmutación se convierten en titulares exclusivos de los bienes adjudicados; si pagan en plazo, sus titularidades concretas adquieren el carácter de definitivas, si no pagan, se resuelven. En cambio, para los perceptores del metálico, la falta de pago actúa como una condición suspensiva, puesto que, si no cobran en plazo, recuperan su condición de cotitulares del caudal relicto (cfr. op. cit., págs. 106-107).

[370] Los más autorizados civilistas han estimado que, aunque el artículo 844 parece suponer que la resolución es automática, es más razonable entender que es preciso una manifestación de voluntad en tal sentido, a fin de optar por la comunidad hereditaria y dejar sin efecto la conmutación en metálico de las porciones hereditarias (vid. LACRUZ - SANCHO : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 393 ; VALLET : "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 2082 ; DOMÍNGUEZ LUELMO : "El pago en metálico..." cit., pág. 209 ; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA : op. cit., pág. 105 ; etc.).

impagados en el tiempo legal o convenido, ya que el efecto resolutorio de las adjudicaciones de bienes y la consiguiente partición ordinaria únicamente se produce si tales legitimarios deciden optar por la resolución y no por la acción de cumplimiento de la obligación de pago dineraria[371].

Solicitada por los hijos o descendientes acreedores del metálico la resolución de la conmutación realizada, ésta actuará *ex tunc*, quedando sin efecto la anterior partición (y con ella las adjudicaciones de bienes hereditarios realizadas), y surgirá de nuevo la comunidad hereditaria entre todos los hijos y descendientes, debiendo procederse a una nueva partición según las reglas ordinarias.

Además, junto a las adjudicaciones de bienes a los hijos o descendientes claudican también las posteriores enajenaciones o gravámenes de los mismos efectuadas sin la concurrencia de los otros legitimarios ; dichos actos de disposición serán declarados ineficaces a instancia de cualquiera de los legitimarios impagados que ejercite la facultad de resolución consagrada en el artículo 844.2º C.c., salva siempre la protección al tercero de buena fe[372].

E) <u>Las garantías del pago de la cuota hereditaria de los legitimarios no adjudicatarios</u>

El artículo 844 del Código Civil establece una doble medida de seguridad para garantizar la obligación de pago de la porción hereditaria de los legitimarios excluidos : por un lado, las garantías legales del legatario de cantidad (art. 844.1º in fine) y, por otro, como hemos visto, la posibilidad de resolver la partición realizada y exigir una partición normal en caso de impago en el plazo convenido o legal (art. 844.2º).

---

[371] Cfr. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. : op. cit., pág. 61.

[372] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 393 ; PANTALEÓN PRIETO, F. : op. cit., pág. 1450.

Ciertamente, la posibilidad de obtener el pago en bienes sucesorios, (reflejo de la subsistencia de la cualidad de *pars bonorum* de la legítima), a través de una nueva partición, supone la máxima garantía para el legitimario, de manera que no haría falta anotación preventiva alguna[373], pero, para que la partición pueda llegar a hacerse efectiva, es necesario evitar a toda costa la entrada en juego de la protección de los terceros adquirentes de buena fe respecto de los bienes hereditarios, pues, en caso contrario, la garantía de la que hablamos quedaría burlada al no poder traerse todos los bienes hereditarios a nueva partición.

Por ello, y en consonancia con el artículo 844.2º del Código Civil, la reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 3215/1982, de 12 de Noviembre, dio una nueva redacción al artículo 80 de éste, que en su número segundo regula la inscripción de los bienes adjudicados a los hijos o descendientes con la obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás, con el aviso a los terceros del carácter claudicante de la inscripción así practicada, a menos que conste la nota marginal de pago de las cuotas hereditarias de los legitimarios[374]. Se evita así la existencia de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral.

Antes de la reforma del Reglamento, creíase aplicable al caso el artículo 15 de la Ley Hipotecaria (que, como vimos, es la garantía más adecuada para asegurar el pago en metálico de las legítimas en el supuesto del artículo 1056.2º C.c.) ; y aún hoy día tal postura es sostenida por numerosos juristas, considerando éstos que el supuesto perfilado por la disciplina de los artículos

---

[373] Así lo afirma VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 2083.

[374] La Exposición de Motivos de dicho Real Decreto nos dice : *"En aras a la adaptación del Código Civil, se precisan los documentos necesarios para que la adjudicación al hijo o descendiente con la obligación de pago en metálico de la cuota de los demás acceda al Registro y el saludable aviso de que los terceros conozcan el carácter claudicante de la inscripción así practicada, a menos que conste la nota marginal de pago de las porciones hereditarias de los legitimarios".*

841 y ss. del C.c. encaja perfectamente en dicha norma, mejor que en las referentes a la anotación preventiva de los legatarios de cantidad, por lo que debe darse junto a ésta y al lado de la posibilidad de resolución de la partición[375].

No compartimos esta opinión, ya que creemos que precisamente lo que ha hecho el artículo 80.2 R.H. es adaptar el artículo 15 L.H. al nuevo supuesto de pago en metálico regulado por el Código Civil en los arts. 841 y ss, configurando así una garantía específica y más adecuada al régimen de éstos. Además, las porciones conmutables a través del artículo 841 C.c. no coinciden siempre y obligatoriamente con las legítimas, de forma que el artículo 15 L.H. resulta insuficiente para su protección[376].

Como hemos adelantado, la proposición final del art. 844.1º C.c. concede a los perceptores del metálico las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad. Esta garantía es la anotación preventiva de legado prevista en el art. 42.7º L.H., y desarrollada por los artículos 48 y ss de la propia Ley y los concordantes del Reglamento. Se trata de una anotación del *valor* del legado, no del legado en sí[377], y su virtualidad consiste en la separación de los inmuebles sobre los que recae que quedan sujetos a la necesidad de responder por el valor del legado anotado; además, pedida

---

[375] Así lo entendió VALLET DE GOYTISOLO antes ("Comentarios..." cit., EDERSA, tomo XI, pág. 506) y después ("Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 2082) de la reforma del Reglamento Hipotecario : *"Pero es difícil de entender que se hayan atribuido a los asignatarios del dinero las insatisfactorias — por insuficientes y breves — garantías legales correspondientes al legado de cantidad. De una parte, su supuesto parece encajar mucho más en la hipótesis del art. 15 LH, referida al «legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo»".*

De la misma opinión son LACRUZ BERDEJO (vid. LACRUZ - SANCHO : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 393) y VATTIER FUENZALIDA (vid. op. cit., pág. 758) ; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA (vid. op. cit., págs.1030-1032).

[376] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 205. Por la no aplicación se inclinan también ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (op. cit., pág. 56), y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (op. cit., págs. 102-104).

[377] Vid. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. : op. cit., pág. 518.

dentro del plazo de ciento ochenta días desde la muerte del testador, establece una *reserva de rango hipotecario* a favor de los legatarios[378]. Estamos, por tanto, ante un procedimiento que asegura el crédito en metálico de los legitimarios excluidos, útil a los fines de que, resultando impagado éste una vez que el plazo ha transcurrido, dichos legitimarios prefieran el cobro del dinero antes que la resolución de la partición según el artículo 844.2º C.c.

La anotación preventiva de la que tratamos otorga diferentes niveles de protección, según se solicite dentro o fuera de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador. En el primer caso, se podrá pedir sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia bastantes para cubrir el valor del legado, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros ; sin que sea obstáculo para la práctica de la anotación el hecho de que otro legatario la haya obtenido también sobre ellos (art. 48 L.H.).

Tal y como se ha dicho, esta anotación supone una reserva de rango hipotecario, pues el artículo 49 L.H. impide al heredero inscribir o anotar su derecho durante ese plazo, a no ser que los legatarios renuncien expresamente en escritura pública a la anotación, no hagan uso de su derecho antes de treinta días a contar desde la notificación en la que se les comunica la solicitud del heredero de inscribir o anotar o hayan sido satisfechos de sus legados y el pago se acredite. Asimismo, el legatario que ha anotado su derecho en dicho plazo será preferido para el cobro de su legado y en cuanto al importe de los bienes, a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquier otro que, con posterioridad a la anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados (art. 50 L.H.). Tal preferencia lo será igualmente respecto de los legatarios que hubieren descuidado la anotación en el término de los indicados ciento ochenta días (art. 51.1º) ; pero los que la efectúen, no tendrán ninguna preferencia entre sí (art. 51.2º L.H.).

[378] Ibídem.

La anotación preventiva también podrá pedirse fuera del plazo señalado, mas, en este caso, sólo será posible solicitarla sobre los bienes que subsistan en poder del heredero y únicamente surtirá efecto contra los que con posterioridad a la misma hayan adquirido del heredero algún derecho sobre los bienes anotados. El legatario anotante, en este caso, no tendrá preferencia alguna ni respecto a los que hayan obtenido la anotación, ni en cuanto a los que no la hubieren pedido (arts. 52, 53 y 54 L.H.).

Y, en cuanto a la duración de la anotación realizada a favor del legatario, establece el artículo 87 L.H. que será de un año a partir de su fecha ; pero, si el legado no fuere exigible a los diez meses, se considerará subsistente la anotación hasta dos meses después de la fecha en que pueda exigirse.

Estas anotaciones preventivas de legado tienen la naturaleza propia de las anotaciones de *tipo constitutivo*, por lo que atribuyen a los legatarios un verdadero derecho de realización de valor[379].

El régimen legal de esta garantía, así como su naturaleza[380], se ha considerado por la doctrina difícilmente encajable con la regulación de los artículos 841 y ss. acerca de las cuotas hereditarias que se trata de asegurar.

La primera dificultad, a juicio de DOMÍNGUEZ LUELMO, radica en que dicho régimen está pensado para los casos en que la anotación cubra una cifra concretada en el testamento, lo cual no ocurre en el supuesto de los preceptos que examinamos, en el que, según resulta del artículo 847 C.c., para fijar la suma a pagar habrá de estarse al valor que tuvieren los bienes al

[379] Cfr. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. : op. cit., pág. 530.

[380] Afirma ROCA SASTRE que, siendo las legítimas pagaderas en dinero propiamente una *pars bonorum* hasta tanto no sean abonadas definitivamente la anotación, que asegura una *pars valoris* es absolutamente inadecuada (vid. op. cit., pág. 56).

tiempo de la liquidación[381]. La consecuencia de todo ello será la casi imposibilidad de obtener la anotación preventiva en el plazo de los ciento ochenta días contados desde la muerte del testador y, con ella, la reserva de rango registral que es la parte más interesante de la garantía[382].

Para obviar esta dificultad, se ha propuesto por algunos autores el inicio del cómputo del plazo de ciento ochenta días en el momento de la conmutación, es decir, una vez liquidadas las porciones hereditarias a abonar y aprobada dicha liquidación. Así lo han entendido PANTALEÓN[383] y DE LA CÁMARA[384], para quien la garantía que la anotación proporciona debe ser adaptada al supuesto que nos ocupa, ya que puede resultar muy útil a los legitimarios en los casos en que, transcurrido el plazo legal o convenido sin haber cobrado, "prefieran cobrar lo que se les debe en buen dinero en vez de tener que involucrarse en una nueva partición".

Y por lo que respecta a la caducidad de la anotación preventiva en el supuesto de los artículos 841 y ss., ésta tendrá lugar[385] :

a) Si rige el plazo legal anual para el pago por no haberse pactado otra cosa : transcurridos dos meses a partir del mismo.

b) Si el plazo se ha ampliado por acuerdo : transcurridos dos meses desde la fecha de vencimiento del plazo pactado.

c) Si mediante pacto se ha reducido el plazo legal, hay que distinguir : si el plazo es de diez meses o más, transcurridos dos meses desde el

---

[381] Cfr. "El pago en metálico..." cit., pág. 200.

[382] Así lo advierten ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (vid. op. et loc. últ. cit.).

[383] Vid. op. cit., pág. 1444 : *"... es claro que los citados preceptos requieren ser adaptados al específico supuesto que nos ocupa. Porque,...; es evidente que el plazo de ciento ochenta días contemplado en ellos no puede comenzar a computarse a partir de la muerte del testador, como establece literalmente el art. 48 de la L.H. ; ya que es perfectamente posible, e incluso muy probable, que a los seis meses de la muerte del testador no se hayan determinado aún definitivamente las sumas a satisfacer a los legitimarios perceptores del metálico".*

[384] Cfr. "Compendio..." cit., pág. 264.

[385] Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F. : op. cit., pág. 1445.

vencimiento de dicho plazo ; y si el plazo fijado es menor de diez meses, transcurrido un año desde la fecha de la anotación preventiva.

No obstante, mucho más conforme con la institución de los artículos 841 y siguientes es, como dijimos, la garantía ofrecida por el art. 80.2º R.H., la cual manifiesta el carácter resoluble de las adjudicaciones realizadas, impidiendo así que terceros adquirentes puedan alegar el principio de la fe pública registral.

Dispone este precepto que "la inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del C.c., y se llevarán a cabo :

a) Si se trata de adjudicación practicada por el testador, en virtud del testamento de éste si la contuviere, y, en otro caso, se acompañará, además, la escritura pública en que se contenga.

b) Si se trata de adjudicación practicada por contador-partidor, en virtud del testamento del causante, de la escritura pública otorgada por aquél en que se contenga la adjudicación con fijación de la cuantía de los haberes de los legitimarios y, en su caso, del documento público acreditativo de haberse conferido al contador dativo tal facultad.

En ambos supuestos deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial.

El pago de la porción hereditaria de los legitimarios se hará constar por nota marginal mediante el documento público que lo acredite".

Expirado el plazo legal o el convenido (que habrá de expresarse en la inscripción[388]), no habiendo cumplido los asignatarios de los bienes su

[388] Sobre las circunstancias que habrán de constar en la inscripción, vid. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. : op. cit., págs. 65 y 68.

obligación de pago, la partición podrá resolverse, insistimos, a solicitud de cualquiera de los legitimarios impagados, debiendo traerse todos los bienes a nueva partición, sin que ningún adquirente del atributario(s) pueda oponer la protección de la fe pública, ya que el Registro manifiesta (en virtud del art. 80.2º R.H.) que toda disposición de los bienes adjudicados, como la misma adjudicación, son resolubles por el impago.

Una cuestión queda por resolver en relación con las garantías inmobiliarias : se trata de la eventualidad de que, incumplida la obligación de pago en plazo, algunos de los legitimarios opten por la realización de una nueva partición (art. 844.2º C.c.) y otros por la percepción del metálico, a través de la realización del valor de los inmuebles sobre los que habían practicado anotación preventiva. Pensamos (en contra de CÁMARA[387]) que del artículo 844.2º, al declarar éste la *caducidad* de la conmutación si transcurrido el plazo no ha tenido lugar el pago, resulta que con que sólo uno de los legitimarios quiera traer todos los bienes a partición ordinaria, la misma habrá de realizarse, de modo que únicamente un acuerdo entre todos los legitimarios podría evitar una nueva partición. Además, hay que tener en cuenta que, siendo las garantías siempre accesorias a la obligación que aseguran, extinguida la obligación de pago en metálico (lo cual ocurrirá si se opta por la resolución), se extinguirá también la garantía proporcionada por la anotación preventiva de legado.

Hasta ahora hemos estudiado tan solo las garantías inmobiliarias del pago de la cuota hereditaria debida a los legitimarios, sin embargo, no

[387] Este autor, tras señalar lo dudoso de la cuestión, no ve, *"en verdad, inconveniente mayor en que uno de los destinatarios del metálico prefiera, corriendo los riesgos consiguientes, conservar su crédito. En ese caso la partición se realizaría entre los demás interesados. Por ejemplo, si el testador ha instituido a sus tres hijos A, B y C por partes iguales concediendo a A el derecho para quedarse con toda la herencia, y ejercitada la opción y producido el impago C decide conservar su crédito contra A, la masa hereditaria se repartiría entre A y B en la proporción de 1/3 para B y 2/3 para A, quien continuaría siendo deudor de C por la suma resultante a favor del último en la liquidación. Ahora bien, admitida esta tercera vía, si C hubiese anotado preventivamente su derecho, la carga que la anotación representa tendría que ser tenida en cuenta para fijar las relaciones entre A y B".*

podemos cerrar los ojos ante el hecho de que existen patrimonios, algunos de ellos de gran importancia, cuya composición es principalmente mobiliaria. En el caso concreto de la empresa mercantil, objeto de nuestro trabajo, es sumamente frecuente no encontrar entre los bienes organizados que la conforman ningún bien inmueble, pues es común que incluso la sede física donde la actividad se desarrolla se tenga en virtud de una relación arrendaticia.

Ante tales evidencias, propone LACRUZ que los legitimarios han de gozar en el caso de los artículos 841 y ss., en cuanto acreedores, de la garantía universalista consistente en *poder oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se le pague o afiance* (art. 1082 C.c.)[388]. Para PANTALEÓN, por el contrario, tal tesis resulta discutible, ya que los acreedores a que se refiere el art. 1082 son los de la herencia, mientras que los hijos o descendientes cuyas cuotas han sido conmutadas no son acreedores de la herencia, sino de sus hermanos conmutantes, que responderán del pago de los créditos con todos sus bienes, hayan o no aceptado la herencia a beneficio de inventario[389].

A nuestro juicio, en beneficio de los hijos o descendientes no adjudicatarios, conviene entender con DÍEZ PICAZO y GULLÓN, que deben ser tratados como acreedores hereditarios, porque su derecho a percibir del causante un *quantum* en bienes hereditarios, se ha transformado por sus disposiciones en un derecho a exigir determinada cantidad de dinero[390]. Además, creemos que en este punto se deben evitar las cuestiones puramente

[388] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., págs. 392-393. Opinión que comparte VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : "Comentario..." cit., Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 2082.

[389] Cfr. op. cit., pág. 1446.

[390] Cfr. op. cit., pág. 482.

dogmáticas, pues de lo que se trata es de arbitrar los medios necesarios para que los hijos o descendientes excluidos puedan asegurar su derecho[391].

Sugiere PANTALEÓN, por otra parte, la aplicación al caso del artículo 800 C.c., ya que, en su opinión, aunque la norma está pensada para condiciones suspensivas potestativas negativas, desde el punto de vista práctico son equiparables a las condiciones resolutorias. De este modo, los hijos o descendientes conmutantes, antes de entrar en posesión de los bienes hereditarios, deberían afianzar suficientemente la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, para el supuesto de eventual impago en el plazo legal o convencionalmente establecido[392].

A tales garantías añade LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA la oportunidad de solicitar que se pongan los muebles en administración hasta que el pago se realice o transcurra el plazo sin haberse llevado a cabo, por analogía de lo dispuesto en el artículo 801 C.c.[393]. Y, en fin, DOMÍNGUEZ LUELMO, siguiendo a la profesora TORRES GARCÍA[394], apunta la posibilidad de pedir alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 1428 L.E.C.[395]; el juez valorará las probabilidades de alteración de las cosas muebles que componen la herencia, y adoptará la decisión más adecuada en cada caso, cabiendo tanto el embargo preventivo, como el depósito judicial de cosa mueble, el secuestro o depósito judicial, e incluso la prohibición de enajenar[396].

---

[391] Así lo expresa DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., pág. 206.

[392] Cfr. op. cit., pág. 1452.

[393] Cfr. op. cit., pág. 112.

[394] Vid. op. cit., pág. 375, nota al pie nº 143.

[395] Vid. arts. 721 y ss. de la nueva Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que regulan las medidas cautelares.

[396] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. : "El pago en metálico..." cit., págs. 206-208.

Según el autor, en el caso de los artículos 841 y ss., para acreditar la existencia del *fumus bonis iuris* basta con aportar el testamento del causante y la notificación escrita del adjudicatario(s) comunicando la decisión de pago en metálico. Por otro lado, la existencia del

II. ATRIBUCIÓN DE LA EMPRESA A UNA PLURALIDAD DE SUCESORES

Hasta ahora hemos trabajado con la hipótesis de que el empresario testador quisiera atribuir su empresa a un solo sucesor, para lo cual hemos tratado de localizar las vías que el Código Civil le brinda a estos fines, sin que los derechos de los legitimarios queden perjudicados. En el presente epígrafe, sin embargo, abordaremos el estudio de las soluciones que el Derecho Civil de Sucesiones y el Derecho Mercantil de Sociedades ofrecen al testador que desee transmitir la empresa a todos o a algunos de sus sucesores.

Ciertamente, es frecuente y comprensible que el empresario con varios hijos, aun en el caso de que considere que uno de ellos es el más capaz para la continuación del negocio (incluso en supuestos en que éste colabora con él en su ejercicio y los demás han orientado su vida profesional por otros derroteros), no quiera excluir a ninguno de sus descendientes de los beneficios que potencialmente puede reportar un bien como la empresa, sobre todo si ésta es rentable y constituye el objeto más valioso de su patrimonio.

En este sentido, ya advirtió PUIG BRUTAU que precisamente la finalidad primordial del testamento del empresario es, principalmente, *"hacer compatible la unidad de dirección de la empresa con la pluralidad de la participación en sus beneficios"*[397].

---

periculum mora, requisito igualmente para la adopción de este tipo de medidas, es patente a su juicio, ya que el legitimario corre el riesgo de ver frustrado su derecho por los actos de disposición del heredero adjudicatario que, en último término, harían imposible la aplicación del apartado 2º del artículo 844 C.c., en cuanto a la resolución de la partición (cfr. "El pago en metálico..." cit., págs. 206-207).

[397] Vid. "El testamento..." cit., pág. 847.

A juicio del autor existe una profunda diferencia entre la transmisión de la empresa agrícola (sobre todo en las regiones de Derecho Foral o especial) y la empresa mercantil, pues, mientras normalmente *"la primera se apoya en la solución simplista y rigurosa de ligar la*

Para compatibilizar la transmisión unitaria de la empresa y su conservación en la segunda generación con la participación colectiva en los beneficios, no bastarán al testador, en la mayoría de los casos, las normas civiles, sino que habrá de acudir a las reglas mercantiles del Derecho de Sociedades, a fin de encontrar la solución más idónea para garantizar una correcta y poco traumática transmisión de su negocio.

La primera posibilidad que el Derecho de Sucesiones abre al empresario testador, es la prohibición de la división de la empresa caída en sucesión, imponiéndoles su ejercicio en comunidad (art. 1051 C.c.). Tal veto de dividir, combinado, por ejemplo con una mejora de cuota en favor del hijo considerado más apto para la gestión del complejo empresarial, facilita (aunque no garantiza) una compatibilidad entre la siempre conveniente unidad de dirección de la empresa y la participación colectiva en los beneficios. No obstante, las soluciones más seguras para garantizar tal propósito vienen de la mano del Derecho Mercantil y, mas concretamente, como veremos, de las normas sobre sociedades ; y, por último, otras respuestas a las necesidades de la sucesión ofrecen también las técnicas de disociación de activos. Todas estas posibilidades y los problemas que las mismas plantean es lo que vamos a estudiar a continuación.

1. IMPOSICIÓN POR EL TESTADOR DEL EJERCICIO DE LA EMPRESA EN COMUNIDAD : LA PROHIBICIÓN DE DIVISIÓN DEL ARTÍCULO 1051 DEL CÓDIGO CIVIL

conservación de la empresa a la institución del heredero único con apartamiento bastante radical (con legítimas a veces simbólicas o muy cortas) de los demás hijos, la empresa mercantil, en cambio, busca una solución que nos parece más humana, al procurar que los hijos que no estén llamados a la dirección de la empresa no queden por ello excluidos de sus beneficios" (op. últ. cit., págs. 849-850).

En la línea de la tradición romana y del Código Civil napoleónico, nuestro Código mira con disfavor la comunidad hereditaria, considerando la situación de indivisión como antieconómica para el tráfico y fuente de conflictos. Por esta causa, concede a cada comunero en el artículo 1051 (pórtico de las normas reguladoras de la partición) un derecho imprescriptible de solicitar la división de herencia. Según dicho precepto : *"ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia"*[398], pero añade : *"a menos que el testador prohiba expresamente la división. Pero aun cuando la prohiba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad"*.

De esta manera, separándose del modelo francés, permite el Código Civil español que el testador prohiba expresamente la división de la herencia, lo que, en el caso de que ésta consista en una empresa, se traduce en la imposición de su ejercicio en comunidad. Efectivamente, el empresario puede considerar conveniente la continuación en proindiviso de la empresa por parte de sus sucesores, ya sea por estimar que la misma no podrá sobrevivir al pago (aun en metálico) de las legítimas individuales ; ya sea por la voluntad de no desigualarlos patrimonialmente[399] o, aunque desigualándolos (a fin de propiciar la unidad de dirección que beneficiará, sin duda, a la empresa), puede no querer excluirlos, como anteriormente dijimos, de los futuros rendimientos del complejo empresarial ; podría también ocurrir que los hijos sean menores o incapaces y el viudo perfectamente apto para llevar el negocio, que incluso puede ser ganancial (dos divisiones terminarían con la prosperidad de cualquier pequeña o mediana empresa).

[398] Consecuentemente, el artículo 1052.1° dispone : "Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia".

[399] Son tales los posibles orígenes de este planteamiento sucesorio a juicio de VALLET MÁS (vid. op. cit., pág. 224).

Por cualquiera de los indicados motivos, puede estimar adecuado el empresario el establecimiento de la prohibición de dividir la empresa heredada, prohibición que sólo podrá consignar en testamento[400].

En el Derecho Comparado, el artículo 713 del Código Civil italiano prevé igualmente la posibilidad de que, por voluntad del testador expresada en testamento, se suspenda temporalmente el derecho a pedir la división consagrado en la misma norma en dos casos: primero, cuando todos o algunos de los instituidos sean menores de edad, en cuyo supuesto puede el testador disponer que la partición no tenga lugar hasta transcurrido un año desde el cumplimiento de la mayoría de edad por el menor de ellos; y, en segundo lugar, aun no existiendo menores, puede el testador prohibir la partición de toda o parte de su herencia durante el periodo máximo de cinco años[401].

La primera posibilidad de suspender la partición en presencia de menores, se encontraba ya en el Código de 1865, pero la segunda constituye total novedad.

---

[400] Vid. PUIG BRUTAU, J.: "Fundamentos..." cit., págs. 373-374; asimismo SANCHO REBULLIDA, F., en la obra: "Derecho de Sucesiones" de LACRUZ BERDEJO, edición de 1961, cit., pág. 468, donde advierte: *"El art. 1051 reserva esta facultad al testador; si ello no se considera como defecto de redacción, resulta: a) que no puede ejercitarla quien no otorgue testamento; b) puede, en cambio, imponerla quien declare testamentariamente su voluntad de que su herencia se defiera conforme a las normas de la sucesión intestada; y c) que, si se interpreta sólo literalmente, habiéndose otorgado testamento, la prohibición puede imponerse fuera de él. Tratándose de una facultad excepcional, habrá que interpretarla restrictivamente y reservarla al causante que otorgue testamento y, seguramente, para ejercitarla dentro de él".*

En el mismo sentido se ha pronunciado MUÑOZ DE DIOS (vid. "La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas", tomo VI, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 627) y, siguiendo a éste, FERNÁNDEZ GIMENO (vid. op. cit., pág. 251).

[401] Dice el artículo 713 C.c. it. en sus tres primeros números: *"1. I coeredi possono sempre domandare la divisione. 2. Quando però tutti gli eredi istituiti o alcuni di essi sono minori di età, il testatore può disporre che la divisione non abbia luogo prima che sia trascorso un anno dalla maggiore età dell'ultimo nato. 3. Egli può anche disporre che la divisione dell'eredità o di alcuni beni di essa non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un termine non eccedente il quinquennio".*

La doctrina ha señalado que la *ratio* de ambas hipótesis de suspensión reside en un particular interés del testador por mantener unido el mayor tiempo posible el patrimonio hereditario, movido tal vez prudentemente por circunstancias objetivas o, incluso, por preferencias subjetivas más o menos altruistas[402].

De todas formas, de esta obligación de continuar en comunidad pueden los coherederos ser liberados, a instancia de uno o más de ellos, por resolución del juez, el cual, cuando concurran graves circunstancias, puede ordenar la disolución inmediata, o fijar un plazo más breve que aquél establecido[403] (art. 713.4 C.c. it.[404]).

En el ordenamiento alemán, encontramos también una norma que permite al testador la suspensión de la partición, así el parágrafo 2044 B.G.B. dispone que el causante puede excluir la partición por disposición de última voluntad ya sea en relación a todo el caudal relicto o a objetos particulares del mismo, y puede asimismo hacerla depender de la observancia de un plazo de denuncia. Dicha prohibición de partir deja de producir efectos cuando han transcurrido treinta años desde la muerte del testador. Sin embargo, el causante puede ordenar que la disposición deba valer hasta la producción de un determinado acontecimiento en la persona de un coheredero (v. gr.: "mientras viva mi cónyuge") o, en caso de que ordene una sucesión sucesiva o un legado, hasta que aquélla tenga lugar, o hasta la adquisición provisional del legado. No obstante, si el coheredero en cuya persona debe producirse el

---

[402] Cfr. FORCHIELLI, P.: "Della divisione", en la obra colectiva: "Commentario del Codice Civile", dirigida por A. SCIALOJA y G. BRANCA, Libro II, Delle Successioni, Nicola Zanichelli Editore - Soc. Editrice del Foro Italiano, Bologna, Roma, pág. 48.

[403] Cfr. CICU, A.: "Succesioni per causa di morte. Parte Generale", vol. XLII. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1961, pág. 382.

[404] *"Tuttavia in ambedue i casi l'autorità giudiziaria, qualora gravi circonstanze lo richiedano, può, su istanza di uno o più coeredi, consentire che la divisione si effectui senza indugio o dopo un termine minore di quello stabilito dal testatore".*

acontecimiento es una persona jurídica, ha de estarse al plazo de treinta años[405].

SUDHOFF pone de manifiesto cómo en supuestos de sucesión hereditaria en la empresa el causante hace uso de tal disposición, a fin de excluir la partición en lo que al patrimonio empresarial se refiere, por ejemplo hasta que el continuador elegido alcance la edad de 30 años. Incluso son posibles otras modificaciones ; así pues, frente a la norma que permite a todo coheredero solicitar la partición (§ 2043 B.G.B.), puede el causante ordenar que ésta sólo se produzca por petición de la mayoría o que sólo pueda exigir la división de la empresa heredada el cónyuge viudo[406].

Finalmente, hemos de reseñar que no existe en el Código Civil francés ninguna disposición semejante a las que hemos visto, pues el artículo 815.1º, al consagrar el derecho de todo coheredero a demandar la partición de la herencia, excluye tan sólo dicha posibilidad en caso de que convencionalmente o por resolución judicial se acuerde la prórroga[407]. En este sentido, señala el profesor GRIMALDI que dicho precepto se impone al *de cuius*, quien no puede obligar en su testamento al mantenimiento de la indivisión, porque las dos únicas excepciones que la ley establece al principio general son la convención y el acuerdo judicial[408].

---

[405] Dispone el § 2044 B.G.B. que *"1. Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände ausschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist machen. Die Vorschriften des § 749 Abs. 2, 3, der §§ 750, 751 und des § 1010 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung. 2. Die Verfügung wird unwirksam, wenn dreißig Jahre seit dem Eintritte des Erbfalls verstrichen sind. Der Erblasser kann jedoch anordnen, daß die Verfügung bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben oder, falls er eine Nacherbfolge oder ein Vermächtnisses gelten soll. Ist der Miterbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist".*

[406] Cfr. op. cit., págs. 38 y 39.

[407] *"Nul peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, a moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention".*

[408] Cita GRIMALDI al respecto la sentencia de 5 de Enero de 1977 (D. 1977, 173). Jurisprudencia que afirma válida siempre, incluso a partir de la ley de 31 de Diciembre de 1976, que suprimió de dicho párrafo 1º del art. 815 que consagra la división forzosa, las

Volviendo al Derecho Civil español y común, se ha discutido largamente por la doctrina científica si el testador, al imponer la indivisión, está sometido a algún límite temporal y, más concretamente, si es de aplicación al caso el plazo máximo de diez años previsto por el artículo 400.2º del Código Civil para los supuestos de pactos de proindivisión durante un tiempo determinado. Las opiniones sostenidas sobre el tema pueden clasificarse fundamentalmente en cuatro grupos: a) Aplicación del plazo de los diez años del mencionado precepto; b) Fijación del límite en veinte años, consecuencia de sumar a los diez años permitidos por el artículo 400.2 C.c. los otros diez que la misma norma permite prorrogar por convención; c) Aplicación al supuesto de los límites del artículo 781 C.c.; d) No existencia de límite temporal alguno. Analicemos las distintas posibilidades:

a) Aplicación del plazo de diez años del artículo 400.2º del Código Civil[409].

En apoyo de esta postura se ha alegado la simetría existente entre el párrafo 1º del artículo 400, por una parte, y los respectivos párrafos primeros de los artículos 1051 y 1052, por la otra; de donde resulta obligada la

palabras "nonobstant *prohibition* et conventions contraires" (cfr. "Droit Civil. Successions", 5ª edición, Litec, París, 1998, pág. 783, nota al pie, nº 843-1º).

En el mismo sentido TERRÉ y LEQUETTE afirman: *"Seuls les indivisaires peuvent convenir de retarder le partage. Ce droit n'appartient donc pas au testateur"* (vid. "Droit civil. Les successions. Les liberalités", 3ª edición, Dalloz, París, 1997, pág. 681).

Por la negativa acerca de la posibilidad de que el testador prohiba la partición se decantan también PLANIOL y RIPERT (vid. "Tratado Práctico de Derecho Civil", tomo IV, Las sucesiones, La Habana, 1945, pág. 556), mientras COLIN y CAPITANT muestran sus dudas al respecto (vid. "Curso Elemental de Derecho Civil", Editorial Reus, S.A., Madrid, 1927, págs. 224 y 225).

[409] Son de esta opinión: FERRANDIS VILELLA (vid. "La comunidad hereditaria", Bosch, Barcelona, 1954, págs. 163-164); SANCHO REBULLIDA (op. et loc. cit.); SÁNCHEZ ROMÁN (vid. "Estudios de Derecho Civil", tomo VI, vol. 3º, 2ª edición, Madrid, 1910, pág. 1985); a los que se añaden O'CALLAGHAN MUÑOZ (vid. "Compendio de Derecho Civil, tomo V, Derecho de Sucesiones", Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1999, pág. 397) y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI ("Curso de Derecho Hereditario", Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 96, nota al pie nº 34).

aplicación analógica del segundo párrafo del 400 y la fijación en diez años del límite de la facultad prohibitiva del testador[410]. A esta razón hay que añadir lo ilógico que resultaría otorgar un mayor poder en esta materia al testador que a los herederos : si éstos, a pesar de las ventajas que puedan apreciar en el mantenimiento de la indivisión, sólo pueden convenirlo durante diez años, no hay por qué admitir que el testador pueda imponer un plazo más amplio[411].

b) Fijación del límite temporal en veinte años.

Defendió esta posición el comentarista SCÆVOLA, quien afirmó que *"no valiendo pactos expresos contrarios a la partición de la herencia por mayor término de diez años, prorrogables, a todo lo más, por otro igual periodo,..., es de deducir lógicamente que el testador tampoco deberá traspasar,..., esos veinte años que, como plazo máximo, se fija en la única parte del Código en que el legislador impone sus órdenes acerca de materia tan relacionada con la que ahora exponemos, como lo están las ideas de especie y género"*[412].

c) Aplicación al supuesto de los límites establecidos por el artículo 781 del Código Civil.

MUÑOZ DE DIOS, a la hora de señalar los límites temporales a la voluntad del testador, sostiene la posible aplicabilidad como tope máximo del

---

[410] Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. : op. et loc. cit.

En sus "Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones", (cit.) LACRUZ y SANCHO dudan, sin embargo, de la conveniencia de la aplicación de tal límite al supuesto que analizamos, ya que el art. 1051 constituye una regla nueva y especial, mediante la cual el Código persigue *"unas finalidades concretas que no podrían acaso cumplirse si existiera la limitación temporal del artículo 400 ; y si en el segundo párrafo del propio art. 1051 hay una limitación temporal específica, sin alusión alguna a la de los diez años, es que dicho precepto ha de interpretarse autónomamente y sin ponerlo en relación con el relativo a la copropiedad, dirigido a resolver cuestiones distintas"* (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. y otros : "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 113).

[411] Cfr. FERRANDIS VILELLA, J. : op. cit., pág. 164.

límite consignado en el art. 781 C.c. (que no pase del segundo grado, o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador) y ello por las siguientes razones[413] :

1ª) Puesto que el art. 781 C.c. es aplicable, por remisión del 785.2º, a las prohibiciones y limitaciones temporales que el testador imponga sobre los bienes que deje a sus herederos en propiedad individual, no se entiende por qué no habrá de regir también en las prohibiciones que establezca sobre los bienes que deje en régimen comunitario.

2ª) Si el testador puede ordenar una prohibición de disponer dentro del límite temporal del art. 781, también podrá imponer una prohibición de división dentro de dicho límite, por aplicación del conocido principio jurídico de que "quien puede lo más (prohibición dispositiva), puede lo menos (prohibición divisoria)". Y ello porque la prohibición de disponer — dice el autor — encierra un mayor grado de limitación que la de dividir, pues mientras que la primera vulnera el dogma económico y jurídico de la libre circulación de los bienes, cercenando una de las facultades preferentes que integran el dominio, la segunda solamente limita la simple conversión de las participaciones ideales y abstractas en partes concretas y determinadas.

d) No existencia de límite temporal alguno[414].

---

[412] Cfr. Comentario del artículo 1051 C.c., en "Código Civil", tomo XVIII, revisado y puesto al día por P. Marín Pérez, 2ª Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, págs. 331-332.

[413] Cfr. op. cit., págs. 631-635.

[414] Sostienen esta postura MANRESA (vid. "Comentarios al Código Civil", tomo VII, 7ª edición revisada por Bonet Ramón, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, pág. 691) ; ROCA SASTRE (vid. "Notas al Derecho de Sucesiones de KIPP..." cit., vol. II, pág. 25) ; CASTÁN TOBEÑAS (vid. "Derecho Civil Común y Foral", tomo VI, vol. 1º, 7ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, pág. 262) ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. Comentario del art. 1051 C.c., en el "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2472) ; JORDANO BAREA (vid. "La explotación agrícola comunitaria", en "Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas", Tomo V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 367-368) ; LACAL FUENTES (vid. "La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho Positivo", R.C.D.I., VII, 1931, pág. 579) ; DÍEZ PICAZO y GULLÓN (vid. "Sistema..." cit., vol. IV, págs. 575-576) y VALLET

Los juristas que abogan por tal tesis se fundan en la consideración de que el legislador redactó el precepto con gran amplitud, de modo que el mismo no impone límite alguno. Además, la finalidad perseguida por el testador al prohibir la partición de la herencia podría frustrarse si se entendiese que transcurrido un plazo determinado cualquier heredero pudiese pedir la división, amén de que el propio artículo 1051 señala los supuestos en que cesan los efectos de la prohibición remitiendo a las causas de extinción de la sociedad[415]. En este sentido se ha dicho también que la ley parifica la comunidad hereditaria impuesta por el testador con la sociedad, por lo que han de regir las normas de la misma y no las de la comunidad de bienes[416].

La polémica doctrinal sobre el asunto da muestras suficientes de la complejidad del tema, máxime cuando razones de peso avalan tanto la aplicación del razonable límite de diez años del artículo 400.2º, como su no aplicación sobre la base de considerar que se trata de dos supuestos independientes y con finalidades distintas. Por otra parte, si se estimase que la prohibición de dividir tiene características análogas a la de disponer, no sería ilógico aplicar al caso el límite del artículo 781, habida cuenta de que se trata de un límite pensado precisamente para prohibiciones impuestas por el testador en su testamento.

Respecto a esta última posibilidad de la aplicabilidad de los límites establecidos en el art. 785.2º que remite al 781, ambos del Código Civil, hay que decir que doctrina y jurisprudencia han estado de acuerdo en entender que dicho párrafo alcanza a toda figura que, aun sin usar la fórmula de prohibir la enajenación de los bienes dejados, establezca la vinculación de los

MÁS, para quien la prohibición de división en el caso de que en la sucesión exista una empresa, tiene dos límites claros, que resultan de la finalidad del principio de continuidad y conservación de la empresa : la vida del continuador y la vida de la empresa como tal (vid. op. cit., págs. 232-233).

[415] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : op. últ. cit., pág. 2472.

[416] Vid. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. : op. et loc. últ. cit.

mismos[417]. Ahora bien, la prohibición por parte del testador de partir su herencia ¿guarda analogía con las prohibiciones testamentarias de disponer, tal que justifique la aplicación de la consecuencia jurídica prevista para éstas ?

A nuestro juicio, dicha aplicación analógica no es procedente al tratarse de dos supuestos de hecho muy diferentes. En efecto, si se pone atención en el artículo 348 del Código Civil, definidor del derecho de propiedad y sus facultades, se observará que la prohibición de disponer constituye un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus* (S.T.S. de 13 de Diciembre de 1991[418]). En este sentido, se ha puesto de manifiesto por algún autor que *"el derecho de enajenar se relaciona con un principio de orden público económico, el de la libertad de comercio. Es grave hacer a un bien inalienable por múltiples motivos: se falsea el mercado, algunos autores entienden que se hace al bien inembargable y por último se pueden llegar a frustrar las expectativas de los acreedores del propietario"*[419]. Es por ello por lo que el ordenamiento mira con disfavor tales vinculaciones de bienes, de modo

---

[417] Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M. : Comentario del art. 785 C.c., en la obra colectiva "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1941.

[418] R.J.A. 1991/9713.

Afirma el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia : *"...En la actualidad, la materia ante el evidente directo silencio legal (en cuanto no de otra forma pueden calificarse las disposiciones de los citados arts. 781 y 783 C.civ.), la doctrina y la jurisprudencia han venido respecto del tema poniendo una cierta atención en el art. 348 C.civ., relativo a la propiedad y sus facultades, interpretaciones que a su vez vienen tomando en consideración, al menos en cierto modo y con la mirada puesta en el vigente art. 3.1 del mismo Cuerpo legal y el 33.1 y 2 CE, el cambio experimentado por ese derecho de dominio y propiedad, antes de una plenitud casi absoluta y actualmente sujeto a cada día mayores limitaciones, en cuanto considerado como derecho a la vez que función dotado de evidente carácter social bien que sin olvidar su proyección individual. De acuerdo con ello y al margen de las limitaciones que la ley imponga, respecto de las cuales ha de estarse a lo que cada una de las normas limitativas del ius disponendi establezcan ; proyectando la atención sobre las impuestas por la voluntad del particular o particulares, es de señalar, que el más generalizado criterio doctrinal y dentro de sus escasas manifestaciones también del jurisprudencial, nos indican, que siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del dominus, la del ius disponendi, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc."*.

[419] Cfr. CAÑIZARES LASO, A. : "Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la S.T.S. de 26 de Julio de 1993)". A.D.C., 1995, págs. 419-420.

que su interpretación habrá de hacerse con criterio restrictivo, exigiéndose asimismo (según la mejor doctrina moderna) una fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer[420].

Por contra, la cláusula estudiada, en la que el testador prohibe la partición del caudal relicto, no limita el tráfico de los bienes, ni los excluye del mercado ; los herederos pueden disponer libremente de sus cuotas, sin que nada les impida enajenarlas o gravarlas, no hay, pues, vinculación de bienes que justifique la aplicabilidad del precepto indicado.

Por lo que a las demás soluciones enunciadas atañe, la tantas veces útil vía de acudir a la doctrina del Tribunal Supremo tampoco arroja luz al problema, sobre todo porque la jurisprudencia acerca del tema es escasa, casi inexistente, a excepción de la antigua sentencia de 12 de Diciembre de 1958[421] que da cuenta de un testamento en el que el causante había prohibido la división del caudal "mientras viva su mujer", estableciendo para el que reclame la legítima la sanción de ser privado del tercio de mejora[422].

---

[420] Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. : "La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer", La Ley 1983-1, págs. 1122-1126, donde se hace un estudio de las posiciones a favor y en contra de la exigencia de fundamento o interés legítimo para el establecimiento de la prohibición.

En esta línea, vid. la S.T.S. de 13 de Diciembre de 1981, en el Fundamento transcrito en la nota al pie nº 22, y la R.D.G.R.N. de 21 de Abril de 1949 (R.J.A. 1949/546), la cual estableció : *"Que bien supongan las prohibiciones de disponer una alteración interna del derecho, una falta de capacidad o una limitación a la facultad de disponer de la finca, en cuanto entrañan una restricción sancionada por la Ley al ejercicio de un derecho subjetivo, han gozado de escasa simpatía en las modernas leyes civiles, por lo cual los Tribunales solamente admiten su validez cuando sean temporales y estén justificadas por una finalidad seria y legítima, sancionando los actos realizados en contra de las mismas con la simple nulidad y excepcionalmente la resolución del derecho del favorecido".*

[421] R.J.A. 1958/3828.

[422] VALLET DE GOYTISOLO, quien también hace eco del problema con cita de doctrina científica, pero sin decantarse personalmente por una postura concreta, señala cómo en su vida profesional ha conocido y seguido la práctica de ordenar indivisión durante la vida del cónyuge viudo o mientras el menor de los herederos no alcanzare determinada edad (vid. Comentario del art. 1051 C.c., en la obra colectiva dirigida por M. ALBALADEJO : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo XIV, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 102 ; e igualmente en su artículo "Constitución testamentaria de sociedad anónima entre los descendientes del causante en el Derecho Común español", A.A.M.N., 1991, tomo XXX, vol. 1º, pág. 577).

Nosotros, no obstante, preferimos inclinarnos por la aplicación al supuesto del artículo 1051 del límite máximo de los diez años que el Código Civil establece para los pactos de indivisión, y ello porque ésta es regla general de la comunidad ordinaria, y la doctrina ha entendido aplicables las normas de aquélla a la hereditaria ante la ausencia en el Código de regulación específica para la segunda[423]. Además se trata de un plazo de indivisión razonable que el empresario podrá imponer a sus sucesores y si, transcurrido el mismo, éstos desean continuar el ejercicio empresarial en común, podrán pactar una nueva prórroga, como permite el propio art. 400 C.c. No creemos — lo afirmaba FERRANDIS[424] — que el respeto a la voluntad del testador y su reconocimiento como ley de sucesión, haya de llevarse hasta el punto de admitir que pueda obligar a los herederos a lo que ellos no podrían obligarse aunque quisieran.

En su párrafo segundo el artículo 1051 C.c. formula una excepción al principio de que el testador puede vetar la división, disponiendo que, pese a tal prohibición, *"la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad"*. Esto es, la indivisión impuesta por el testador puede perder su eficacia si concurren determinadas circunstancias, pues el testador es libre de imponer testamentariamente que su patrimonio se explote en comunidad, pero ahí termina el reinado de su voluntad, después serán las circunstancias las que aconsejen o determinen si esa indivisión ha de mantenerse o no.

Y asimismo LACAL FUENTES, advierte que *"la comunidad constituida por mandato del testador tiene carácter forzoso y ha de ser respetada por los herederos, subsistiendo hasta el fallecimiento del cónyuge superviviente, término de duración que comúnmente se le señala"* (op. cit., pág. 579).

[423] Vid., por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F y otros: "Elementos de Derecho Civil, V..." cit., pág. 101.

[424] Vid. op. cit., pág. 164.

Estas circunstancias son las recogidas en el artículo 1700 C.c., regulador de los modos de extinguirse la sociedad (al que, como hemos visto, remite el 1051.2º). Ahora bien, estas causas se refieren al supuesto societario y tienen como presupuesto la existencia de un contrato, por lo que su aplicación no será inmediata, sino que se plantea el problema de hasta qué punto y con qué temperaciones son transladables al caso de la comunidad hereditaria impuesta por el testador :

1ª) La sociedad se extingue cuando expira el término por que fue constituida (art. 1700.1º C.c.).

Aplicando *mutatis mutandi* tal causa a la comunidad hereditaria forzosa, obtenemos que la misma se disolverá cuando ha transcurrido el plazo de indivisión impuesto por el testador, pues este "término por el que fue constituida" no puede ser otro en nuestro caso que el que el causante haya fijado para el aplazamiento de la partición[425].

Vuelve aquí, por consiguiente, a plantearse la cuestión de si es aplicable el límite de diez años del artículo 400 o si, por el contrario, rige el artículo 1680, el cual, en sede de sociedades, dispone que *"la sociedad dura por el tiempo convenido"*, sin señalar un plazo máximo[426]. Nosotros, ya con anterioridad nos hemos decantado por la aplicabilidad del límite de los diez años del precepto indicado ; de modo que, a nuestro juicio, impuesto por el testador un plazo para el ejercicio de la empresa en indivisión, la comunidad se extinguirá al expirar éste, de acuerdo con el art. 1700.1º, mas, en el caso de que el plazo previsto testamentariamente exceda de los diez años, la partición podrá tener lugar una vez transcurridos éstos.

---

[425] En este sentido SCÆVOLA (op. cit., tomo XVIII, pág. 331).

[426] Esta es la opinión sostenida por DE LA CÁMARA (vid. Comentario al art. 1051... cit., pág. 2472).

2ª) La sociedad se extingue cuando se pierde la cosa, o se termina el negocio que le sirve de objeto (art. 1700.2º C.c.).

Ambas circunstancias pueden concurrir en el caso de la comunidad hereditaria impuesta sobre una empresa :

a) Pérdida de la empresa.

Si el patrimonio empresarial se pierde o desaparece es lógico que se extinga también la prohibición, pues no se puede mantener una indivisión sobre algo inexistente. Ahora bien, si la empresa se pierde sólo en parte (pérdida de una sucursal o de una rama de producción, etc.), no termina la prohibición, que continuará sobre los bienes del patrimonio empresarial que subsistan[427].

b) Terminación del negocio que constituía la finalidad del ejercicio empresarial en común.

Ciertamente es natural que la terminación del negocio lleve consigo la ineficacia de la prohibición, pues al quedar la empresa sin cometido y sin razón de existir, lo oportuno será proceder a la liquidación y división de su patrimonio[428].

Esta causa tiene fácil aplicación en los supuestos en que la empresa tiene un solo objeto[429], pero la dificultad surge cuando se trate de una empresa

[427] Cfr. MUÑOZ DE DIOS, M. : op. cit., págs. 637-638.

[428] Cfr. MUÑOZ DE DIOS, M. : op. cit., pág. 638.

[429] Tal objeto único puede incluso estar sometido a un plazo concreto de vigencia. Es el caso de una empresa dedicada a la explotación de una concesión administrativa sujeta a reversión al Estado, o de una patente de invención cuya vida legal pueda terminar por caducidad, o bien cuando el objeto consiste en la realización de una obra determinada (Ibídem).

con actividades diversas, en cuyo caso subsistirá la prohibición mientras permanezca la posibilidad de desarrollar una sola de dichas actividades, salvo que se demuestre que ésta ya no es rentable, pues no es posible pensar que el testador quiso imponer a sus herederos una actividad ruinosa para su patrimonio[430]. Antes bien, siendo la finalidad de la prohibición el hacer posible el principio de conservación de la empresa, aquélla no tendrá más virtualidad cuando dicha conservación sea innecesaria por la falta de productividad y rentabilidad de la empresa comunitaria.

3ª) La sociedad se extingue por muerte, insolvencia, incapacitación o declaración de prodigalidad de cualquiera de los socios y en el caso de embargo y remate de la parte correspondiente a un socio en el fondo social (arts. 1700.3º y 1699 C.c.).

A pesar de que algún autor ha cuestionado la conveniencia de aplicar tales causas de extinción al supuesto de la comunidad hereditaria impuesta por mandato testamentario del causante[431], se han señalado dos razones fundamentales para la aplicación de dichas circunstancias extintivas a la indivisión por voluntad del testador: el carácter personalista del vínculo que une a los miembros que integran este tipo de comunidad y la recíproca confianza, necesaria para el correcto desenvolvimiento de la misma[432].

En efecto, el vínculo que une a los coherederos que habrán de explotar la empresa del testador en común por voluntad de éste es de carácter *personalísimo*. El empresario causante ha decidido establecer la prohibición de indivisión precisamente porque, conociendo las cualidades personales de sus herederos, confiaba en que lo mejor para la continuidad y conservación de su empresa y lo más beneficioso económicamente para sus sucesores sería

---

[430] Ibídem.

[431] En tal línea se pronuncian DÍEZ PICAZO y GULLÓN (vid. "Sistema..." cit., vol. IV, pág. 576).

[432] Cfr. MUÑOZ DE DIOS, M. : op. cit., pág. 540.

explotarla en comunidad. De ahí que todas las circunstancias que puedan suponer la desaparición de un coheredero, y su sustitución por otras personas, constituyan causa para poder solicitar la partición de la herencia (muerte de un coheredero, su incapacitación, embargo y remate)[433].

Por otra parte, la explotación de la empresa en comunidad sólo será posible en un clima de mutua confianza, por lo que todas las circunstancias que puedan sembrar recelo y desconfianza entre los coherederos serán también causas de extinción (insolvencia y declaración de prodigalidad)[434].

Ahora bien, la posibilidad que el artículo 1704 abre en relación con el 1700.3º, permitiendo a los socios pactar que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan o, incluso, la entrada en la misma del heredero del fallecido[435], plantea la duda siguiente : ¿puede el testador imponer que, pese a la concurrencia de las circunstancias del artículo 1700.3º, continúe el ejercicio de su empresa en comunidad ?

MANRESA y LACAL admitieron tal posibilidad para todos los supuestos contemplados en el precepto que examinamos, es decir, no únicamente para los casos de muerte de un coheredero (al que, como hemos dicho se refiere el art. 1704 C.c.), sino también para todos los demás (insolvencia, incapacitación, declaración de prodigalidad y embargo y remate)[436].

---

[433] Ibídem.

[434] Ibídem.

[435] Dice el artículo 1704 C.c. : *"Es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante ; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día".*

[436] MANRESA Y NAVARRO, J. M. : op. cit., tomo VII, pág. 692 ; LACAL FUENTES, P. : op. cit., págs. 580-581.

En contra : entre otros, MUÑOZ DE DIOS, quien, admitiendo la cláusula testamentaria de continuación en caso de muerte, niega la posibilidad de extender la permisividad de la misma a los demás supuestos al no existir un precepto legal, como el 1704, en que basar la

Más restringidamente, algunos autores han entendido procedente la aplicación analógica del art. 1704 C.c. al supuesto de que el testador quiera imponer la continuación de la comunidad de empresa, en caso de muerte de uno de los coherederos, entre los sobrevivientes y los herederos del premuerto[437]. Para MUÑOZ DE DIOS, si los herederos pueden pactar libremente que, en el supuesto de morir uno de ellos, la comunidad continúe entre los herederos del premuerto y los sobrevivientes, es posible suponer que la facultad que la ley concede a los herederos habrá de reconocérsele con igual razón al testador, dueño absoluto de los bienes ; además, en este caso, la comunidad se mantendría dentro del mismo círculo hereditario-familiar en que se constituyó, pues al ser los sucesivos herederos continuadores de la personalidad de sus respectivos causantes, se puede considerar por una ficción legal, como si la comunidad siguiera funcionando con sus primitivos y originarios comuneros[438].

Semejante posibilidad es negada por DE LA CÁMARA, quien considera improcedente invocar la aplicación analógica de ese precepto que presupone un pacto entre los socios (en el caso concreto se trataría de un pacto entre los coherederos que sería eficaz en tanto no sobrepasare el plazo máximo del art. 400.2º), a los límites que acotan la potestad prohibitiva del testador[439].

A nuestro entender, no existe inconveniente alguno en principio (y en espera de pronunciamiento jurisprudencial) para que el testador (cuya voluntad

analogía, y por tratarse de unos supuestos que excederían del círculo hereditario, al dar entrada en la comunidad a personas extrañas a la misma, lo que desnaturalizaría el carácter personalista, que constituye uno de sus fundamentos básicos (cfr. op. cit., pág. 645).

[437] Es la opinión defendida por el citado en la anterior nota, MUÑOZ DE DIOS (vid. op. cit., págs. 644-645), por DÍEZ PICAZO y GULLÓN (vid. "Sistema..." cit., vol. IV, pág. 576) y VALLET MÁS (vid. op. cit., pág. 232), autor que incluso recomienda la introducción de esta cláusula en el testamento del empresario que desee que su empresa se continúe en comunidad, a fin de garantizar la durabilidad de ésta.

[438] Cfr. op. cit., pág. 645.

[439] Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : Comentario del art. 1051... cit., pág. 2472.

es la ley que ha de regir los futuros destinos de su patrimonio) pueda exigir que la indivisión de su herencia no finalice por la muerte de uno de los coherederos, siempre y cuando ésta tenga lugar en el plazo citado de diez años a partir de la apertura de la sucesión. Si dicha indivisión es posible imponerla a los herederos, no vemos por qué no puede ordenarse también a los herederos del coheredero fallecido o a los coherederos sobrevivientes, dado que es resultado al que los mismos pueden llegar por pacto.

Contrariamente a CÁMARA, no creemos que el hecho de que el art. 1704 C.c. refiera la posibilidad sólo al pacto entre los socios sea argumento bastante para negar que la continuación pueda imponerla el causante, pues éste puede en su testamento disponer lo que entienda conveniente mientras no sea contrario a las leyes ni a las buenas costumbres, y tal prohibición de partir la herencia, si no sobrepasa el límite temporal máximo del art. 400.2º es perfectamente lícita.

4ª) La sociedad se extingue por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707 (art. 1700.4º C.c.).

SCÆVOLA estimó inaplicable esta causa de extinción de las sociedades al supuesto que estudiamos por la razón de que si los coherederos *"pudieran libremente disolver la comunidad que se les impuso, a nada venía autorizar a dicho testador para prohibir expresamente la partición"*[440], y en el mismo sentido se pronunció SÁNCHEZ ROMÁN[441].

[440] Cfr. op. cit., tomo XVIII, pág. 333.

[441] Apreció este autor que si basta la voluntad de un heredero *"para anular la prohibición expresa de división de la herencia hecha por el testador, no se explicaría que se hubiera establecido esa limitación por el art. 1051 al derecho de los coherederos, para no ser obligados a permanecer en la indivisión de la herencia, y ser posible que pidan en cualquier tiempo que se divida,.."* (op. cit., pág. 1985).

Para establecer si tal circunstancia de extinción puede o no trasladarse al caso regulado en el art. 1051, debemos de distinguir, a nuestro juicio, las dos hipótesis que el art. 1700.4º C.c. engloba :

La primera consiste en la sociedad para la que no se ha señalado plazo de duración o no resulta éste de la naturaleza del negocio. En tal caso, dispone el art. 1705 que la disolución de la sociedad podrá tener lugar por la voluntad o renuncia de uno de los socios ; si bien para que tal renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno y ponerse en conocimiento de los otros socios.

Esta hipótesis no creemos que pueda darse en el caso de la imposición por el testador del ejercicio comunitario de la empresa, pues, en estos casos, la indivisión impuesta tiene un límite temporal determinado por la finalidad a la que la misma atiende : el principio de conservación de la empresa. Aun así, y a los fines de evitar el juego del artículo 1705 recomienda VALLET MÁS que el testador exprese la finalidad que le guía para imponer la prohibición[442].

La segunda hipótesis es la de la sociedad constituida por tiempo determinado, ya sea por disposición del contrato o por la naturaleza del negocio. En la misma no puede un socio reclamar la disolución de la sociedad a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios, u otro semejante, a juicio de los Tribunales (art. 1707 C.c.). Dicho supuesto lo entendemos aplicable a la comunidad hereditaria de empresa por voluntad del testador, pues sería injusto obligar a los coherederos a permanecer en la indivisión ante la concurrencia de tales circunstancias sobrevenidas con las que el causante, al imponer la indivisión, no pudo contar. Además, en semejantes situaciones la explotación en comunidad sería contraproducente para la conservación de la empresa, por lo difícil que se haría la dirección de la misma.

[442] Vid. op. cit., pág. 232.

El hecho de que el artículo 1051.2º del Código Civil remita para la división de la comunidad impuesta a las causas de extinción de la sociedad, ha impulsado a un sector doctrinal a estimar que el testador, al prohibir la división, ha establecido entre sus herederos una *especie de sociedad*, por lo que es lógico que ésta se extinga por las mismas circunstancias por las cuales se extinguiría la que voluntariamente hubiesen podido crear sus herederos[443].

En este sentido, para JORDANO BAREA, cuando por voluntad del causante *ex* art. 1051 C.c. la comunidad se erija en forma duradera de explotación de una empresa, este solo hecho determinará la superposición de una sociedad sin personalidad sobre la comunidad subyacente[444]. *"En estos casos* — opina — *el causante impone la existencia de una sociedad como carga de la atribución testamentaria, naciendo aquélla por la declaración de voluntad del testador contenida en su testamento, junto con las declaraciones de voluntad de sus herederos contenidas en los respectivos negocios jurídicos de aceptación de la herencia deferida sub modo"*[445].

Así pues, hemos de cuestionarnos si la imposición del testador del ejercicio de la empresa en comunidad equivale al establecimiento de una

---

[443] Son palabras de MUÑOZ DE DIOS (vid. op. cit., pág. 628).

Esta postura la mantienen autores de la importancia de DÍEZ PICAZO (vid. "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 324 o PAZ-ARES (vid. Comentario del art. 1669 C.c., en la obra colectiva "Comentario del Código Civil", tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1371).

[444] Cfr. "La explotación agrícola comunitaria".. cit., pág. 367.

[445] Ibídem.

Y añade que *"no cabe argüir en contra que una automática conversión de la comunidad hereditaria en sociedad no está prevista por ninguna norma de nuestro sistema positivo, el cual, por el contrario exige unas expresas declaraciones de voluntad y formas de constituir la sociedad. Porque, de un lado, está la clara disposición del art. 1051.2º C.c., y de otro, está el precepto del art. 1669 C.c. que permite la existencia de sociedades irregulares, sin personalidad jurídica, no constituidas en forma, pese a lo cual continúan siendo sociedades..."* (op. últ. cit., pág. 368).

sociedad entre los coherederos, sociedad que sería interna o, a lo sumo, irregular[446].

Bajo nuestro punto de vista, el paso insensible desde una comunidad impuesta por el testador al amparo del artículo 1051 C.c. a una sociedad entre los sucesores, aun en el caso en que el objeto de la comunidad sea una empresa y a pesar de que se haya dicho (con razón) que la comunidad de bienes, como forma de organización de la empresa colectiva es institución absolutamente inadecuada, constituye un salto lógico que no nos parece fácil de admitir, sobre todo partiendo de la base de que la sociedad nace, por regla general, de un contrato (decimos por regla general porque no pueden olvidarse las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada unipersonales, las cuales nacen de un negocio jurídico unilateral formado por la declaración de voluntad de la persona que como socio quiere constituir la sociedad[447], única excepción al carácter contractual de la sociedad).

La sociedad es, por tanto, un contrato de naturaleza organizativa, de carácter duradero y de colaboración, en el que el consentimiento exento de vicios ha de recaer sobre todo el contenido del contrato[448]. Nos parece, por ello, inconcebible que la voluntad del testador imponiendo que su empresa no se divida entre los sucesores ejercitándose en común por éstos, pueda suplir el consentimiento de los coherederos, los cuales, si bien es cierto que al aceptar la herencia a ellos deferida conocen esa imposición de indivisión del testador, la voluntad expresada en la aceptación se refiere a que quieren adir

[446] Según ha afirmado la doctrina las sociedades irregulares se distinguen de las internas u ocultas en que las primeras manifiestan de alguna forma su existencia a los terceros (vid. SÁNCHEZ CALERO, F. : "Instituciones de Derecho Mercantil, Tomo I, Introducción, Empresa y Sociedades", Vigésima segunda edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 233).

[447] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 216.

[448] Cfr. LOJENDIO OSBORNE, I. : "Las sociedades mercantiles", en la obra colectiva dirigida por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ : "Derecho Mercantil", tomo I, Ariel S.A., Barcelona, 1997, pág. 162.

En el mismo sentido, vid. URÍA, R. : "Derecho Mercantil", Vigésimo cuarta edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, págs. 167 y 168.

la herencia a la que han sido llamados y en las condiciones en que lo han sido (esto es, en una indivisión y no, a no ser que el testador expresamente lo diga, en una sociedad).

Ciertamente, la distinción entre comunidad de bienes y sociedad no está clara en nuestro ordenamiento y es siempre polémica al existir múltiples criterios de diferenciación, todos ellos parciales y criticables[449], sin embargo, aun así, parece claro que la sociedad es siempre un estado querido, no un estado sufrido nacido de una situación de hecho no buscada[450]. Pues bien, en el caso del artículo 1051.1º C.c. quien realmente quiere dicho estado es el testador, los herederos más bien lo sufren.

Se ha señalado doctrinalmente como uno de los criterios de diferenciación entre sociedad y comunidad que mientras que la sociedad es entidad buscada, la comunidad sería una situación producida involuntariamente, es decir, de forma incidental. A tal criterio se ha objetado que una comunidad puede surgir también por acuerdo de los comuneros, que resuelven mediante contrato poner en común determinados bienes[451]. Ciertamente, la comunidad puede nacer incidentalmente o de un contrato[452];

---

[449] La doctrina sobre el tema es amplísima. Recoge dichos criterios MARÍN LÁZARO en su ya clásico artículo "Sociedad y Comunidad", R.D.P., 1942, págs. 690-698, y concretamente 695 y ss.

Especialmente interesante es el artículo de ALBALADEJO: "La distinción entre comunidad y sociedad", A.C. 1995-3, págs. 669-683, con abundante cita de bibliografía y jurisprudencia.

[450] Cfr. QUESADA GONZÁLEZ, M. C.: Comentario de la S.T.S. 6 de Octubre 1994, C.C.J.C., 1995, pág. 290.

[451] Cfr. ALBALADEJO, M.: "La distinción..." cit., págs. 670-671.

[452] Esta es la opinión sostenida por la mayoría de la doctrina y también por la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Así MARÍN LÁZARO (op. cit., pág. 695) advierte que *"si bien lo más frecuente es que la comunidad se derive de un hecho involuntario, como una herencia o un legado, también puede constituirse en virtud de un contrato; verbigracia: cuando varias personas compran una cosa para dividirla o aceptan conjuntamente una donación"*. Igualmente BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO estima que la comunidad puede tener un origen convencional en nuestra legislación (vid. "La comunidad de bienes en Derecho Español", Editorial Revista de

sin embargo, es claro que el origen de la sociedad es siempre voluntario[453] : la unión de carácter societario se establece siempre por la voluntad de las partes[454].

Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 41). En el mismo sentido se pronuncian MANRESA (vid. "Comentarios al Código Civil español", tomo III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 8ª edición revisada y puesta al día por F. RICO PÉREZ, 1976, pág. 480) ; SCÆVOLA ("Comentarios del Código Civil", tomo VII, 4ª edición revisada y puesta al día por ORTEGA LORCA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 290) ; CAPILLA RONCERO (vid. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", coordinados por M ALBALADEJO, tomo XXI, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 133).

Defiende también esta postura el profesor D. Bernardo MORENO QUESADA, según el cual es posible en nuestro Derecho una verdadera comunidad convencional *"— que no sería una sociedad — tanto si se autodota de reglas organizativas, como si por no entrar en ello, al faltar contrato (regulador), haya de regirse por las normas del título II de Libro II del C.c., de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2º del artículo 392 del C.c. El respeto a la autonomía de la voluntad, el no obligar a «caer» en la sociedad a quienes expresamente desean «permanecer» en comunidad abona, con carácter general esta solución..."* (cfr. "La naturaleza jurídica de la comunidad contractual", R.F.D.U.G., Homenaje al Profesor Miguel Motos Guirao, II, nº 10, Granada, 1986 [2º cuatrimestre], pág. 292).

En contra de esta tesis se manifiesta MÍQUEL GONZÁLEZ, para quien *"...por un contrato solamente no pueden adquirirse inmediatamente derechos en común, porque del contrato no nacen derechos comunes, sino al contrario derechos y obligaciones de unos contra otros (art. 1254). Solamente el cumplimiento de un contrato que obligue a poner en común, puede hacer surgir la comunidad, pero este contrato o es un contrato de sociedad (art. 1655 : «...se obligan a poner en común...») o se asemeja mucho a un contrato de sociedad y, a falta de otras reglas, que no existen en el título de la comunidad, se regirá por analogía por el contrato de sociedad, entre las que está ciertamente el art. 1669 con su remisión a las reglas de la comunidad de bienes, pero debe entenderse adecuadamente esta remisión. Es erróneo apelar al art. 392 II para probar que una comunidad pueda nacer de un contrato inmediatamente o mediatamente sin ser un contrato de sociedad o análogo, esto es de un contrato de comunidad, porque lo que dice este precepto a contrario es que si hay contrato no se aplican las reglas del título de la comunidad..."* (Vid. Comentario del artículo 392 C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1069-1070). De esta opinión discrepa con múltiples fundamentos el profesor MORENO QUESADA (vid. op. cit., págs. 286 y ss.).

[453] Dice MÍQUEL GONZÁLEZ (vid. op. cit., pág. 1070) que *"si no existe contrato entre los presuntos socios, no hay posibilidad de hablar de sociedad"*.

[454] En este sentido la S.T.S. de 21 de Diciembre de 1970 (R.J.A. 1970/5606) que resolvió un caso en el que un interesado interpuso retracto de comuneros por haber vendido otro su participación en el negocio Editorial Revista de Derecho Privado que había sido atribuida en su testamento proindiviso por el fundador a sus herederos. El Juzgado desestimó la demanda por estimar existente una sociedad, pero la Audiencia resolvió que se trataba de comunidad, siendo, en consecuencia, procedente el retracto de comuneros. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso y, entre otras cosas afirmo que : *"...de igual manera que la comunidad, incluso la convencional si no tiene finalidad de lucro no puede ser sociedad, tampoco la comunidad con fin de lucro será sociedad si no es convencional"* (CDO. 3º).

Podría decirse en contra de lo que hemos argumentado que, en realidad, el testador cuando hace uso de la facultad consagrada en el artículo 1051.1º C.c. no está estableciendo una sociedad entre los herederos, sino imponiendo a éstos la condición de que la constituyan. Pero esta es cuestión muy distinta; la imposición de la constitución de una sociedad y la preordenación de la misma en el propio testamento es perfectamente posible y nos ocuparemos de ella en el epígrafe siguiente, mas no pensamos que a tal resultado pueda llegarse mediante una mera prohibición de indivisión, el camino es muy otro; no puede deducirse de la simple expresión del causante de su voluntad de mantener la indivisión la existencia de un modo o, mucho menos, una condición de constituir una sociedad mercantil.

Muy otra cosa sería también que los propios coherederos manifestaran expresa o tácitamente su voluntad de colaboración mutua, de asociarse y conjugar sus cualidades para el ejercicio empresarial, lo cual revela según el Tribunal Supremo una *affectio societatis* o *animus contrahendi societatis*[455], que da lugar a una sociedad. Pero este supuesto, no debemos olvidarlo, excede de la situación simple de la que partimos: la imposición por el testador del ejercicio en indivisión, sobre la base del artículo 1051.1º C.c.

Hemos de concluir que, a nuestro entender y de acuerdo con ALBALADEJO, no porque en este caso la comunidad impuesta por el testador recaiga sobre una empresa se ha de entender que se trata de una sociedad, pues la distinción entre empresa y sociedad no se funda en que *"objetivamente, y con independencia de la voluntad de las partes haya en un caso sólo uso y disfrute y en el otro explotación, sino en que subjetivamente en un caso haya habido voluntad de sociedad, y en el otro no"*[456].

---

[455] S.T.S. 6 Octubre 1994. R.J.A. 1994/7546.

[456] Cfr. "La distinción..." cit., págs. 676-677.

Dados los muchos problemas que la explotación y gobierno de la empresa en comunidad entraña, debido a las reglas de la unanimidad, mayoría y el perturbador recurso a la autoridad judicial (art. 398.3º C.c.); será conveniente que el testador que impone el ejercicio en común por los sucesores, determine las normas por las que la comunidad habrá de regirse, así como también el heredero que deberá ejercer de administrador y gerente de la misma, cargos que lógicamente recaerán en la persona del continuador elegido (si existe) al que el testador, como ya dijimos, habrá también mejorado en cuota a fin de asegurar la unidad de dirección[457]. Afirma VALLET MÁS que, correlativamente, parece asimismo justo prever las normas que permitan destituir al gerente designado, tanto si cesa en su actividad como si la ejercita de modo incorrecto ; en este último caso, bien exigiendo acuerdos con mayoría reforzada, bien a través de un expediente judicial paralelo al del art. 132 del Código de Comercio[458].

De todos modos, a las dificultades suscitadas por la estructura y régimen jurídico de la figura de la comunidad de bienes diseñada por nuestro Código Civil, institución inidónea, insistimos, para el gobierno de un ente dinámico y complejo como la empresa; hay que sumar la añadida responsabilidad personal e ilimitada a que quedarán sujetos todos los condueños por las resultas del ejercicio empresarial, amén de las desventajas

[457] También en la doctrina alemana se ha puesto de manifiesto las dificultades que el gobierno de una empresa presenta en situaciones de comunidad de herederos, ya que esta no es una persona jurídica. Existen problemas para determinar, de acuerdo con las reglas del B.G.B. sobre la comunidad hereditaria, quien ha de ser el que esté a la cabeza del negocio y tome las decisiones, así como quien ha de ostentar la representación ; antes bien, de la regulación legal se sigue que la administración debe llevarse a cabo por todos conjuntamente, de donde resultan no pocos problemas para la gestión de un bien como la empresa. Por ello es aconsejable, como hemos advertido, la concesión de poderes generales a uno o a varios coherederos y la modificación de la regla de la mayoría.

(Cfr. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND/ARBEITSKREIS „UNTERNEHMERSNACHFOLGE" : op. cit., págs. 138-140).

[458] Cfr. op. cit., pág. 233.

fiscales que resultan de la explotación en comunidad en el caso de que la empresa produzca muchos beneficios[459].

Por estas razones es sumamente aconsejable reflexionar acerca de si tales resultados de participación de todos los sucesores en la empresa, no pueden alcanzarse mejor mediante una disposición testamentaria que determine la constitución de cualquiera de las sociedades que regula hoy nuestro Derecho Mercantil[460]. Esta es la solución a la sucesión en la empresa que analizaremos a continuación.

---

[459] De acuerdo con el art. 10.1 de la Ley 40/98, de 9 de Diciembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las rentas procedentes de las comunidades de bienes se atribuirán a los comuneros según las normas o pactos aplicables en cada caso y, si éstos no constaran a la Administración Tributaria, se atribuirán por partes iguales. Dicha atribución determina que por dichas rentas, que tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de la que procedan, los comuneros tributarán al tipo de gravamen que les corresponda de acuerdo con las escalas de gravamen previstas en los artículos 50 (escala general) y 61 (escala autonómica o complementaria). El tipo máximo de gravamen que se puede alcanzar por la suma de los tipos de ambas escalas es del 48% a partir de una base liquidable superior a los 11.000.000 de pesetas.

Por el contrario, su tributación como sociedad mercantil supondría, de acuerdo con el art. 127 bis de la Ley 43/95, de 27 de Diciembre del Impuesto sobre Sociedades, un tipo de gravamen del 30% en el tramo de los primeros 15.000.000 de pesetas y del 35% a partir de dicha cantidad, siempre que se tratara de empresa considerada como de reducida dimensión (vid. art. 122) ; si no cupiera entenderla tal, resultaría aplicable el tipo general del 35% según el art. 26 de la citada Ley (aún considerablemente más bajo que el 48% del I.R.P.F.).

Como se puede apreciar, la comunidad de bienes como forma de explotación colectiva de una empresa, sólo resultaría fiscalmente favorable si por la imputación en la base imponible del comunero de la parte que le corresponda de la renta producida por la comunidad no se alcanzase una cantidad que determinare la aplicación de un tipo superior al 30%. A partir de dicho nivel, la tributación de la sociedad puede alcanzar como máximo el 35%, mientras que el comunero podría llegar a tributar a un 48%.

[460] Cfr. SUDHOFF, H : op. cit., pág. 39.

Afirma el autor : *"Bei dieser Rechtslage ist zu überlegen, ob nicht derselbe Efeckt besser im Wege über eine gesellschaftsvertragliche Zusatzbestimmung zu erreichen ist. Den Miterben kann im Auflagewege oder durch eine bedingte Erbeinsetzung aufgegeben werden, das väterliche Unternehmen in einer bestimmten Gesellschaftsform weiter zu betreiben oder sich an dem schon bestehenden Unternehmen in vorgeschriebener Weise zu beteiligen".*

2. LA ORDENACIÓN TESTAMENTARIA DE SOCIEDAD Y LA IMPOSICIÓN DE CONSTITUIR UNA SOCIEDAD MERCANTIL COMO CARGA O CONDICIÓN DE LA ATRIBUCIÓN MORTIS CAUSA

Siendo numerosos los descendientes del empresario creador y no existiendo, aparte de la empresa, patrimonio suficiente para compensar a los que finalmente no la recibirán ; o no queriendo el testador excluir a ningún sucesor de los beneficios (quizás pingües) que la empresa pueda en un futuro reportar, se ha apuntado como la solución más adecuada la transformación de la empresa individual en una sociedad mercantil.

De esta forma, se obvian los problemas que, como hemos visto, provoca la indivisión o situación de comunidad entre los coherederos, amén de facilitarse la consecución del doble objetivo de la participación de todos los sucesores en el valor y los rendimientos de la empresa sin dividir la dirección, si así no se desea.

En este sentido, hace más de medio siglo, DÁVILA GARCÍA citando a RADBRUCH advirtió que las unidades económicas que son las empresas "están necesitadas de conservación en medio del cambio de los hombres. Por ello han pasado de las manos perecederas de las personas naturales a las manos inmortales de las personas jurídicas, escapando, justamente, por eso, del círculo del derecho hereditario". Es decir, la experiencia confirma que cuando quiere sustraerse la empresa de las contingencias e incertidumbres del Derecho Sucesorio, se aconseja inmediatamente la constitución de un nuevo sujeto de derecho que, alentado por la libertad y dirigido por los intereses origine un estatuto jurídico propio[461].

---

[461] Cfr. "La empresa mercantil individual..." cit., pág. 576.

Y de la misma opinión es PUIG BRUTAU (vid. "El testamento del empresario" cit., pág. 852.

Ciertamente la constitución de una sociedad mercantil (que puede o no ser unipersonal según el empresario creador quiera o no dar participación a sus sucesores en la empresa ya en vida), aparece como una alternativa idónea a las dificultades de la transmisión hereditaria ; pero no debe entenderse como una panacea, antes bien, en algunos casos, particulares motivaciones económicas o fiscales desaconsejarán la transformación de la empresa individual en sociedad, decisión que debe ser sopesada y calibrada con detenimiento por el empresario.

En el Derecho Comparado, la solución a la conservación de la empresa que proporciona el revestimiento de ésta de una forma societaria, se ha mirado con favor. Así ya el alemán HEINTZENBERG afirmó que *"el Derecho de Sucesiones se manifiesta incapaz de garantizar la transmisión sin dificultades de la empresa desde las manos del causante a las de los herederos. De ahí necesariamente la consecuencia de que debe hacerse uso de las amplias posibilidades que ofrecen los actos inter vivos, a fin de sustraer la empresa de los avatares de la sucesión hereditaria, con su insuficiente regulación jurídica para este caso especial, y preparar y realizar, ya en vida del empresario, el paso de una generación a la siguiente. La concesión de participación a todos los herederos forzosos en la empresa del causante por acto entre vivos y su simultáneo enlace a través de un contrato de sociedad aparece como solución apropiada frente a las dificultades hereditarias"*[462]. Efectivamente, la doctrina ha entendido que mediante el revestimiento de la empresa con los ropajes societarios, la existencia de ésta deviene independiente de la vida del empresario creador, garantizándose una continuidad que no se limita a una sola generación (como ocurre, en el mejor de los casos, con el mero testamento), sino que se extiende a las generaciones futuras[463].

---

[462] Cfr. Die Einzelunternehmung im Erbgang. Duncker & Humblot, Berlin, 1957.

[463] En Alemania han aconsejado esta solución la mayoría de los autores que se han ocupado de la transmisión mortis causa de la empresa, así junto al ya citado HEINTZENBERG se alinean : PETER, K. ; PETZOLDT, R. y WINKLER, K. : "Unternehmernachfolge, Testamente und Gesellschaftsverträge in der Praxis", 4 Auflage, Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 1977, págs. 69 y ss. ; JOHANNSEN, K. H. : "Die Nachfolge in

Igualmente los juristas franceses han considerado deseable la transformación de la empresa individual en sociedad, en aras de facilitar la sucesión en la empresa; y ello, sobre todo, cuando hay pluralidad de descendientes y la empresa constituye el único bien, ya que, en estos casos, entre indivisión y sociedad mercantil, es claramente preferible la segunda[464].

Ahora bien, ¿en qué momento debe constituirse la sociedad mercantil? La doctrina alemana y francesa antes citada se decanta por su constitución en vida del empresario creador, pues la adecuación a la nueva forma de explotación precisa tiempo y vigilancia[465]. De esta opinión era también VALLET

Kaufmännische Unternehmen und Beteiligungen an Personengesellschaften beim Tode Ihres Inhabers", FamRZ, 1980, Heft 12, pág. 1074 ; SUDHOFF, H. : op. cit., pág. 39 ; FASSELT, T. : "Nachfolge in Familienunternehmen", Schaffer Poeschel Verlag, Stuttgart, 1992, págs. 127-128 ; INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTCHSLAND / ARBEITSKREIS „UNTERNEHMERSNACHFOLGE" : op. cit., págs. 140-141 ; WALDNER, W. y RAUSCH, G. : op. cit., págs. 147-148.

[464] De esta opinión se muestran entre otros GAULTIER, A. : "Pérennité et succession dans les entreprises moyennes familiales", Hommes et Techniques, 1980, págs. 107 y ss. ; BERGER, P y LATXAGUE, J. A. : "La transmission des entreprises", Nouvelles Éditions Fiduciaires, 1984, págs. 68 y ss. ; LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. Y RICHEN, F. : "La transmission de l'entreprise familiale", Éditions Dalloz-Sirey, Paris, 1992, págs. 307-390 ; VIDAL, J. : "La transmission a cause de mort de l'entreprise familiale en Droit Français", Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, tome XLI, 1993, pág. 222 ; DAUBLON G. : "Entreprise et droit de propiété" (rapport), 79º Congrès des Notaires de France, Tomo I, Avignon, 1983 : L'entreprise et ses partenaires, págs. 164-166 ; LIAUZU, C. : "La transmission d'entreprise à titre gratuit", Assassinat et euthanasie des entreprises : ou les problèmes juridiques de leur transmission. Nº especial de la Sem. Jur. Cahiers de Droit de l'entreprise, nº 51/52 de 27 décembre 1984, Sup. 6/1984, págs. 7-8 ; MONNASIER, B. : "Les techniques sociétaires au service de la transmission", La transmission de l'entreprise, enjeux et perspectives. Secondes Journées René Savatier, Poitiers, 17 et 18 Mars 1988, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, págs. 61-68 ; A.A.V.V. : "L'entreprise familiale", Rev. Fid., nº 629, Juillet, 1980, págs. 137 y ss. ; BAUMERT, H. : "Succession dans la PME familiale. Prevoir pour réussir" Collection PME. Les éditions d'organisation, Paris, 1992, págs. 64 y ss. ; BIENVENU, H. : "10 Conseils pour bien transmettre votre entreprise familiale", Publi - Union Editions, Paris, 1994, págs. 71-72 ; CALLU, A. : "Le chef d'entreprise et sa succession. Guide pratique" Entreprise Moderne d'édition. Les éditions ESF, Paris, 1981, págs. 125 y ss. ; DUBREUCQ, R. : "Guide pratique de la transmission d'entreprise", ATOL Éditions, Paris, 1986 ; LAUGIER, D. : "La mise en société de l'entreprise" (rapport), 64º Congrès des Notaires de France, 1966, Royan : Le droit des sociétés au service de l'evolution des entreprises, págs. 126 y ss.

[465] La S.T.S. de 12 de Diciembre de 1958 (R.J.A. 1958/4196) resolvió un caso cuanto menos peculiar, en el que la recurrente alegaba que la constitución de una sociedad por su padre y causante en vida y con sus hijos, suponía un verdadero pacto sucesorio, por lo que pedía su nulidad en virtud del principio prohibitivo que recoge el párrafo segundo del art. 1271 del Código Civil. Según expresa el Tribunal Supremo, sin embargo, *"aquel precepto está inspirado en el sentido de prohibir, con ciertas excepciones, los pactos que regulan la herencia*

MÁS[466], quien, sin embargo, apuntó dos inconvenientes a valorar a la hora de decidir sobre el tiempo de la constitución de sociedad mercantil : "uno fiscal, la posible aparición de plusvalías tributables como consecuencia de la aportación a la sociedad, que recaerán sobre el empresario, en vida de éste, lo que quizás le resulte disuasorio. Otro, la aparición de la figura de la cesión inconsentida de local de negocio, si la empresa se desarrolla en local arrendado, que obligará a pactar previamente con el propietario arrendador, o a cumplir las formalidades del traspaso"[467]. En consecuencia, existen en ocasiones razones de peso para la constitución de la sociedad tras la muerte del causante-empresario, ordenándola éste en testamento o imponiendo su constitución como carga o condición de la atribución. Una de estas razones viene dada en la actualidad por el favorable tratamiento fiscal de la transmisión

futura de una persona, oponiéndose al dogma de que la voluntad mortis causa es esencialmente ambulatoria, pero no impide que el dueño de los bienes disponga de ellos, a los efectos de su explotación en la forma que estime conveniente a sus intereses, pues realiza un acto lícito y en este caso es claro que quien creó una empresa mercantil tenga interés en que perdure en forma regular colectiva de carácter normalmente familiar integrándola con sus hijos,..., pero es lo cierto que en la escritura de sociedad no existe pacto alguno que regule la sucesión del causante, el que posteriormente otorga testamento — en el que mejora a la recurrente — aun cuando estos bienes quedados a su fallecimiento consistieran en su participación social, que tiene un valor económico y sin que pueda deducirse el alegado pacto sucesorio de la aportación del causante a la sociedad...".

[466] Cfr. op. cit., pág. 234.

[467] En efecto, advierte CABALLERO GEA (cfr. "Ley de Arrendamientos Urbanos, 29/1994, de 24 de Noviembre", Dykinson, Madrid, 1995, pág. 354) que es doctrina del Tribunal Supremo que la constitución de una sociedad mercantil, a cuyo nombre debía girar el negocio explotado en el local, constituye siempre un cambio en la titularidad arrendaticia a favor de la nombrada compañía, cuya personalidad jurídica no puede confundirse con la de los distintos elementos subjetivos individuales que la integran : SS.T.S. 29 Abril 1963 (R.J.A. 1963/2422) ; 15 Octubre 1971 (R.J.A. 1971/4131) ; 30 Octubre 1971 (R.J.A. 1971/4517) ; 10 Marzo 1973 (1973/977) ; 21 Febrero 1987 (R.J.A. 1987/725).

Ha sostenido el alto Tribunal que la formación de una sociedad, con sede social en los mismos locales arrendados y dedicada a idéntico negocio que el que en ellos ejerce el arrendatario, constituye una cesión o traspaso del derecho arrendaticio por haberse implicado en el vínculo jurídico, que por el arrendamiento liga a la propietaria del inmueble y a los arrendatarios, una nueva personalidad (SS.T.S. 20 Octubre 1952 (R.J.A. 1952/1862) ; 8 Mayo 1987 (R.J.A. 1987/3388) ; 17 Junio 1988 (R.J.A. 1988/4936) ; 18 Octubre 1989 (R.J.A. 1989/6932).

La doctrina contraria se contiene en la S.A.P. Pamplona (S. 1ª) de 16 de Enero de 1992 (R.G.D. 589-90, pág. 10691), en la que, arrendado el local a dos personas que giran en su negocio con un determinado nombre comercial, su constitución en forma de sociedad limitada, con el mismo nombre comercial seguido de dichas siglas, y dedicada a la misma

de la empresa mercantil individual a ciertos sucesores. En efecto, el artículo 20.2 c) de la Ley 29/1987 de 18 de Diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, contempla que en los casos en que en la base imponible de una adquisición *mortis causa* que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de una persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa mercantil individual, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible una reducción del 95 por ciento del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que el adquirente falleciese dentro de este plazo. A falta de descendientes o adoptados, será de aplicación tal reducción a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes o colaterales hasta el tercer grado[468].

En cuanto a la elección de la forma concreta de sociedad a adoptar, la cuestión no permite una respuesta general, pues dependerá de los objetivos o finalidades que el empresario desee conseguir, el que se decida por uno u otro tipo social de los que nuestro ordenamiento regula.

Autores como VALLET MÁS[469] y VALLET DE GOYTISOLO[470] creyeron que la figura que mejor permite coordinar todos los intereses en juego es quizás la semidesconocida y poco utilizada sociedad comanditaria, con o sin acciones, en la que el empresario sucesor jugará el papel de socio colectivo y sus coherederos de comanditarios.

---

actividad para la que se pactó el uso del local, se decidió que no implica tal circunstancia cesión inconsentida o introducción de tercero en el negocio arrendado.

[468] En el caso de no cumplirse el requisito de permanencia deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora. No obstante, la Resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de Marzo de 1999 (Num. 2/1999, BOE 10 Abril 1999), al interpretar este requisito de la permanencia entiende que la ley establece únicamente la obligación de mantener la adquisición durante diez años, pero no exige la continuidad en el ejercicio de la misma actividad que viniera desarrollando el causante ; por tanto, simplemente debe mantenerse la titularidad y no se requiere que el adquirente siga con la actividad.

[469] Cfr. op. cit., pág. 235.

[470] Vid. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 572.

Sin embargo, la mejor doctrina mercantilista ha advertido cómo el rigor de la responsabilidad de los socios en las sociedades colectivas y comanditarias simples, sumado a las dificultades que ofrecen para el cambio de la estructura personal (al estar basadas en la recíproca confianza) y a las apreciables ventajas que ofrecen otros tipos de sociedad, disuaden a los empresarios a la hora de elegir un tipo de sociedad de la opción por las personalistas. A ello ha contribuido también el tratamiento fiscal común para todos los tipos sociales[471].

Dentro de las sociedades capitalistas se ha dicho que las de responsabilidad limitada son las más adecuadas para dotar de estructura societaria a empresas de marcado tinte familiar que constituyan un grupo cohesionado y homogéneo en el que las características personales o familiares de los socios tienen una relevancia considerable y definen la impronta de toda la actividad familiar[472].

Ciertamente, queriendo el empresario creador conservar su empresa en el seno familiar, resulta aconsejable la forma de sociedad de responsabilidad limitada, y ello por las características que la misma, en la nueva Ley 2/1995 de 23 de Marzo, presenta. Señala la Exposición de Motivos de dicha ley tres postulados generales que deben servir de base al nuevo derecho: a) el carácter híbrido de la sociedad de responsabilidad limitada; b) su carácter cerrado, y c) la flexibilidad de su régimen jurídico.

Por lo que al primero se refiere, dice el legislador que en el régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada deben convivir en armonía elementos personalistas y elementos capitalistas: se configura como una

[471] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: op. cit., pág. 224.

[472] Cfr. GARRIDO DE PALMA, V.: "La sociedad limitada familiar. Su incidencia en la economía andaluza". Jornadas de Derecho de Sociedades (Málaga, 14, 15 y 16 de Mayo de 1997), Ilustre Colegio Notarial de Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1998, pág. 224.

sociedad en la que los socios no responden personalmente de las deudas sociales y, a la vez, como una sociedad cuyo capital social se divide en participaciones sociales que ni pueden incorporarse a títulos valores ni estar representadas por medio de anotaciones en cuenta[473].

Se trata además de una sociedad cerrada y ello no sólo porque las participaciones sociales no pueden transmitirse libremente (excepto en caso de adquisición por socios, cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo), sino también porque la sociedad de responsabilidad limitada no puede acudir al ahorro del público, sea ofreciendo a éste sus propias participaciones (impensable en vista del art. 5 L.S.R.L.), sea mediante la emisión de obligaciones o valores semejantes (art. 9 L.S.R.L.)[474].

Por último, la flexibilidad del régimen jurídico permite que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar la normativa aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias.

Consiguientemente, en numerosísimos supuestos, será conveniente para la continuidad y conservación de la empresa individual del causante, la adopción de la forma de sociedad de responsabilidad limitada. Dicha transformación de la empresa de individual a societaria, si bien puede tener lugar, como hemos dicho, en vida del causante, igualmente puede convenir que acontezca en la segunda generación. ¿Cuales son las vías testamentarias para conseguir que la empresa individual del causante-empresario sea

[473] No obstante esta advertencia del la Exposición de Motivos, manifiesta F. SÁNCHEZ CALERO que, a su juicio, la ley actual ha acentuado el carácter capitalista de la sociedad limitada, "tanto por el régimen jurídico imperativo tendente a la tutela del capital social, como por la organización corporativa de la sociedad, en la que la posición jurídica del socio está dominada en gran medida por la del número de participaciones sociales que posea" (cfr. op. cit., pág. 465-466).

[474] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 466.

explotada en sociedad en la generación siguiente ? La doctrina ha distinguido fundamentalmente dos[475] :

1ª) La primera consiste en la *ordenación*[476] de la sociedad en el propio testamento, con todas las determinaciones exigidas por la ley y requeridas por el caso concreto, a falta sólo del consentimiento de los socios herederos. Tal consentimiento se prestará tras el fallecimiento del testador por vía de la aceptación de la herencia, a la que además en el propio testamento se le puede dotar expresamente de este significado, para evitar problemas de interpretación[477]. En este caso, pues, el causante establecerá testamentariamente las normas de la sociedad por las cuales quiera que se rija la empresa de la que dispone, determinará su clase y naturaleza, ordenará sus estatutos, con todos los requisitos necesarios para su eficacia, fijando su nombre, domicilio, objeto, capital y la distribución de éste entre los herederos ; la designación de administradores, señalamiento del momento inicial de sus operaciones, sea con referencia al hecho de su muerte o al de su aceptación por los herederos, o al de la adjudicación. De modo que dicho testamento, acompañado de la escritura de aceptación o de adjudicación de la herencia y demás documentos complementarios (certificados de defunción, de últimas voluntades, de la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central, etc.), pueda inscribirse directamente en el Registro Mercantil[478].

---

[475] Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", Centenario de la Ley del Notariado, Sección III, vol. I, Madrid, 1964, pág. 482 ; y del mismo : "Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer, Tomo I, Las Legítimas", en "Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil", vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, págs. 1070-1071 ; igualmente en su Comentario al art. 1051... cit., pág. 104 y en el artículo "Constitución testamentaria de sociedad anónima... cit., págs. 569-570 ; vid. también VALLET MÁS, L. M. : op. cit., pág. 234.

[476] VALLET MÁS habla directamente de *"constitución"* (vid. op. et loc. cit.), e igualmente se expresa VALLET DE GOYTISOLO (vid. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., págs. 568 y ss.

[477] Cfr. VALLET MÁS, L. M. : op. et loc. cit.

[478] Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J .B. : "Cautelas de opción compensatoria..." cit., pág. 482 ; y en "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., págs. 569-570.

Dicha vía fue rechazada por ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR quien estimó que no es posible que el título hereditario sustituya al contrato o acto conjunto que da origen a la sociedad[479].

2ª) La segunda posibilidad estriba en el señalamiento por el testador de todas las bases esenciales de la sociedad en el testamento, incluidos, si se desea, los estatutos, imponiendo a los sucesores su constitución conforme a lo establecido como carga o condición de la atribución.

De ambas posibilidades, la primera plantea no pocos problemas teóricos y, sobre todo, prácticos. Los problemas teóricos derivan, como advirtió ROBLES, del carácter obligatoriamente contractual del acto de constitución de una sociedad, pero pueden salvarse si tenemos en cuenta que la sociedad realmente no se constituye en el testamento, el cual, por otra parte, ninguna validez tiene hasta la muerte del testador; en éste hay tan solo una ordenación de la misma que únicamente quedará constituida cuando los coherederos-socios expresen su consentimiento, consentimiento que, ya se ha dicho, bien puede contenerse en la escritura de aceptación de la herencia[480].

Los problemas prácticos no son tan fácilmente subsanables. Centrándonos en la sociedad de responsabilidad limitada (estadísticamente la más común), el artículo 11 L.S.R.L. establece que la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica. Dicha escritura, que contiene el contrato constitutivo de la sociedad deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su

[479] Cfr. op. cit., pág. 596.

[480] En este sentido ya manifestó HEINTZENBERG que aún en el caso de que el testamento contuviere la indispensable ordenación de la sociedad, ésta no queda constituida entre los herederos en virtud de testamento tras la muerte del causante, sino que surge sólo mediante la conclusión del contrato de sociedad. La opinión que sostenga que una sociedad

otorgamiento, siendo los fundadores y los administradores responsables solidarios de los daños y perjuicios que se causaren por el incumplimiento de esta obligación (art. 15 L.S.R.L.).

Pues bien, tal plazo deberá contarse en el supuesto que nos ocupa, a partir de la aceptación de la herencia que, como manifestación del consentimiento societario y para que pueda inscribirse, deberá constar en escritura pública.

Además, el testamento deberá contener todas las menciones necesarias para la constitución de la sociedad según ley. Así, conforme al artículo 12 L.S.R.L. deberá el testador consignar, en primer lugar, la identidad de los sucesores que desee que sean socios en la sociedad que habrá de crearse para la explotación de su empresa.

Exige también la ley la constancia de *la voluntad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada*. Este requisito no puede, sin embargo, figurar en el testamento pues es el reflejo de la voluntad contractual de los coherederos y habrá de cumplirse en la escritura que recoja la aceptación de la herencia.

La mención relativa a *las aportaciones que cada socio realice y la numeración de las participaciones asignadas en pago*, plantea múltiples cuestiones.

En el supuesto de tener el causante-empresario varios descendientes legitimarios, puede atribuir su empresa a todos ellos por partes iguales o mejorar a aquel que, entre sus hijos y nietos, considera más apto para el ejercicio empresarial. En todo caso, cada uno de ellos aportará a la sociedad

mercantil puede nacer inmediatamente de una disposición mortis causa debe ser absolutamente rechazada (vid. op. cit., pág. 164).

la parte que en la empresa le haya correspondido : nos encontramos, pues, con aportaciones no dinerarias.

Para las aportaciones no dinerarias la ley exige (art. 20 L.S.R.L.) que en la escritura de constitución se describan éstas, con sus datos registrales, si existieran, la valoración en pesetas que se les atribuya, así como la numeración de las participaciones asignadas en pago[481]. No se requiere para las sociedades de responsabilidad limitada, a diferencia de lo que ocurre con las anónimas, el informe del experto sobre la naturaleza y el valor de la aportación ; pero el testador deberá valorar el patrimonio empresarial y especificar la aportación que cada socio hace, en relación con lo que en la empresa le ha correspondido por herencia, así como el número de participaciones que ha de recibir.

La cuestión no es sencilla, pues si entre la muerte del testador y el otorgamiento del testamento transcurre cierto tiempo (no hace falta que sea mucho, recuérdese que la empresa es un patrimonio dinámico), los valores expresados en el acto de última voluntad nada dirán sobre la empresa.

Advierte al respecto VALLET DE GOYTISOLO que en la escritura de adjudicación de la herencia y aceptación de la sociedad reglamentada por el testador pueden complementarse los datos que faltaren en el testamento y salvar las modificaciones precisas debidas a no aceptaciones o cambio de valor de los bienes. Para ello — dice — deberá comparecer el comisario contador-partidor a quien conviene que el testador faculte a este efecto y para realizar las rectificaciones oportunas[482].

---

[481] El Reglamento del Registro Mercantil especifica en su artículo 190.1º que *"si se tratase de la aportación de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, se describirán en la escritura los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. Los restantes bienes podrán relacionarse en inventario, que se incorporará a la escritura".*

[482] Cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 570.

Sin embargo, en honor a la verdad, mostramos muy serias dudas acerca de que el registrador mercantil pudiera admitir la inscripción de una sociedad a la vista de semejante documentación.

El testamento deberá contener asimismo los *estatutos sociales*, en los que habrá de figurar, según el art. 13 L.S.R.L., la *denominación de la sociedad, objeto social, fecha de cierre del ejercicio, domicilio social, capital, participaciones en que éste se divide, su valor nominal y numeración correlativa, así como el modo que organizar la administración*. Junto a estas cláusulas de contenido obligatorio, el causante podrá incluir otras de contenido facultativo, sean complementarias del régimen legal o sustitutorias de éste[483].

La mención relativa al capital presenta las dificultades antes señaladas y, en cuanto a la denominación social, para la inscripción de la sociedad debe acompañarse certificado del Registro Mercantil Central, Sección de Denominaciones, acreditativo de la no inscripción en dicho Registro de ninguna sociedad con igual denominación. Tal certificación, cuya vigencia a efectos de otorgamiento de escritura es de dos meses, contados desde su expedición (art. 414 R.R.M.), deberá ser solicitada por los socios-coherederos a la apertura de la sucesión, sin que pueda hacerlo el testador, quien no tiene la condición de interesado, pues la misma deberá estar expedida a nombre de un fundador o promotor (art. 413 R.R.M.). Puede entonces ocurrir que la denominación elegida por el testador y consignada en el testamento que ordena la sociedad no pueda utilizarse por ser idéntica a otra ya registrada, lo que dará lugar a nuevas modificaciones del título constitutivo contenido en acto de última voluntad.

Las demás menciones relativas a la determinación del *modo concreto en que inicialmente se organice la administración ; identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la misma y de la representación de*

[483] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 468.

la sociedad; identidad de los auditores, en su caso, y otros pactos o condiciones inscribibles, no plantean problemas específicos. El testador podrá nombrar administrador, si lo desea, al sucesor que considere más apto para el ejercicio empresarial o, incluso, dudando de la capacidad de sus descendientes, a un profesional, extraño a la sociedad (art. 58.2 L.S.R.L.).

Así pues, las dificultades que, como hemos visto, entraña la primera vía examinada, hacen de la segunda la fórmula más eficaz y conveniente de conseguir testamentariamente que la empresa sea explotada en sociedad por las generaciones sucesivas.

Consiguientemente, puede el testador perfilar en acto de última voluntad todas las bases esenciales de la sociedad que, tras su muerte, habrá de fundarse para el ejercicio de su empresa, imponiendo la constitución de la misma como modo o condición de la atribución testamentaria.

En el testamento podrá el causante determinar el tipo social, aquellos sucesores que habrán de ser socios y la participación de cada uno de ellos en la sociedad que deberá crearse; podrá consignar asimismo la identidad del administrador e, incluso, cuál habrá de ser su retribución, en su caso, etc.

Esta solución, acogida por VALLET DE GOYTISOLO[484] y VALLET MÁS[485] en España y reflejada en el supuesto resuelto por la S.T.S. de 11 de Febrero de 1997[486], es propugnada por la doctrina germana que ve en la carga o condición testamentaria de constituir una sociedad mercantil previamente

[484] Vid. "Cautelas de opción compensatoria..." cit., pág. 482; "Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer..." cit., págs. 1070-1071; igualmente en su Comentario al art. 1051... cit., pág. 104 y en el artículo "Constitución testamentaria de sociedad anónima... cit., págs. 569-570.

[485] Vid. op. cit., pág. 234.

[486] R.J.A. 1997/669.

diseñada por el testador, un camino para facilitar las transmisiones de las empresas individuales en los casos de existencia de varios descendientes[487].

Al ordenar y configurar la forma de explotación societaria de su empresa individual, el testador deberá tener bien presentes los objetivos que desea conseguir, a fin de que el diseño testamentario de la sociedad responda a los mismos. ¿Cuales son estos objetivos ? A juicio de VALLET DE GOYTISOLO, pueden señalarse dos : uno, que la empresa constituida en sociedad quede en

---

[487] Así han entendido, entre otros : HEINTZENBERG (vid. op. cit., págs. 163-166) ; JAHRMARKT (vid. "Vorteilhafte Unternehmernachfolge", Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1977, pág. 138) ; SUDHOFF (vid. op. cit., págs. 131-132).

HAEGELE, incluso, nos ofrece un modelo de testamento en el que se impone la carga de la constitución de una sociedad (en su obra "Das Unternehmertestament", Heidelberg Musterverträge, Heft 15 a). Verlaggesellschaft und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1975, págs. 18 y 19), que reza del modo siguiente :

"1. Mis herederos son mi cónyuge y mis dos hijos Margot y Max, cada uno por una tercera parte de mi patrimonio.

2. Los mismos deberán continuar el ejercicio de la fábrica de conservas inscrita en el Registro Mercantil a mi nombre, bajo la dirección de mi hijo Max, el cual ha colaborado conmigo durante largo tiempo. Dicha continuación se hará en la forma de una sociedad de responsabilidad limitada.

Para ello establezco lo siguiente :

a) En dicha sociedad, la participación de mi hijo Max será del 40%, y las de mi mujer y mi hija Margot del 30% cada una ; fijados los valores según el criterio del último balance anual anterior a mi muerte. Si con ello la participación de mi hijo Max fuera superior a la parte que en la herencia le corresponde, el importe de la diferencia constituirá un prelegado a su favor.

b) Si alguno de mis hijos faltara, en su lugar entrarán sus descendientes conforme a las reglas de la sucesión legal. Por falta de tales, acrecerá la porción de los demás. Muriendo mi esposa antes que yo, entrarán en su lugar mi hijo con una participación del 20%, y mi hija con el 10%, por lo que la participación de ambos en la empresa quedará del modo siguiente : hijo : 60% e hija : 40%.

c) Para la enajenación de una parte de la empresa, sea a un tercero o a un descendiente, es necesaria la aprobación de todos los socios. Lo mismo corresponderá para la venta, que para una donación o un gravamen de cualquier parte de la empresa.

Sin embargo, para el reparto de una parte de la empresa entre los herederos de un socio fallecido no es precisa la autorización de los socios.

d) El administrador único de la sociedad será mi hijo Max. Su salario será fijado por la Junta de Socios, pero nunca será inferior a la cantidad líquida de 1500 DM.

La sociedad se constituirá por tiempo indefinido.

e) En el resto regirá la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el caso en que todos los socios no estén de acuerdo en otra cosa.

3. El que reclame su legítima, no será socio".

la familia y otro, que su dirección la ejerza, en su caso, el descendiente que estima más apto[488].

a) *Que la empresa constituida en sociedad se conserve en el seno de la familia.*

Será deseo del empresario creador que la empresa fruto del trabajo y esfuerzos de toda una vida no pase a manos extrañas al constituirse en sociedad[489], para ello deberá sopesar con cuidado el tipo societario a elegir o imponer vía estatuto testamentario algunas restricciones a la transmisibilidad de la condición de socio.

En este sentido, si la forma de sociedad elegida es una anónima, ya señaló VALLET DE GOYTISOLO que la clave para conseguir que la empresa quede en la familia es la introducción de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones[490].

En efecto, si bien uno de los principios que caracterizan a la sociedad anónima es el de la libre transmisibilidad de las acciones, la ley permite que en los estatutos sociales se puedan establecer restricciones a la misma; restricciones que sólo serán válidas frente a la sociedad si están expresamente impuestas por los estatutos, recaigan sobre acciones

---

[488] Cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 592.

[489] Pone de manifiesto PUIG BRUTAU que habiendo quedado enlazado el grupo familiar con la empresa por medio de una articulación de segundo grado, *"la empresa lo será de la familia mientras ésta domine la sociedad. Esta articulación puede quebrarse o debilitarse al variar la familia, esto es, los componentes de la sociedad titular de la empresa. Esta variación puede ser de dos clases: a) Variación propiamente familiar, esto es, de los componentes de la familia como tal, y por ello, sólo por ello, variación de los miembros de la sociedad por los medios que corresponden al Derecho de familia o sucesiones; y b) Variación de tipo social, por medios de Derecho de sociedades o de Derecho civil patrimonial, con desarticulación del núcleo familiar, que persistirá de por sí, pero quedando desplazado de la sociedad en todo o en parte. El problema del testamento del empresario está cifrado en la necesidad de prevenir lo primero y de evitar lo segundo, en la medida de lo posible"* ("El testamento..." cit., pág. 849, nota al pie nº 19).

[490] Cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 593.

nominativas e indiquen el contenido de la restricción (arts. 63.1º L.S.A. y 123.1 R.R.M.)[491].

Por consiguiente, el testador puede establecer en el estatuto testamentario de la sociedad un derecho de adquisición preferente de acciones a favor de los socios o de la sociedad cuando las mismas vayan a ser transmitidas a un no miembro de la familia. El artículo 123.2 R.R.M. ha dispuesto al respecto que cuando se reconozca un derecho de adquisición preferente en favor de todos los accionistas, de los pertenecientes a una clase, de la propia sociedad o de un tercero, se expresarán de forma precisa las transmisiones en que existe la preferencia. Puede también el causante-empresario subordinar a la autorización de la sociedad ciertas transmisiones (son las llamadas cláusulas de consentimiento o "placet"), o puede incluso establecer que el adquirente deberá reunir ciertas condiciones que habrán de señalarse de forma objetiva[492].

Este objetivo de conservación del carácter familiar de la empresa es mucho más fácilmente alcanzable a través de una sociedad de responsabilidad

---

[491] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 335.

Son nulas, sin embargo, según dispone el art. 63.2º L.S.A. las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

Podrán inscribirse, sin embargo, en el Registro Mercantil las cláusulas estatuarias que prohiban la transmisión voluntaria de las acciones durante un periodo de tiempo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad. No podrán inscribirse las restricciones estatutarias por las que el accionista o accionista que las ofrecieron de modo conjunto queden obligados a transmitir un número de acciones distinto a aquel para el que solicitan la autorización ; ni tampoco serán inscribibles las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones (art. 123. 4º, 5º y 6º R.R.M.).

[492] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 336.

Ello sólo es posible, como sabemos, cuando las acciones son nominativas ; tratándose de acciones al portador, al prohibir la ley toda restricción a la libre transmisibilidad, señala VALLET DE GOYTISOLO una posibilidad de lograr este objetivo indirectamente : puede el testador establecer una sindicación de bloqueo de las acciones, ordenando al comisario albacea universal o contador-partidor que, una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, las deposite en poder de quien o quienes designa el testador o las pignore en garantía del cumplimiento y seguridad de la plena eficacia de la propia sindicación de bloqueo, ordenada y regulada por el testador (cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 594).

limitada, cuyo régimen jurídico de transmisión de las participaciones sociales responde al carácter cerrado de esta sociedad, en el que se pone de relieve el *intuitus personae* que la domina[493].

Así pues, en la sociedad de responsabilidad limitada, la transmisión de las participaciones por actos inter vivos sólo es libre cuando tiene lugar entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en la ley (art. 29.1º L.S.R.L.).

Por ende, el testador podrá introducir en el estatuto testamentario de la sociedad las disposiciones limitativas de la transmisibilidad que tenga por conveniente o reconocer un derecho de adquisición preferente en favor de todos o algunos de los socios, o de un tercero, y éstas serán inscribibles en el Registro Mercantil, con el límite que representan algunas cláusulas prohibidas por la ley (art. 188 R.R.M.)[494].

No habiéndose establecido regulación estatutaria, el artículo 29.2 L.S.R.L. recoge unas reglas supletorias para la transmisión voluntaria por acto inter vivos de las participaciones sociales consistentes fundamentalmente en una notificación escrita obligatoria del socio que se proponga transmitir su participación o participaciones a los administradores de la sociedad, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende

---

[493] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 476.

[494] Así serán nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas. Además sólo serán válidas las cláusulas que prohiban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. Esto no obstante, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad (art. 30.2º, 3º y 4º L.S.R.L.).

transmitir, identidad del adquirente, precio y demás condiciones de la transmisión. Dicha transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad adoptado en Junta General. La sociedad, sin embargo, no podrá denegar la autorización si no comunica notarialmente al transmitente la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones en el precio, forma de pago y condiciones de la operación pactadas con el tercero ; salvo que se tratara de adquisición a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, en cuyo caso el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor real de las participaciones determinado por el auditor de cuentas de la sociedad o nombrado por el Registrador Mercantil el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. El documento público de la transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente. El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones notificadas a la sociedad, si ésta no le comunica en el plazo de tres meses la identidad del adquirente o adquirentes.

b) *Que la dirección y gobierno de la sociedad corresponda al hijo o nieto considerado más apto para ello por el testador, aun en el caso de que en ella no sea mayoritario.*

Existiendo un sucesor considerado capaz para el ejercicio empresarial, la finalidad de compatibilizar la unidad de dirección y la participación colectiva en los beneficios de la sociedad, puede alcanzarla el causante-empresario concediendo a aquél en testamento una cuota hereditaria algo mayor que la de sus coherederos, a título de herencia o legado, jugando ya sea con la mejora, ya con el tercio de libre disposición.

Sin embargo, si a pesar de la existencia de un sucesor apto (seguramente será el descendiente que ha colaborado con el padre en la empresa, mientras que los demás han orientado su vida profesional por otros

derroteros), el causante no desea desigualar a su prole en la herencia, es necesario acudir a las técnicas del Derecho de Sociedades a fin de posibilitar la consecución de dicho objetivo.

En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO apuntó respecto de la sociedad anónima cuatro caminos que propician (más teórica que prácticamente) la consecución de la meta enunciada :

1º) *"Asignar al descendiente que quiera sea el gestor de la sociedad acciones desembolsadas sólo en la mínima parte legalmente posible (es decir, del 25 por 100.), con lo cual le corresponderán el cuádruplo de votos que a quienes se adjudique en ella igual valor efectivo, pero en acciones totalmente desembolsadas"*[495].

Advierte VALLET, sin embargo, que la viabilidad fáctica de esta solución dependerá de las circunstancias de cada caso : posibilidades económicas del hijo gestor, rentabilidad de la empresa y sus perspectivas de mayor desarrollo[496].

Ciertamente, dicha fórmula, tal y como la ha expresado el autor, no es posible tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, ya que, contrariamente al art. 12 L.S.A. que permite el desembolso parcial del capital para este tipo de sociedades, el art. 4 L.S.R.L. exige que el capital de las limitadas esté totalmente desembolsado desde su origen.

No obstante, y si nos fijamos bien, podemos comprobar que en la propuesta de VALLET la sociedad anónima no se constituye solamente con la empresa caída en sucesión, sino también con algo más : los capitales que deberán ser desembolsados por el elegido como gestor en la forma y plazo

[495] Cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 594.

[496] Cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 595.

previstos por los estatutos, que no podrá exceder de cinco años, computados desde la constitución de la sociedad (art. 42 L.S.A. y 134 R.R.M.). Así pues, ¿qué inconveniente existiría en que, para el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, el testador ordenara que el sucesor elegido suscribiera en la constitución un mayor número de participaciones, aportando capitales propios ? En este caso, como en el otro, la sociedad se constituiría "con algo más que la sola empresa", aunque esta vez desde su origen.

Por otra parte, queremos hacer notar que en el supuesto construido por el autor, si bien éste afirma que con tal medida corresponderán al gestor el cuádruplo de votos, ello es (parece olvidarse) porque le corresponderán el cuádruplo de acciones y, con esto, mayor participación en los beneficios, por lo que la máxima de "unidad de dirección, participación igualitaria en las ganancias" no se cumple. Sí existe, sin embargo, una distribución igualitaria de la herencia del causante.

2º) *"Imputar al tercio de mejora o al de libre disposición acciones adjudicadas en nuda propiedad y proindiviso por partes iguales al hijo destinado a ser gestor y cada una de las estirpes de los demás hijos, a quienes se les adjudica el usufructo de las participaciones que en esas acciones correspondan a cada una ; y determinando que, al fallecer el hijo gestor, se concretará su titularidad dominical, plena o nuda, en los hijos y descendientes por estirpes de los hijos premuertos que vivan en dicho momento. Para el ínterin, el testador designará representante ante la sociedad de todas esas acciones indivisas, al hijo gestor, quien, por otra parte, será el solo cotitular de ellas, no condicionado a existir en un "dies incertus", es decir, el único con plena y definitiva titularidad"*[497].

Esta posibilidad se basa en que el artículo 66 de la L.S.A., tras declarar que las acciones son indivisibles, obliga a los copropietarios de una acción a

[497] Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : op. últ. cit., págs. 595-596.

designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, respondiendo todos solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionista.

La misma regla contiene el art. 35 L.S.R.L. en relación a las participaciones de sociedades limitadas en proindiviso, por lo que creemos aplicable la propuesta de VALLET también al ámbito de estas sociedades.

Así y todo, la solución tropieza con una gran dificultad : la revocabilidad del poder (art. 1733 C.c. ; 279 C.com.). El testador no puede designar representante con poder irrevocable perpetuamente o "sine die", ello tropieza con los principios básicos del ordenamiento privado.

3º) *"Asignar acciones sin voto a los descendientes que no se quiera que sean administradores, en una proporción tal que, de esa forma, la mayoría de los votos corresponda al descendiente que se pretende sea el gestor"*[498].

La posibilidad de las acciones sin voto la consagra el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en los artículos 90 a 92, al permitir que estas sociedades emitan acciones sin derecho a voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado (art. 90 L.S.A.).

Semejante opción no se contiene en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la que, sin embargo, el artículo 53.4º al decir que *"salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto"*, admite que cada participación social conceda al titular el derecho de emisión de más de un voto. Tal posibilidad la refuerza el Reglamento del Registro Mercantil, disponiendo en su artículo 184.2.1º que cuando las participaciones concedan más de un derecho de voto, para todos o algunos acuerdos, se individualizarán por el número que les

[498] Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : op. últ. cit., pág. 597.

corresponda dentro de la numeración correlativa general y se indicará el número de votos. Asimismo, el artículo 53.3º consiente que para todos o algunos asuntos determinados, se exija, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un número determinado de socios, o bien un porcentaje de votos favorable para todos o algunos asuntos sin llegar a la unanimidad ; posibilidades todas ellas con las que el testador podrá jugar.

Amén de estas opciones, no nos parece descabellada la admisión de las participaciones sin voto, a pesar del silencio de la doctrina al respecto ; argumento para ello es el carácter dispositivo del régimen jurídico-legal de estas sociedades, sin contar con que parece permitirlo el propio artículo 53.4º, no valiendo como argumento en contra la dicción del precepto reglamentario citado (*"cuando concedan más de un derecho al voto"*), pues, si se admiten las participaciones de voto plural, es absurdo negar la posibilidad de la existencia de participaciones sin voto, posibilidad que, por otra parte, serviría para compensar la prohibición legal de acudir al ahorro público (art. 9 L.S.R.L.), a fin de que puedan entrar inversores sin que influyan en la dirección de la sociedad.

Esta propuesta de asignar acciones o participaciones sin voto nos parece la más viable en la práctica, aun cuando tropieza con una dificultad : las acciones sin voto son acciones patrimonialmente privilegiadas[499], por lo

[499] Tales privilegios los resume F. SÁNCHEZ CALERO del modo siguiente (vid. op. cit., págs. 326 y 327) :

"a) El derecho a percibir un dividendo fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales y que deberá ser acordado por la Junta general siempre que existan beneficios distribuibles (art. 91.1, según la redacción de este apartado aprobada por la ley 50/1998). Dividendo que en la anterior redacción del apartado de este artículo no podía ser inferior al 5 por 100 del capital desembolsado por cada acción sin voto, exigencia que ha sido suprimida en la nueva redacción de este precepto de la L.S.A. En la nueva redacción, como en la anterior del artículo 91.1, se mantiene el derecho del accionista sin voto a percibir, además del dividendo mínimo, el dividendo que corresponda a las acciones ordinarias

Cuando no existan beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, el régimen es diverso según se trate de sociedades no cotizadas o cotizadas. En el primer caso de sociedades no cotizadas, los accionistas sin voto que no han percibido en un determinado

que, para lograr la igualdad en los beneficios, se deberá privilegiar en idéntica medida al socio gestor, con los límites establecidos en el artículo 50 L.S.A.

4º) Por último, propone VALLET para las anónimas: *"constituir un sindicato de mando o de voto, o bien uno de bloqueo, en virtud del cual se pignoren las acciones en garantía del cumplimiento de lo pactado en el mismo, y se haya atribuido estatutariamente el derecho de voto al titular de la prenda"*[500].

---

ejercicio el dividendo mínimo previsto en los estatutos o que sólo han podido percibir una parte de él, conservan el derecho a percibir el dividendo mínimo, o la parte del mismo no percibida, dentro de los cinco ejercicios siguientes, y mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, los titulares de las acciones sin voto tendrán los mismos derechos que los titulares de las acciones ordinarias (y por lo tanto podrán votar en las Juntas generales), conservando en todo caso sus ventajas económicas. En el segundo caso de sociedades cotizadas, si los titulares de las acciones sin voto no perciben en un determinado ejercicio el dividendo mínimo en todo o en parte, no conservan el derecho a percibirlo en ejercicios sucesivos, si bien podrán recuperar el derecho de voto en el supuesto de no percibir el dividendo mínimo, e incluso podrá preverse la acumulación de ese dividendo, si así lo disponen los estatutos sociales (cfr. art. 91.4) (....)

b) Otro derecho preferente que tienen las acciones sin voto es el no quedar afectadas en caso de reducción del capital por pérdidas, cualquiera que sea la forma en que se realice, hasta el momento en que la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones. Si como consecuencia de la reducción el valor nominal de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado, deberá restablecerse la proporción en el plazo máximo de dos años. En caso contrario, procederá la disolución de la sociedad (art. 91.2)..

c) En caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin voto tienen derecho a percibir el derecho a la cuota de liquidación antes que se distribuya cantidad alguna a los restantes accionistas (v. art. 91.3).

d) El régimen del derecho de suscripción preferente de los titulares de las acciones sin voto en el caso de sociedades cotizadas se regirá por lo que dispongan los estatutos sociales (art. 91.4), de forma que a primera vista podría entenderse que este derecho tiene una disciplina dispositiva, lo que no deja de ser absurdo. Los titulares de las acciones sin voto de sociedades no cotizadas tendrán el mismo derecho de suscripción preferente que los accionistas ordinarios (cfr. art. 92.1).

e) Los titulares de las acciones sin voto no podrán agruparse a efectos de la designación de vocales del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional previsto en el artículo 137 de la L.S.A. El valor nominal de estas acciones no se tendrá en cuenta a los efectos del ejercicio de ese derecho por los restantes accionistas (art. 92.2).

Por último, ha de indicarse que, como sucede en general en el caso de las acciones privilegiadas, toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las acciones sin voto exigirá el acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada (art. 92.3)".

[500] Cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., pág. 597.

Esta solución, aplicable en principio y teóricamente a las limitadas, no deja de sorprendernos.

No es éste lugar para entrar en el análisis de la validez o licitud de tales pactos o sindicatos, admitidos generalmente por la doctrina siempre que sean limitados objetiva y temporalmente y que no tengan un objeto contrario a las leyes o al interés común. Así pues, en relación con el primer límite, no es posible que el testador imponga la sindicación de modo indefinido ni para todos los acuerdos ; y, respecto del segundo, se habrá de estudiar si no constituye fraude de ley la limitación del derecho al voto sin la consiguiente contraprestación económica (recordemos que las acciones sin voto, que la ley permite, son siempre acciones patrimonialmente privilegiadas).

De otro lado, en cuanto a su validez frente a la sociedad, hay que apuntar que se trata de pactos parasociales. Legalmente, el poder de representación ha de conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta y, además, es siempre revocable (art. 106 L.S.A.).

No menos inquietante es el derecho de prenda que el autor propone constituir en favor del socio gestor en garantía del cumplimiento de lo pactado. Para el establecimiento de la garantía es necesario la valoración de la obligación, ¿cómo se valora el hecho del incumplimiento de la obligación que

---

Según este autor, *"de ser nominativas las acciones, el convenio de su sindicación de voto y, en nuestra hipótesis, la sindicación establecida testamentariamente y confirmada con la aceptación por los afectados de la herencia o legado, cabe que sea reforzada con su pignoración al síndico. Esa pignoración deberá inscribirse en el libro de accionistas de la sociedad constituida. El causante, en los estatutos por él dispuestos, debe establecer, además, que, en caso de pignoración de acciones, el voto corresponderá al titular de la prenda".* Esa posibilidad viene avalada por el art. 72.1 L.S.A. En cambio, si se trata de acciones al portador, dado que la ley no admite que su sindicación de bloqueo afecte a la sociedad estableciéndolo en una cláusula estatutaria, *"queda la posibilidad de sindicarlas eficazmente mediante su depósito. Pues bien, cabe que el testador, junto al sindicato de bloqueo, ordene otro de mando o voto ; e imponga, en garantía del cumplimiento de lo dispuesto, no sólo su depósito, sino, además, su pignoración en poder del comisario, que en este supuesto, igual que en el anterior, podrá serlo aquel descendiente que el testador quiera que sea el gestor de la sociedad ; si, además, establece en los estatutos que, en caso de prenda de las acciones, el voto corresponda al titular de ésta* (op. últ. cit., págs. 599 y 600).

tiene el socio dentro del sindicato ? Por otra parte, ¿qué ocurre en el caso de incumplimiento ? El acreedor pignoraticio - socio gestor no podría apropiarse de las acciones, pues supondría una vulneración del pacto comisorio, sería precisa la realización del derecho de garantía, por lo que no se asegura la continuidad de la unidad de dirección.

Como vemos, las muchas dificultades que plantea dicha fórmula la hace casi inviable en la práctica.

Para terminar, hemos de decir que, aunque ciertamente la solución adecuada a la transmisión hereditaria de la empresa individual depende profundamente de la estructura y estado económico de la empresa concreta que se transmitirá *mortis causa*, no cabe duda que el enlace de la familia con la empresa mediante una sociedad del tipo que sea, se perfila hoy como la solución más adecuada, ya se haga en vida o testamentariamente. Añadiremos que, en el caso de que se opte por lo segundo, creemos con VALLET DE GOYTISOLO[501] que resulta imprescindible la designación de uno o varios comisarios, albaceas universales o contadores partidores para la ejecución de su última voluntad, facultados especialmente para realizar cuanto fuere preciso para completarla y cumplir los requisitos indispensables para llevar a buen término la constitución de la sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil. Y ello porque puede ser necesario :

1. Fijar el capital social y el valor nominal de las acciones o participaciones, habida cuenta del valor que la empresa tenga al fallecer el testador y ser aportada a la sociedad.

2. Suplir las deficiencias existentes y salvar las variaciones producidas en las personas llamadas (premoriencias, renuncias...), o en los bienes del

[501] Cfr. "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., págs. 602 y 603.

causante, modificar la denominación social, el domicilio, fijar el momento del inicio de las operaciones, etc.

3. Y, en suma, cumplimentar los requisitos que se exijan y las formalidades precisas, hasta conseguir la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil correspondiente, otorgando los documentos públicos necesarios y las subsanaciones que se requieran a dicho fin.

3. LA SUCESIÓN POR PARTES: ACTUACIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA ECONÓMICA DE LA EMPRESA

Una alternativa a la aportación de la empresa individual a una sociedad consiste en la actuación sobre la estructura económica y financiera de la empresa, procediendo a su división. Así, contribuyen a facilitar la sucesión en la empresa algunas técnicas como son la disociación de activos en el patrimonio empresarial y el fraccionamiento o separación de ramas o actividades comerciales.

La primera de las apuntadas constituye la más sencilla y clásica de las divisiones, consistiendo en disociar el activo inmobiliario de los demás elementos del patrimonio empresarial ; es decir, se trata de una separación de los inmuebles y la empresa propiamente dicha, por lo que sólo puede realizarse cuando la empresa es propietaria de los inmuebles en los que ejerce su actividad.

En tales casos, el empresario podrá delimitar los activos ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Consiguientemente, queriendo preparar, ya en vida, la transmisión de su empresa, puede aportar a una sociedad mercantil, del tipo que sea, el patrimonio de la empresa distinto del inmobiliario, que retendrá en su patrimonio privado, procediendo posteriormente a arrendar a la sociedad creada los locales necesarios para el ejercicio de su actividad. Podrá asimismo

crear, a partir de su empresa individual, dos entidades distintas, con organización propia y diferentes funciones : una *sociedad patrimonial o de mera tenencia de bienes*, en la cual se agrupan los bienes raíces y cuyo objeto será la gestión (pero no la reventa) de dichos bienes ; y una sociedad mercantil que es la que lleva a cabo la verdadera actividad de empresa ; unidas ambas por el contrato de arrendamiento de los locales y establecimientos en los que la actividad se desarrolla[502]. En este caso, a los descendientes no colaboradores en las tareas empresariales se les dará participación en la sociedad patrimonial, mientras que al elegido para la continuación de la empresa se conferirá parte en la sociedad mercantil de explotación[503].

Si el empresario individual no desea realizar la disociación de patrimonios en vida, puede atribuir por vía testamentaria al heredero que considera apto para sucederle en el ejercicio empresarial la organización de elementos que supone la empresa, excluidos los inmuebles, que se atribuirán a los restantes herederos, imponiéndose a éstos como modo, carga o

---

[502] Se refieren a esta solución VALLET MÁS (op. cit., pág. 229) en España ; en Alemania SUDHOFF (que la denomina *división vertical.* Vid op. cit., pág. 231 y ss.) ; FASSELT (op. cit., págs. 131-133) ; y WALDNER - RAUSCH (op. cit., pág. 148-149), entre otros.

En el Derecho Francés, constituye una figura muy estudiada la separación del patrimonio empresarial en una sociedad civil inmobiliaria (S.C.I), sociedad civil regida por los arts. 1832 y ss. del Código civil y una sociedad mercantil de explotación, a los fines de la organización de la transmisión de la empresa : vid. GAULTIER (op. cit., pág. 186) ; BERGER y LATXAGUE (op. cit., págs. 105 y ss.) ; LE NABASQUE - BOUSSIER - RICHEN (op. cit., págs. 391 y ss.) ; CALLU (op. cit., págs. 138-140) ; MINISTÈRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DU BUDGET. CHAMBRE RÉGIONALE DE COMMERCE ET DE INDUSTRIE NORD-PAS-DE-CALAIS (La transmission de l'entreprise. Lille, 26 Octobre 1982, pág. 19) ; DAUBLON (op. cit., pág. 164) ; BERGER ("La transmission de l'entreprise a titre gratuit", Rev. Jur. Comm., nº spécial. Novembre 1988. La transmission des entreprises. Colloque de Deauville organisé les 11 et 12 Juin 1988 par L'Association Droit et Commerce, pág. 56) ; VIDAL (op. cit., págs. 222 y ss.)... Desaconseja, sin embargo, la realización de la operación en vida del empresario CENDRIER por las dificultades de realización y lo oneroso de los costes que acarrea (vid. "Cession et transmission d'entreprise. Quattre contextes, quatre réponses", Editions NATHAN, Paris, 1993, págs. 50-51).

[503] Cfr. SUDHOFF, H. : op. cit., pág. 233.

En cuanto a la forma jurídica de la sociedad mercantil que explotará la empresa, puede ser cualquiera de las sociedades capitalistas ; la patrimonial o de mera tenencia de bienes, sin embargo, dado que su actividad no entraña riesgo alguno, puede adoptar cualquier forma, pudiendo ser incluso una comunidad de bienes (vid. FASSELT, T. : op. cit., pág. 133).

condición de la atribución la constitución de una relación arrendaticia en los términos fijados por el propio testador[504]. En el supuesto de ser varios los elegidos para la continuación de la empresa, se transmitirán los activos distintos al inmobiliario a todos ellos, imponiéndoles la constitución de una sociedad, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior.

La estructura que analizamos se recomienda particularmente en aquellos casos en que el jefe de la empresa tiene varios sucesores, de los cuales uno o algunos colaboran en la empresa y otros no. El interés de esta segmentación de activos reside en que facilita la composición de los lotes, manteniendo en lo posible el equilibrio patrimonial entre los hijos[505], a la vez que permite desinteresar de la empresa a los familiares no elegidos para ser continuadores de la misma[506], atribuyéndoles un capital productivo de rentas y fácilmente cesible, sin que asuman ningún riesgo empresarial[507].

Ciertamente, una ventaja esencial de este procedimiento es, seguramente, lo relativo al reparto de responsabilidades. Efectivamente, la separación supone de inmediato una división de los riesgos, porque el patrimonio inmobiliario queda sustraído de los *aleas* del ejercicio empresarial[508]. Mediante esta diversificación de patrimonios, el empresario individual asegura a los sucesores no continuadores de la empresa, unas

---

[504] VALLET MÁS, L. M. : op. et loc. cit.

En esta dirección apunta SUDHOFF que, a menudo suele ser aconsejable no llevar a cabo la división de la empresa en vida del empresario, sino imponerla en testamento a través de una condición vinculante (cfr. op. cit., pág. 233).

[505] Cfr. LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. ; RICHEN, F. : op. cit., pág. 402.

[506] Cfr. MINISTÈRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DU BUDGET. CHAMBRE RÉGIONALE DE COMMERCE ET DE INDUSTRIE NORD-PAS-DE-CALAIS : op. cit., pág. 19.

[507] Cfr. DAUBLON, G. : op. cit., pág. 164.

[508] Vid. LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. ; RICHEN, F. : op. cit., pág. 391 ; BERGER, P. y LATXAGUE, J. A. : op. cit., pág. 106 ; GAULTIER, A. : op. cit., pág. 186 ; CALLU, A. : op. cit., pág. 138 ; FASSELT, T. : op. cit., pág. 131 ; WALDNER, W. y RAUSCH, G. : op. cit., pág. 148.

rentas regulares procedentes de los alquileres del patrimonio inmobiliario sin incurrir en riesgo mercantil[509].

Asimismo, otra ventaja reside, como antes hemos apuntado, en la posibilidad de diferenciar las funciones de dirección cuando entre los numerosos descendientes del empresario, exista un sucesor profesionalmente cualificado para el ejercicio empresarial[510]. Pues, ante la existencia de varios sucesores legitimarios a los que no se quiere desigualar excesivamente, la división del patrimonio de la empresa es muchas veces preferible a la constitución de una sociedad mercantil que englobe a todos los herederos, ya que, en ocasiones, la parcelación del capital de la sociedad hace imposible la constitución de una mayoría estable[511].

Por último, hay que advertir que la separación de activos aportará al heredero, además, una mayor facilidad para proceder a la cesión a un tercero del negocio mercantil, que puede tener lugar sin que el adquirente esté obligado a adquirir los inmuebles, circunstancias que a menudo encarece excesivamente las operaciones[512].

No se nos ocultan, sin embargo, las dificultades e inconvenientes que entraña la operación analizada, que ocasiona, desde luego, una pérdida de solvencia económica de la empresa[513]. Pero la cuestión fundamental viene suscitada por el contenido de la relación arrendaticia que, cuando la reestructuración del patrimonio empresarial se hace *mortis causa*, el testador

---

[509] Vid. LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. ; RICHEN, F. : op. cit., pág. 392 ; GAULTIER, A. : op. cit., pág. 186 ; CALLU, A. : op. cit., pág. 138, el cual apunta asimismo que la empresa o sociedad mercantil que realiza el ejercicio empresarial podrá dar fiscalmente como gasto el alquiler del activo inmobiliario, por lo que el sistema le es también beneficioso.

[510] Vid. WALDNER, W. y RAUSCH, G. : op. cit., pág. 149.

[511] Cfr. CALLU, A. : op. cit., pág. 140.

[512] Cfr. BERGER, P. y LATXAGUE, J. A. : op. cit., pág. 106 ; LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. ; RICHEN, F. : op. cit., pág. 402.

[513] Cfr. VALLET MÁS, L. M. : op. cit., pág. 229.

ha de imponer entre los sucesores que reciben los inmuebles y los que perciben la empresa propiamente dicha. Es claro que el testador podrá configurar el contrato de arrendamiento como tenga por conveniente e imponerlo vía modo o condición a sus herederos, pero deberá tener presente la necesidad de incluir una cláusula que atienda convenientemente a la revalorización de las rentas, a fin de evitar pérdidas a los propietarios de los bienes raíces. La mayor dificultad se plantea a la hora de dilucidar la duración del contrato de arrendamiento que se impone a los sucesores. No existe en la Ley de Arrendamientos Urbanos norma alguna que establezca una duración máxima o mínima de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, por lo que rige la voluntad de las partes. Por esta causa, podrá el testador disponer la duración que entienda adecuada para la buena marcha del negocio, siendo posibles tanto las prórrogas voluntarias como la tácita reconducción, para la que habrá de estar al Código Civil. Lo que no es, sin embargo, posible es que el causante establezca un arrendamiento perpetuo o indefinido, prohibidos por el Código al disponer en el artículo 1543 que el arrendamiento es por *tiempo determinado*.

Habiendo el testador fijado un plazo de duración de la relación arrendaticia, ésta no se extingue por la enajenación de los inmuebles donde la actividad empresarial se ejerce, pues el art. 29 L.A.U. determina la continuidad del arrendamiento aunque se enajene la finca arrendada, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del art. 34 L.H. A tal efecto, advierte GONZÁLEZ PACANOWSKA que la aplicación de dicho precepto hipotecario presupone naturalmente que se trate de arrendamiento de finca inmatriculada, contrato no inscrito y tercero que reúna todas las condiciones del art. 34 L.H., de los cuales el de buena fe es difícil que concurra, entendido como desconocimiento de la relación arrendaticia[514].

[514] Cfr. "Arrendamientos para uso distinto del de vivienda", en la obra colectiva "Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 534.

Otro precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos que incide en materia de duración del contrato, es el contenido en el art. 34 que, para los casos de que en el inmueble se ejerza una actividad comercial de venta al público, establece el derecho del arrendatario a una indemnización a cargo del arrendador, cuando se produzca la extinción por transcurso del término convencional del arrendamiento de una finca en la que se haya venido ejerciendo dicho tipo de actividad durante los cinco últimos años y el arrendatario haya manifestado con cuatro meses de antelación a la expiración del plazo su voluntad de renovar el contrato por un mínimo de cinco años más y por una renta de mercado, considerándose como tal la que al efecto acuerden las partes y en defecto de pacto, la determinada por el árbitro designado por éstas[515]. Resalta GONZÁLEZ PACANOWSKA que el arrendador puede verse impulsado a renovar el contrato por períodos sucesivos de cinco años para evitar el pago de la indemnización que corresponde según dicho artículo ; por lo que podría razonarse diciendo que, si bien no hay plazos legales de duración mínima para el arrendamiento para uso distinto del de vivienda, determinadas actividades (las del artículo 34) merecen una continuidad que, aunque no se impone, se propicia para evitar el pago de la indemnización[516].

---

[515] El párrafo segundo del artículo dispone cómo ha de determinarse la cuantía de la indemnización :

"1. Si el arrendatario iniciara en el mismo municipio, dentro de los seis meses siguientes a la expiración del arrendamiento, el ejercicio de la misma actividad a la que viniera estando dedicada, la indemnización comprenderá los gastos del traslado y los perjuicios derivados de la pérdida de clientela ocurrida con respecto a la que tuviera en el local anterior, calculada con respecto a la habida durante los seis primeros meses de la nueva actividad.

2. Si el arrendatario iniciara dentro de los seis meses siguientes a la extinción del arrendamiento una actividad diferente o no iniciara actividad alguna, y el arrendador o un tercero desarrollan en la finca dentro del mismo plazo la misma actividad o una afín a la desarrollada por el arrendatario, la indemnización será de una mensualidad por año de duración del contrato, con un máximo de dieciocho mensualidades.

Se considerarán afines las actividades típicamente aptas para beneficiarse, aunque sólo en parte de la clientela captada por la actividad que ejerció el arrendatario.

En caso de falta de acuerdo entre las partes sobre la cuantía de la indemnización, la misma será fijada por el árbitro designado por aquéllas".

[516] Cfr. op. cit., pág. 536.

Si el testador no fija plazo alguno de forma expresa o tácita, y dado que la L.A.U. no contiene norma al respecto, habida cuenta de la necesaria temporalidad del arrendamiento, creemos que habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 1581 del Código Civil (por remisión del art. 4.3 L.A.U.). Dice este artículo : *"Si no se hubiere fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término"*. El precepto tiene en cuenta como base el período de tiempo que los contratantes han tomado como tipo para fijar el alquiler, pero no el modo o forma en que la renta se pague. Esto es, habiéndose fijado una cantidad al año, se ha de entender que el contrato se ha hecho por años, y ello aun cuando se estipule después que el pago se haga por mensualidades. Es decir, si se fija un alquiler anual, el arrendamiento se entiende hecho por años ; si se fija un alquiler mensual, se entiende hecho por meses y si se fija un alquiler diario, se entiende hecho por días[517].

La segunda de las fórmulas enunciadas *supra* consistía en la separación de ramas de producción o actividades. Dicha operación, que puede realizarse bien en vida del empresario o bien por vía testamentaria, permite la resolución de la mayor parte de los problemas ligados a las particiones cuando existen varios herederos del empresario-causante interesados en la continuación de la empresa o de una parte de la misma[518]. Sin embargo, para que la misma sea posible, es necesario que la empresa ejerza, como mínimo,

[517] Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F. : Comentario del artículo 1581 C.c. ; en la obra colectiva : "Comentarios del Código Civil", tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1167.

[518] Cfr. LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. ; RICHEN, F. : op. cit., pág. 419, e igualmente VIDAL, J. : op. cit., pág. 223. Se refieren ampliamente a esta posibilidad asimismo BERGER, P. y LATXAGUE, J. A. : op. cit., págs. 120 y ss.

dos ramas de actividades diferentes, por lo que este mecanismo queda reservado a las empresas de cierta importancia[519].

Así pues, el empresario testador que haya tenido la precaución de haber ido separando durante su vida las actividades mercantiles de su empresa, a poder ser en locales diferentes y bajo nombre comercial distinto, podrá atribuir en testamento cada una de ellas a los diversos sucesores o grupos de sucesores, evitando los problemas que plantea la partición[520].

Por último, junto a los anteriores mecanismos de sucesión por partes, ha apuntado la doctrina alemana la que han denominado *división horizontal* de la empresa, consistente en la separación del uso y disfrute de la propiedad del bien empresa, separación que puede realizarse con efectos meramente obligatorios (es el caso del arrendamiento de empresa) o con efectos reales (usufructo de empresa) y por actos entre vivos o *mortis causa*[521].

4. EL PROBLEMA QUE HAN DE SALVAR LAS SOLUCIONES ESTUDIADAS: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA

No podemos pasar por alto que las soluciones propuestas, si bien permiten atribuir la empresa a una pluralidad de sucesores, compatibilizando la unidad de dirección de la empresa con la participación múltiple en los beneficios, implican, en su mayoría, vulneración del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Así ocurre en efecto (siendo la empresa el único o el bien fundamental de la herencia), con la exigencia de la explotación de la

[519] Cfr. LE NABASQUE, H.; BOUSSIER, F.; RICHEN, F.: op. cit., pág. 421; DAUBLON, G.: op. cit., pág. 164.

[520] Cfr. VALLET MÁS, L. M.: op. cit., pág. 229.

[521] Vid. SUDHOFF, H.: op. cit., pág. 235 y 236.

empresa en comunidad; con la ordenación testamentaria de sociedad mercantil o la imposición de constituir una sociedad como carga o condición de la atribución mortis causa; así como con la disociación de activos y el establecimiento de una relación arrendaticia en testamento vía modo o condición.

Verdaderamente, el artículo 813 del Código Civil, como en Italia el 549 Cod. Civ. it.[522], dispone que los herederos forzosos habrán de recibir su cuota de legítima libre de cargas testamentarias, esto es, sin *"gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo"*. Y el artículo 824 C.c., dice en relación a la mejora, que no podrán imponerse sobre ella otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes. Como advierte VALLET DE GOYTISOLO[523], la compensación automática del gravamen en el *quale* con el mayor *quantum* atribuido, no puede ser impuesta por el testador ni se deduce de los principios generales de nuestro Derecho Sucesorio. No es tampoco posible trasladar a nuestro sistema la opción legalmente conferida en el § 2306 B.G.B. [524], que pone en trance al legitimario, a quien se le haya atribuido una carga de este tipo, de elegir entre la legítima pura y estricta o bien la aceptación de la atribución testamentaria con la modalidad impuesta.

---

[522] Art. 549 (Divieto di pesi o condizioni sulla quota dei legittimari) : *"Il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai leggitimari, salva l'applicazione delle norme contenute nel titolo IV di questo libro"*.

[523] Cfr. "Cautelas de opción compensatoria..." cit., pág. 484 ; e igualmente en : Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer, tomo I, Las legítimas... cit., pág. 1072 ; Comentario del artículo 1051 C.c... cit., pág. 105 ; "Constitución testamentaria de sociedad anónima..." cit., págs. 582-583.

[524] § 2306 (Beschränkungen und Beschwerungen) : *1."Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtiger durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt ; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt. 2. Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetz ist"*.

Por esta causa, en todos los casos en que el testador haga uso de algunas de las fórmulas propuestas en los apartados anteriores, es imprescindible el establecimiento de una cautela de opción compensatoria de la legítima, en previsión de que lo por él querido no sea íntegramente aceptado por alguno de sus legitimarios[525]. En este sentido, manifestó VALLET MÁS que en la alternativa que supone la opción en que se traduce la cautela, uno de los extremos sería la solución deseada por el testador, y el otro, el respeto a la legítima estricta, pero imponiendo el juego del artículo 1056.2º C.c., para asegurar la conservación indivisa de la empresa y la continuidad de la misma por el heredero elegido[526].

[525] Vid. VALLET MÁS, L. M. : op. cit., pág. 235 ; y las obras de VALLET DE GOYTISOLO citadas en la nota nº 523.

[526] Cfr. op. et loc. cit.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INEXISTENCIA DE UN REGLAMENTO TESTAMENTARIO PARA LA EMPRESA : LA SUCESIÓN NO ORGANIZADA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el capítulo anterior nos ocupamos de la organización de la sucesión por el causante-empresario ; efectivamente, como vimos, éste podía (y es además absolutamente conveniente) reglar los destinos de su empresa, testamentariamente o comenzando en vida, a los fines de que la misma se conserve en el seno de la familia y se transmita unitariamente al sucesor o sucesores elegidos.

Sin embargo, no existiendo testamento o no previendo el mismo la sucesión en la empresa, la cuestión se complica, ya que las normas de nuestro Código Civil no se adecuan al problema de la existencia de una empresa mercantil individual en la herencia.

Pues bien, la problemática suscitada por la presencia de la empresa en una sucesión no organizada será el tema del presente capítulo.

II. EL EJERCICIO DE LA EMPRESA EN COMUNIDAD HEREDITARIA POR ACUERDO ENTRE LOS SUCESORES

Concurriendo varios sucesores a título universal sobre la masa de bienes relictos que comprende una empresa individual del difunto, estamos ante un supuesto de empresa en "comunidad hereditaria". De naturaleza controvertida en nuestro Derecho, en los últimos tiempos parece haber un cierto consenso doctrinal en configurar la comunidad hereditaria como comunidad *universal*, que afecta a los bienes indivisos en su conjunto, y en la que no competen a los herederos porciones determinadas en bienes concretos[1].

La comunidad hereditaria es, en nuestro sistema, una *"communio incidens"*, un estado más sufrido que querido, pues, como todos los estados de indivisión, es mirado por el legislador decimonónico con disfavor, de manera que se permite a todo coheredero poner fin en cualquier tiempo a la misma, solicitando la partición de la herencia (artículo 1052, en relación con el 1051, ambos del Código Civil).

No obstante, en múltiples ocasiones, existiendo en el caudal relicto una empresa individual que constituya el bien de más entidad del patrimonio del *de cuius*, puede interesar a los sucesores la explotación en común de la empresa recibida de su causante. A tal fin, podrán aquéllos constituir una sociedad mercantil de cualquiera de los tipos regulados en el Código de Comercio, dado que la sociedad representa la forma idónea para el ejercicio colectivo de una empresa. Tal constitución de sociedad, al igual que la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria de empresa por la atribución de cuotas, supondrá una partición parcial (si, como es corriente, existen más

---

[1] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil, tomo V, Derecho de Sucesiones", Quinta edición, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993, pág. 101.

Así, la empresa en la comunidad hereditaria sería como el huevo de Pascua del gráfico ejemplo de ROYO MARTÍNEZ : *"En cierta ocasión regalaron a mis hijos un hermoso huevo de Pascua ; era de chocolate y por los ruidos que de su interior surgían al agitarle, estaba lleno de bombones. A todos correspondía la golosina ; pero ¿quién, antes de partir el huevo y distribuir su contenido, habría podido alegar derecho sobre un bombón determinado ? Huevo de Pascua, fundido en el obrador de la técnica, es la herencia como universitas"* (vid. "Derecho Sucesorio mortis causa", Editorial Edelce, Sevilla, 1951, pág. 324).

bienes en la herencia aparte de la empresa), dado que ha existido voluntad de concluir la comunidad hereditaria[2]. Pero los herederos tienen también la opción de acordar expresa o tácitamente la continuación del ejercicio empresarial en el estado de indivisión surgido de la muerte del empresario ; y es la situación nacida de tal acuerdo la que analizaremos en este epígrafe.

1. POSIBILIDAD DE ACORDAR LA CONTINUACIÓN DEL EJERCICIO DE LA EMPRESA EN COMUNIDAD HEREDITARIA Y LOS LÍMITES TEMPORALES DE DICHO PACTO

Se ha advertido por la doctrina que el mantenimiento de la empresa en el seno de la indivisión hereditaria obedece al principio de conservación de ésta. En efecto, la liquidación del negocio empresarial es perjudicial para los herederos, porque disgrega en su perjuicio los singulares elementos empresariales, cuyo valor de conjunto es notablemente superior al de la suma de sus particulares componentes[3]. Para evitar este resultado los coherederos pueden prolongar el estado de indivisión sin pacto expreso alguno, con el inconveniente de que, al no haberse fijado plazo de duración de dicho acuerdo

---

[2] En este sentido, la sentencia del Tribunal de 8 de Marzo de 1999 (A.C. 1999, nº 592) establece que realizada la partición de la herencia en que eran partícipes los litigantes mediante la atribución a cada uno de ellos de cuotas indivisas en los inmuebles que componían el caudal hereditario, la comunidad hereditaria se extingue ; y si dicho patrimonio se sigue teniendo en común, surge una comunidad ordinaria sobre cada uno de esos bienes, para cuya disolución ha de acudirse al ejercicio de la acción de división de la cosa común (*"actio comuni dividundo"*) a través del juicio declarativo correspondiente, no siendo procedente el juicio de testamentaría, ya que no se está ejercitando la *"actio familiae erciscundae"*, que obliga a acudir al juicio universal (vid. F. D. 1º).

Para FERNÁNDEZ GIMENO el pacto de indivisión, aunque no se haga adjudicación de cuotas, produce también la extinción de la comunidad hereditaria, al transformarse una comunidad de origen incidental (originada por la sucesión, no por pacto), en una comunidad de origen convencional (pacto o acuerdo de indivisión). Según el autor, si los coherederos pactan la indivisión, *"su vocación, su voluntad, es la continuidad, no una situación transitoria sino duradera ; no una situación incidental, sino querida, voluntaria ; y ello aunque no organicen la indivisión"*. Por ello, *"la existencia de un pacto de indivisión, si es coetánea al momento de la aceptación de la herencia, impide el nacimiento de la comunidad hereditaria"*. (cfr. "Problemas de la transmisión de la empresa familiar", Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999, pág. 212 y 249).

[3] Cfr. LARRONDO LIZARRAGA, J. M. : "La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa (Análisis doctrinal y jurisprudencial)", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 471.

tácito, se podrá pedir la partición en cualquier tiempo conforme a lo dispuesto en los arts. 1051-1052 C.c. ; por esta causa, es conveniente un pacto expreso de continuación de la explotación de la empresa en indivisión durante un tiempo determinado.

Por ello, supone un prius obligado de nuestro estudio, la posibilidad o admisión de estos pactos de continuación en nuestro sistema.

En esta materia, pese a algunas opiniones negativas basadas en una interpretación literal de las palabras *"en cualquier tiempo"* del artículo 1052 C.c.[4], y en el argumento de la ausencia de una remisión expresa por parte de las normas que regulan la comunidad hereditaria a las de la comunidad ordinaria que permita la aplicación analógica del artículo 400.2º C.c., la doctrina mayoritaria se ha pronunciado de forma favorable a la posibilidad de los convenios de continuación.

Así, se ha dicho que los mismos han de admitirse al amparo del principio legal del artículo 1255 y máxime cuando el Tribunal Supremo tiene declarado que pueden los herederos celebrar los pactos, cesiones y transacciones que tengan por conveniente para la liquidación y distribución de la herencia, y que nada obsta a que, con ocasión de las peticiones de una herencia puedan los herederos celebrar cuantos contratos válidos en derecho estimen adecuados para el mejor éxito y finalidad de aquéllas, sin que la circunstancia y ocasión de tal celebración sirva a enervar o a desvirtuar en lo más mínimo la fuerza y eficacia de lo pactado[5].

---

[4] Manifiesta MUÑOZ DE DIOS cómo GARCÍA GOYENA, al estudiar el alcance del art. 1052, según el cual "todo heredero..., podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia", nos viene a decir que esa redacción en forma tan categórica y terminante dada por el legislador al precepto, impide toda posibilidad de pacto de indivisión entre los coherederos (cfr. "La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones : por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas, VI", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 649).

[5] Cfr. GITRAMA, M. : "La administración de herencia en el Derecho español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 393.

Otros fundamentos justificadores de la admisibilidad de los pactos de continuación parten de la aplicación analógica de las normas de la comunidad de bienes (art. 400.2º C.c.), o del carácter renunciable de la facultad de pedir la división de la herencia regulada en el art. 1052 C.c., ya que, según el principio general formulado por el artículo 6º, todos los derechos concedidos por las leyes son renunciables cuando dicha renuncia no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros[6].

Para la validez del acuerdo de continuación de la empresa en indivisión es indispensable el consentimiento de todos los coherederos. No basta que el acuerdo provenga de la mayoría, y ello porque, implicando el pacto supradicho una renuncia de los derechos concedidos por los artículos 1051.1 y 1052 C.c., la renuncia es un acto eminentemente personal y voluntario y la declaración de ser obligatorio para todos los copartícipes el acuerdo de varios de ellos, aunque fueren mayoría, equivaldría a una renuncia forzosa. En este sentido, si un copartícipe no quiere consentir en obligarse a permanecer en la indivisión de la herencia, por muy beneficiosa que la misma fuere para la empresa, no es posible que le afecte tal restricción por la voluntad de los otros, porque nadie puede quedar obligado sin su voluntad por los actos de tercero. Habrán de concurrir, pues, al pacto todos los coherederos provistos, además, de la capacidad legal necesaria para contratar, supliéndola o completándola las personas señaladas en la ley, si necesario fuere[7].

---

[6] Cfr. MUÑOZ DE DIOS, M. : op. et loc. cit.

[7] Cfr. GITRAMA, M. : op. cit., pág. 394. En la misma dirección vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. : "Derecho de Sucesiones", Librería Bosch, Barcelona, 1951, pág. 357.

Según afirma BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *"el pacto de indivisión acordado simplemente por una mayoría, será válido, como tal pacto, entre aquellos que lo suscribieron, y para su eficacia reducida, en este sentido, deberá atenderse a la interpretación del contrato, teniendo en cuenta la voluntad de las partes : tendrá, en principio, valor vinculante para no pedir la división, ninguno de los que lo suscribieron ; pero bastará que, uno de los no firmantes, pida la división para que ésta deba realizarse. La división, entonces, será de toda la cosa, no sólo de su parte ; si más tarde, los firmantes del pacto, quieren reconstruir la comunidad sobre sus respectivas partes, podrán hacerlo, pero no será continuación de la comunidad anterior, sino nacimiento de otra nueva"* (cfr. "La comunidad de bienes en Derecho Español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954).

Otra cuestión es la eficacia del pacto frente a la posibilidad por parte de cada heredero de enajenar sus respectivas cuotas hereditarias. Ciertamente, el pacto de indivisión no obliga a permanecer en la comunidad, pero, si se permitiera a cualquiera de los coherederos contratantes disponer de su participación sin que se entendiese transmitida al adquirente la obligación negativa de no exigir la partición, la finalidad del pacto se vería frustrada. El problema es, en realidad, sólo aparente, pues es de todos conocido que el cesionario se subroga siempre en todos los derechos y obligaciones del cedente, de modo que si éste se comprometió a permanecer en indivisión durante un tiempo determinado, tal compromiso obliga al cesionario ya que *"nemo dat quod non habet"*[8].

Por lo que a los límites temporales de estos pactos se refiere, la mayoría de los autores estiman aplicable por analogía el plazo del artículo 400 C.c. que prohibe pactar la indivisión por más de diez años prorrogables por nueva convención[9].

No han faltado, sin embargo, opiniones discrepantes, entre las cuales la más destacable es la de GITRAMA. Según este autor, en favor de la tesis de que la convención de indivisión no está limitada a plazo alguno abogan las siguientes razones : *"por un lado, si bien es cierto que el art. 406 declara aplicables a la división entre los partícipes de una comunidad las reglas relativas a la partición de una herencia, no se encuentra en el articulado legal a ésta relativo ningún precepto que contrariamente declare aplicables a la división de la herencia las reglas concernientes a la división entre los partícipes en la comunidad ; por otra parte, el precepto del art. 1051, de acuerdo con el principio individualista que,..., parece informarle, rezuma un criterio de libertad ;*

---

[8] Cfr. op. cit., págs. 396-397.

Advierte LACRUZ BERDEJO al respecto que *"si la convención de indivisión alcanza a los adquirentes particulares de la cuota, es cuestión de interpretación de la voluntad, en la duda, es más lógico pensar que se ha pretendido darle eficacia erga omnes"* (vid. "Derecho de Sucesiones...", cit., pág. 357).

[9] Vid. por todos LACRUZ BERDEJO, J. L. : "Derecho de Sucesiones..." cit., pág. 356.

... ; en fin, el derecho a pedir la partición que concede el siguiente art. 1052, es renunciable y la renuncia debe estimarse válida mientras no vaya contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero, a lo que no parece que haya lugar, dado que el art. 400 la autoriza, aunque sea con límites temporales, límites que, por lo demás, no dejan de ser muy relativos, toda vez que cada plazo decenal puede ser prorrogado mediante nuevo pacto, sin que la ley ponga traba alguna al derecho de las partes de pactar una segunda prórroga y las demás que convengan. Parece viable, por ende, — continúa diciendo — *la idea de derrocar todo tope temporal a la convención de indivisión de la herencia, sin que ello quiera decir que no haya de estipularse y señalarse expresamente el tiempo que ha de durar la indivisión...*"[10].

A nuestro juicio, no obstante, procede la aplicación del límite temporal de diez años contenido en el artículo 400.2º C.c., sin que la falta de remisión recíproca sea argumento en contra, pues el legislador tomó como modelo de partición la de la herencia, y se remitió a la misma en todo otro supuesto de división.

Por otra parte, es cierto que el derecho de los artículos 1051 y 1052 es renunciable, como también lo es el análogo del artículo 400 relativo a la comunidad de bienes, pero tal renuncia tiene un límite : el regulado en el párrafo segundo de dicho precepto, que creemos aplicable por analogía al caso del acuerdo de indivisión de la herencia.

Consecuentemente, entendemos que el pacto de los coherederos de explotar la empresa en indivisión será válido siempre que no exceda de diez años, pudiendo prorrogarse dicho plazo por nueva convención, sin que, como ha entendido la doctrina mayoritaria[11], haya argumentos para rechazar sucesivas prórrogas.

---

[10] Cfr. op. cit., págs. 392-393.

[11] Vid. *"ad exemplum"* : DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. : "Sistema de Derecho Civil, vol. III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral", Sexta edición, Tecnos S.A., Madrid, 1993, pág. 88.

2. RÉGIMEN DE LA INDIVISIÓN CUANDO LOS HEREDEROS NADA HAN ESTABLECIDO SOBRE SU ORGANIZACIÓN

El convenio expreso de indivisión, como hemos dicho, permite salvar el perjuicio que supone para la empresa caída en sucesión la facultad de los comuneros de pedir la partición, incluso en momento poco oportuno o desfavorable. En dicho convenio, los coherederos pueden establecer el

---

Difiere de la opinión mayoritaria BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (op. cit., pág. 342), quien defiende que la prórroga que el Código Civil permite es única, para lo que alega los siguientes motivos :

1º) La dicción literal del artículo 400.2º , al decir éste que el plazo podrá prorrogarse *"por nueva convención"*, empleando esta palabra en singular.

2º) El hecho de que *"permitir una posibilidad indefinida de prórroga, iría en contra del espíritu que informa la comunidad latina, recogida por nuestro sistema legislativo, y vendría a equiparla a la comunidad que regula el BGB que, según sabemos, permite el pacto de indivisión perpetuo ; con la particularidad de que nuestro sistema, al no establecer la posibilidad de la disolución judicial por causas justificadas, que admite la legislación alemana, resultaría que vendría a ser, de hecho, de indivisión perpetua, mucho más cerrada (en cuanto a posibilidad) que la del propio BGB alemán"*.

3º) La suficiencia del plazo de veinte años. Ya que *"cabe pensar que si las partes estiman conveniente o necesario una segunda prórroga no es ya para mantener la comunidad en sí, pues el plazo de los veinte años (después de una prórroga) es más que suficiente, para lo que racionalmente cabe pensar como objeto de la comunidad ; sino que más bien lo que están pensando es en la obtención de un fin de utilidad o ganancia no característica de la comunidad, sino de la sociedad. Los copartícipes* — afirma — *si acuerdan continuar con la comunidad, después de la prórroga de diez años, lo que tendrán que hacer es convertir o transformar dicha comunidad en una sociedad, estrechando, de este modo, más la unión entre ellos para el futuro"*.

Tales argumentos son brillantemente respondidos por MUÑOZ DE DIOS, según quien el uso de la palabra "convención" en singular se debe a que el legislador la emplea en sentido *formal* y referida a *cada* prórroga en particular ; con ello se intenta evitar que por medio de la *"tacita reconductio"* pueda estimarse prorrogado el contrato de indivisión y se llegue por esta secuela a la prórroga indefinida, ya que al no denunciarlo algún comunero en el preciso momento de su vencimiento se consideraría *prorrogado tácitamente* por otro periodo de diez años y así sucesivamente. Por otra parte, sostiene que el sistema de prórrogas múltiples no va contra el espíritu de la comunidad latina, ni es equiparable al pacto de indivisión perpetua del Derecho germánico, porque en la indivisión perpetua, los comuneros no podrán jamás pedir la división de la cosa común, mientras que en el sistema de prórrogas temporales, los copartícipes, al finalizar cada una de ellas, podrán optar entre pactar otra nueva prórroga o pedir la división de la cosa común. Además, y por último, las prórrogas no tienen siempre una finalidad económica, por contra, se pueden acordar por motivos muy variados (hasta el cumplimiento de una condición o plazo, hasta la superación de una pasajera crisis financiera de la comunidad...). No existe, a juicio del autor, una línea divisoria en virtud de la cual la primera prórroga la acuerdan los comuneros para cumplir fines estáticos o conservativos y las otras prórrogas las acuerden pensando ya en otros fines, de carácter dinámico o económico.

régimen que ha de regir la gestión del patrimonio común. Ahora bien, si los mismos nada han pactado o continuándose en la indivisión tácitamente, ¿qué normas han de regir el ejercicio de la empresa en comunidad hereditaria ?

En principio, no parece que haya otra opción que recurrir a la aplicación de las normas del Código Civil sobre la comunidad de bienes (arts. 392 y ss)[12], aun a sabiendas que, dada la especial naturaleza del bien común (la empresa) el traslado de los preceptos entraña no pocas dificultades.

Así, los acuerdos relativos a los actos de administración requieren, según establece el artículo 398 C.c., mayoría que no será de individuos sino de intereses (art. 398.2º : *"No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad"*). A pesar de ello, cuando no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial para los intereses de la empresa común, el párrafo 3º del precepto que examinamos dispone un recurso judicial subsidiario : *"el juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador"*.

Pero que la regla sea la mayoría no quiere decir que siempre la gestión de la empresa en la comunidad hereditaria respete la misma. Antes bien, en numerosas ocasiones, uno de los coherederos, para evitar la paralización o destrucción de la empresa o por otra cualquiera causa, se erige en administrador de la empresa sin poder de los restantes, pero también sin su expresa prohibición. Ante esta circunstancia, la doctrina se ha esforzado en

[12] Así lo han entendido la mayoría de los autores, a modo de ejemplo : DÍEZ PICAZO (vid. "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", en "Estudios de Derecho Privado", Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 324) ; GARRIGUES (vid. "Curso de Derecho Mercantil", Madrid, 1955, pág. 185) ; POLO SÁNCHEZ (vid. "La transmisión mortis causa de la empresa en el Derecho Catalán, R.D.M. 1972, nº 123, pág. 26) ; SIMO SANTONJA (vid. "Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa", A.A.M.N. 1984, tomo XXIV, pág. 131) ; VALLET MÁS (vid. "El empresario creador y el futuro de su empresa", A.A.M.N. tomo XXIV, 1984, pág. 226) ; FERNÁNDEZ GIMENO (vid. op. cit., capítulo II, págs. 55 y ss. y conclusiones III y IV)...

hallar los procedimientos de técnica jurídica que propicien la eficacia de estos actos realizados sin el concurso de la mayoría[13].

Descartada la aplicación del precepto contenido en el artículo 1695 del Código Civil[14] en sede de sociedades civiles por constituir regla destinada a regir unas relaciones basadas en la existencia de una *"affectio societatis"* o intención de ligarse por vínculo societario[15], circunstancia que, como veremos, no puede presumirse en todo supuesto de acuerdo de indivisión, la solución al problema admite su encuadre en diversas instituciones[16] : mandato tácito, gestión de negocios ajenos sin mandato o, por último, enriquecimiento sin causa ; pero habrán de cumplirse en todo caso los requisitos de estos institutos, lo cual será difícil en numerosas ocasiones.

Para los actos de disposición, por su parte, el régimen legal es la unanimidad, según reza el artículo 397 C.c. No obstante, conviene aclarar que, dada la especial naturaleza del bien empresa, algunos actos tenidos normalmente como de disposición, no serán en este caso concreto sino de administración. Así la venta de mercaderías y otros actos pertenecientes al giro corriente de la empresa han de considerarse de administración, pues se dirigen a la conservación de la consistencia normal de la empresa[17].

---

[13] Cfr. GITRAMA, M. : op. cit., pág. 417 ss. ; y FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. : op. cit., pág. 107 ss.

[14] Esta norma dispone que si en una sociedad no se ha estipulado el modo de administrar, todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad ; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal.

[15] GITRAMA, M. : op. cit., págs. 417-420.

LACRUZ BERDEJO, por contra, defiende la aplicación de dicha norma, por estimar que *"aun cuando el acuerdo de los coherederos de permanecer durante cierto tiempo en la situación de titularidad colectiva no da nacimiento, sin más a un ente social, sí hay aquí un elemento de confianza mutua entre los contratantes que justifica la gestión por cada uno de ellos en la misma forma que en la sociedad"* (op. cit., pág. 357).

[16] Vid. GITRAMA, M. : op. cit., págs. 420 y ss ; FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. : op. cit., pág. 108-110.

[17] Vid. sobre el tema el Parte Segunda, epígrafe III, punto 2º de esta tesis.

Tal sistema de mayorías y unanimidades no es, en absoluto, adecuado al tráfico o giro empresarial, que exige dinamismo y decisiones rápidas ; por ello, el régimen descrito significa yugular la marcha misma de la empresa si los coherederos no son personas bien avenidas y confían expresa o tácitamente en la dirección de una de ellas[18].

Semejante régimen se ha considerado tan indeseable e inadecuado a la empresa que algunos autores propusieron la aplicación al supuesto de las reglas del Código de Comercio sobre el condominio de buques (arts. 589 y ss. C.com.), por razones de analogía.

En este sentido, ya DÁVILA resaltó las diferencias existentes entre la comunidad de bienes civil y la mercantil, regidas por principios muy distantes entre sí ; y esbozó la idea de acudir a una forma típica de comunidad mercantil : la comunidad naviera. El régimen de la misma nada tiene que ver con el civil, y ello porque así lo exigen los intereses de todos : sumisión a la mayoría, el nombramiento de un gestor o factor, la responsabilidad limitada en caso de abandono. No obstante lo dicho, el autor no se decanta decididamente por la aplicación de dicho régimen, sino que aconseja al intérprete "indagar en las fuentes [art. 50 C.com. y 6 C.com. *(sic)*] cuáles son los principios aplicables ensanchando el contenido de la administración, limitando la aplicación de la unanimidad y en fin, someterse a los usos del comercio si los hubiera y fueran de justa aplicación (art. 2 C.com.)"[19].

---

[18] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. : "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 324.

Por esta causa FERNÁNDEZ GIMENO ha advertido que "las normas de la comunidad de bienes deben ser objeto de aplicación cautelosa, especialmente el art. 397 C.c. pues conforme a los principios constitucionales, (especialmente el art. 33 CE) el principio general del derecho de ejercer los derechos conforme a la buena fe y evitando el abuso del derecho recogido en el art. 7 C.c., quizás la unanimidad en la disposición no sea la mejor fórmula respecto a la función social del dominio (art. 33 CE) ; y el art. 399 C.c. (que exige la plena propiedad de las partes, subordinando la eficacia del acto dispositivo al resultado de la adjudicación en la partición, y en la comunidad hereditaria no hay cuotas, al menos en el sentido que las refiere el artículo citado)" (op. cit. pág. 305).

[19] Cfr. "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", A.A.M.N., 1946, tomo III, pág. 582.

ROBLES ÁLVAREZ, sin embargo, sí se muestra convencido de la aplicabilidad a la empresa en comunidad hereditaria de los preceptos que dicta el Código de Comercio sobre la copropiedad naval, fundamentando su postura en tres tipos de razones : "la tradicional consideración de empresa de la navegación marítima" ; el hecho de que "siendo el Derecho Mercantil un Derecho Especial, precisa agotar dentro de él las posibilidades de extensión analógica" ; y además "porque a la situación real de los intereses conviene siempre más la aplicación de unas normas pensadas para un estilo mercantil de explotación (la empresa marítima) que las que disciplinan la comunidad de tipo civil"[20].

---

[20] Cfr. "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", R.C.D.I., 1947, págs. 591-592. Según ROBLES, la comunidad hereditaria de empresa mercantil habrá de regirse por las siguientes normas :

"1ª) Todos los copropietarios participarán en los beneficios y responderán de las cargas en proporción a sus respectivas cuotas (art. 591, 140 y 141 del C.com. y 393 C.c.). Puede liberarse, sin embargo, el copropietario renunciando a su parte.

2ª) El interés del copropietario en la comunidad no podrá ser transmitido sin previo asentimiento de los demás (art. 143 C.com.) por analogía al origen de la sociedad colectiva y en oposición al principio que enuncia el art. 399 C.c.

3ª) Los acuerdos de la mayoría respecto a los gastos necesarios para la continuación de la empresa obligarán a la minoría, a no ser que los socios en minoría renuncien a su participación, que deberán adquirir los demás copropietarios previa tasación judicial de la parte o partes cedidas (art. 592 C.com.). Creemos aplicable este precepto en lugar del 395 del C.c. porque se contemplan supuestos diversos, el art. 592 del C.com. se refiere a los momentos iniciales previos a la puesta en marcha de la empresa ; el art. 395 C.c. a la contribución de los copropietarios para la conservación de la cosa común, aspecto este último mucho más restringido.

4ª) Los copropietarios responden personal, ilimitada y solidariamente de todas las deudas y obligaciones del difunto (art. 661 C.c.).

5ª) La administración de la empresa poseída en común se hará de acuerdo con lo que disponga la mayoría de participantes que representen la mayor cantidad de intereses que constituyen el objeto de la comunidad (art. 589 C.com. y 398 C.c.). Esta mayoría es la relativa de los socios votantes y, caso de ser sólo dos los copropietarios, decidirá la divergencia de parecer el voto del mayor partícipe. Siendo iguales las participaciones, decidirá la suerte. La parte menor que haya en la copropiedad tendrá derecho a un voto y proporcionalmente los demás copropietarios tantos votos como partes iguales a la menor (art. 589 C.com.).

6ª) En función de una mayor agilidad en la conducción de la empresa, es recomendable el nombramiento de un factor (gestor del art. 594 C.com.), que actuará dentro de los amplios límites que le confiere el art. 286 C.com.

Esta postura es seguida también por GITRAMA, para quien las normas relativas a la administración de la copropiedad marítima prevalecen sobre las de la comunidad ordinaria del Código Civil, que asumen el carácter de supletorias[21].

Tal opinión no creemos que pueda ser sostenida. Precisamente la especialidad de las normas que regulan el condominio del buque, hace imposible la analogía respecto del supuesto que nos ocupa. El artículo 2 C.com. al establecer la prelación de fuentes en Derecho Mercantil, dispone que *"los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho Común"*. Pues bien, no estando regulada en el Código de Comercio la gestión de la empresa por una comunidad hereditaria, ni existiendo usos de comercio, se aplicarán las normas generales del Código Civil sobre la comunidad de bienes, porque, como advierte DÍEZ PICAZO, "entre otras cosas, no hay otras normas de las que echar mano"[22].

7ª) Como resultado de la gestión de una empresa mercantil los copropietarios asumen obligaciones y se hacen titulares de derechos de los cuales responderán personal, solidaria e ilimitadamente (art. 148 del C.com.). La solidaridad es más propia de las obligaciones mercantiles que de las civiles, y si ésta se establece para los socios de la sociedad colectiva, pese a la existencia de un ente social con patrimonio propio, no hay razón para determinar una responsabilidad mancomunada cuando se explota una industria mercantil" (op. cit., págs. 592-593).

[21] Vid. op. cit., pág. 413.

[22] Cfr. "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 324.

Asimismo, en sede de Derecho Comparado, la doctrina francesa ha puesto de manifiesto cómo las normas del Código Civil acerca de la indivisión hereditaria no organizada mal se adaptan a las necesidades del sistema de empresa. En efecto, se ha dicho que la indivisión sólo permitirá una gestión normal, dinámica y serena en los casos en que exista cohesión y armonía entre los coherederos. Por el contrario, en caso de desacuerdos, de opiniones y, sobre todo, de intereses divergentes, que desgraciadamente constituye la situación más corriente, tales desacuerdos no podrán ser superados. Antes bien, se podrán ver agravados por el recurso a los tribunales de justicia de que cada heredero dispone para la protección de sus intereses (cfr. CENDRIER, B : "Cession et transmission d'entreprise. Quatre contextes, quatre réponses", Éditions NATHAN, Paris, 1993, pág. 17).

En defecto de convención entre los herederos, las decisiones acerca de los actos tanto de administración como de disposición deben ser tomadas por unanimidad. Pero, a los fines de facilitar la gestión, el legislador permite a los copartícipes la concesión de un mandato general de administración, aunque será preciso mandato especial para todo acto que exceda de la normal explotación del bien común. Si uno de los coherederos realiza la gestión sin mandato expreso, pero sin oposición por parte de los demás, debe entenderse que ha recibido un mandato tácito, el cual cubre los actos de administración, pero no los de disposición ni la conclusión o renovación de contratos de arrendamiento (art. 815-3 C.c. francés).

No obstante, el art. 815-2 permite a cualquier coheredero tomar las medidas que considere necesarias para la conservación del bien común. Pero será precisamente el carácter necesario o no de estas medidas la fuente de las disputas entre los coherederos, paralizándose la marcha de la empresa : el copartícipe corre el riesgo de que se cuestione en los Tribunales la "necesidad" o no de la medida, pues los demás pueden aprovechar la vaguedad de la definición legal de "medida necesaria para la conservación". Por ello, si bien la regla es excelente en sí, su aplicación corre el riesgo de verse frenada en los casos en que se revelaría más útil (cfr. CENDRIER, B. : op. et loc. cit.).

Así, puede verse que la regulación de la indivisión en el Código Civil Francés no conviene a la gestión de una empresa : ¿cómo imaginar que sea necesario la opinión favorable de todo comunero para la venta de una partida de stocks, o para el pago de los salarios del personal ?, operaciones todas ellas corrientes en la gestión de una empresa (cfr. LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F y RICHEN, F. : "La transmission de l'entreprise familiale", Éditions Dalloz-Sirey, Paris, 1992, pág. 53). Por tanto sería conveniente la conclusión de un convenio de organización de la indivisión, a menos que la solicitud de partición no se demore. (Sobre el tema vid. además de los citados : CHAPUT, Y. : "Les transmissions d'entreprises" Presses Universitaires de France, Paris, 1993, págs. 77-78 ; CHARTIER, Y. : "Droit des affaires. Tome I. L'entreprise Commerciale" Ed. PUF, Paris, 1993, págs. 414-415 ; JAUFFRET, A. : "Manuel de Droit Commercial", 23ª ed. par Jacques MESTRE, L.G.D.J., Paris, 1997, pág. 426 ; JUGLART, M. et IPPOLITO, B. : "Traité de Droit Commercial", tome I, 4ª ed. par Emmanuel du PONTAVICE et Jacques DUPICHOT, Monchrestien, Paris, 1988, pág. 809 ; PÉDAMON, M. : "Droit Commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contracts du commerce", Dalloz, Paris, 1994, págs. 232-233 ; VIDAL, J. : "La transmission a cause de mort de l'entreprise familiale en Droit Français" , Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, tomo XLI, 1993, pág. 215 ; etc.).

También para el Derecho Alemán, ha manifestado la doctrina que, siendo la comunidad hereditaria un instrumento de funcionamiento lento, resulta inapropiado para el ejercicio de una empresa mercantil. En la comunidad hereditaria, la administración corresponde a los coherederos en común, y el heredero por sí sólo únicamente puede llevar a cabo medidas de conservación de la empresa o formular demandas que aprovechen a todos los partícipes (§§ 2038 y 2039 B.G.B.). Naturalmente, como apuntan WALDNER y RAUSCH (vid. "Das Testament des Unternehmers", Beck-Rechtsberater, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1997, págs. 140 y 141), los coherederos pueden concederse recíprocamente poderes generales, lo que permitirá que uno actúe por todos. No obstante — afirma — dicho poder no podrá inscribirse en el Registro Mercantil, ya que, según opinión mayoritaria, nadie puede apoderarse a sí mismo. También pueden los coherederos conceder poderes a un extraño, con el inconveniente de que dicho poder es, en todo momento, revocable por cualquier coheredero. Por su parte, los actos de disposición sobre cada uno de los bienes hereditarios precisan el consentimiento unánime de todos los coherederos (§ 2040 B.G.B.).

Vid. sobre el tema, además de los citados : INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND / ARBEITKREIS „UNTERNEHMERNACHFOLGE" : "Erbfolge und Erbauseinandersetzung bei Unternehmen", IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1995, págs. 137-140 ; JAHRMARKT, M. : "Vorteilhafte Unternehmernachfolge", Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1977, págs. 137-139 ; SUDHOFF, H. : "Handbuch der Unternehmersnachfolge" CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1984, pág. 30.

3. LA ORGANIZACIÓN CONVENCIONAL DE LA INDIVISIÓN

Acordado por los herederos, por la causa que sea, el ejercicio de la empresa en comunidad durante un tiempo determinado, los mismos podrán organizar el régimen de la gestión de la empresa, del modo que les convenga, a fin de obviar la aplicación del sistema legal y los problemas de inadecuación a las necesidades del tráfico mercantil que de la ley surgen.

Advierte FERRANDIS VILELLA que "en rigor, y aunque pueda parecer una redundancia, el primer acto de administración puede ser el pacto que establezca el modo de llevar a cabo la administración, acto que necesariamente requiere la intervención de todos los coherederos"[23]. No creemos, sin embargo que el establecimiento de un sistema de gestión de la comunidad distinto al legal pueda ser considerado un acto de administración, antes bien, se trata de un acuerdo estatutario en el sentido que establece un nuevo estatuto jurídico para la comunidad modificando los derechos de que los coherederos gozarían según ley, por esta causa entendemos que para su establecimiento es necesario el consentimiento unánime de todos los sucesores.

En tal sentido, los mismos podrán pactar un régimen nuevo, o introducir ciertas modificaciones en el legal, pues tanto una cosa como la otra vienen permitidas por la flexibilidad del artículo 392.2º C.c. Así, por ejemplo, pueden convenir, apartándose del artículo 397 C.c., que los actos de disposición sobre los bienes relictos se acuerden por simple mayoría ; o incluso excluir la aplicación del párrafo tercero del artículo 398, evitando el perturbador recurso a la autoridad judicial[24]. Pueden igualmente los herederos repartirse las

---

[23] Vid. "La comunidad hereditaria", Bosch, Barcelona, 1954, pág. 169.

[24] Cfr. GITRAMA, M. : op. cit., págs. 376 y 377.

Esta regla contenida en el art. 398.3 que establece el recurso subsidiario a la autoridad judicial, ha sido considerada, sin embargo, por una buena parte de la doctrina, de carácter

funciones de la empresa y confiar cada una al que de ellos sea experto en la materia o reúna mejores condiciones para llevar a cabo con éxito las gestiones oportunas[25].

En ocasiones, los coherederos verán más razonable confiar la dirección y gestión de la empresa a un administrador versado en las funciones empresariales. El administrador elegido podrá ser un heredero o un extraño[26], dependiendo de si entre los copartícipes existe o no persona preparada para tomar el relevo del causante en la dirección de la empresa. En cuanto a la forma de nombramiento, pone de manifiesto FERNÁNDEZ GIMENO que la misma podrá ser o bien mediante contrato de mandato[27], o a través de un contrato laboral (que el autor desaconseja por someter al contratado a consultar y pedir autorización para todo), o bien en forma de contrato mercantil (esto es, nombrando un factor mercantil del art. 281 y ss C.com.). Esta última posibilidad es la más adecuada a la naturaleza del cargo que va a desempeñar el administrador[28].

¿Qué quórum es preciso para el nombramiento de un administrador? Se trata de una cuestión complicada, ciertamente, como advierte FERNÁNDEZ GIMENO, la exigencia de unanimidad en su nombramiento ofrece como ventaja que responde a la voluntad de toda la comunidad hereditaria, pero por otro lado, de adoptarse la regla de la mayoría, aquellos comuneros que se crean perjudicados, podrían acudir a la autoridad judicial para impugnar el

imperativo, como protectora del interés común o del disidente, por lo que, de entenderse así, no sería posible su exclusión por pacto (en esta línea DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN, A. : "Sistema de Derecho Civil", vol. III... cit., pág. 83).

[25] Cfr. FERRANDIS VILELLA, J. : op. et loc. cit.

[26] Vid. ventajas e inconvenientes del nombramiento de uno u otro en la obra citada de FERNÁNDEZ GIMENO, págs. 78 y 79.

[27] En el que se contemple minuciosamente el contenido y los límites de la administración, se prevea el régimen de control y dación de cuentas, así como aquellos actos en los que se necesite el acuerdo de los herederos ; el procedimiento para solicitar determinadas autorizaciones a los herederos, las causas de extinción y sustitución del mandato... (op. cit., págs. 79 y 80).

[28] Cfr. op. cit., pág. 80.

nombramiento (art. 398.3 C.c.). Para este autor, no obstante, el nombramiento por mayoría responde mejor que la unanimidad al régimen de la comunidad, "porque los intereses de los comuneros no necesariamente son idénticos, el derecho de los disidentes queda salvaguardado por el art. 398 y exigir la unanimidad supondría paralizar la actividad de la empresa"[29].

Para resolver el problema que nos ocupa, creemos que procede distinguir con GITRAMA dos tipos de acuerdos : en primer lugar el acuerdo general y abstracto de deferir la administración a uno de los herederos o a un extraño, esto es, de constituir un administrador, y, en segundo lugar, la decisión concreta de designar a tal o cual persona para ocupar semejante cargo. Pues bien, para el primer acuerdo, como antes hemos visto, será necesaria unanimidad, bastando para el segundo la mayoría. La distinción se fundamenta en que *"la administración es un derecho de todos y cada uno de los coherederos que no puede ser sustraído a los mismos por simple acuerdo de la mayoría ; el art. 398 se refiere a las modalidades internas de la administración en cada negocio singular, pero no a la entrega total de la administración a un ente distinto de los comuneros ; la designación de la persona que ha de administrar es una simple modalidad que puede ser hecha por la mayoría"*[30].

Por último, en cuanto a los actos realizables por el administrador, éste podrá efectuar todos los actos normales del tráfico económico de la empresa : compraventa de mercaderías, emisión de facturas, contratar con proveedores, pagar gastos de arrendamientos, proveedores, energía eléctrica, suministros, contratar operarios, emitir y recibir la correspondencia, cobrar créditos..., esto es, todos los actos que correspondan al giro normal de la empresa (art. 286 C.com.). Podrá asimismo contratar en nombre de la empresa en operaciones ordinarias del tráfico[31].

---

[29] Cfr. op. cit., pág. 89.

[30] Cfr. op. cit., págs. 377 y 378, nota al pie nº 60.

[31] Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. : op. cit., pág. 97.

Conviene poner de relieve que en Francia una ley de 31 de Diciembre de 1976, estableció una serie de disposiciones para regular las situaciones en que un grupo de personas son propietarios pro indiviso de bienes inmobiliarios o mobiliarios. Así pues, al fallecimiento de un empresario titular de una empresa individual dejando varios herederos, a los fines de evitar la fragmentación de la empresa y permitir, por el contrario, la conservación de la misma, la ley ofrece la posibilidad de la realización de convenciones relativas al ejercicio de los derechos indivisos : los llamados convenios de indivisión (arts. 1873 y siguientes del Código Civil francés)[32].

Dicho convenio de indivisión permite, con el acuerdo de todos los comuneros, organizar las reglas de funcionamiento de la empresa común : designación de un gerente, definición de sus poderes, fijación de su remuneración...[33]

---

[32] Cfr. MENDELSOHN, D. : "Succession et transmission de l'entreprise. Comment assurer sa stabilité", Éditions WEKA, Paris, 1986, pág. 152.

[33] La validez de este convenio de indivisión, que debe ser consentido por todos los coherederos por unanimidad, está subordinado a la redacción de un acto que contenga la enumeración de los bienes indivisos y la indicación de las cuotas o partes que corresponden a cada uno de los comuneros (art. 1873-2).

La convención de indivisión ha de tener una duración determinada que no puede exceder de cinco años renovables por otros cinco por nueva convención. Mientras dura este convenio de indivisión, la partición no puede ser provocada, excepto por justo motivo según apreciación del Tribunal (art. 1873-3 C.c.). Por el contrario, si no se ha fijado ninguna duración determinada, la partición puede pedirse en todo momento, siempre que no se haga de mala fe o en tiempo inoportuno.

Los comuneros pueden nombrar uno o más administradores elegidos o no entre ellos (art. 1873-5). El gerente tiene un poder de administración, pero para los actos graves como la venta de bienes comunes, deberá obtener el consentimiento de todos los copartícipes. Dicho gerente tiene derecho, excepto acuerdo en contrario, a la remuneración de su trabajo en las condiciones fijadas por los comuneros (art. 1873-10). Cualquiera de los comuneros tiene derecho a la comunicación de todos los documentos relativos a la gestión. El administrador debe rendir cuentas de su gestión al menos una vez al año. Con ocasión de la misma, indicará por escrito los beneficios obtenidos y las pérdidas en que se ha incurrido o se prevé que se incurrirá (art. 1873-11).

Para ser eficaz, el convenio debe prever la suerte de la cuota de los comuneros en caso de fallecimiento. Se puede estipular la posibilidad de que los comuneros excluyan a los herederos del difunto, o la atribución de los derechos a un único sucesor, a cuenta de que éste compense a los demás. En ausencia de una cláusula semejante, el convenio concluido por cinco años se transformará en un convenio de indivisión de duración indeterminada y cualquier

4. LA CONTINUACIÓN ESTABLE DEL EJERCICIO DE LA EMPRESA EN INDIVISIÓN, ¿SUPONE LA CONVERSIÓN DE LA COMUNIDAD EN SOCIEDAD ?

Se ha aventurado por un sector doctrinal que cuando, por voluntad expresa o tácita de los coherederos, la comunidad hereditaria se erige en forma duradera de ejercicio de la empresa común, este hecho determina la conversión de la comunidad en sociedad, pues dicho acuerdo de indivisión ha de considerarse *"affectio societatis"*.

Se trata de una cuestión difícil y controvertida, pues la complica el hecho de que las fronteras entre sociedad y comunidad no están bien definidas.

A) Las distintas posturas existentes sobre la materia en la doctrina española

a) Doctrina favorable a la constitución tácita de una sociedad mercantil irregular entre los coherederos a causa del ejercicio colectivo de la empresa heredada del causante-empresario

Ya en 1942, MARÍN LÁZARO, al estudiar las diferencias que separaban la comunidad de la sociedad, advirtió frente a la teoría de Pothier de la distinción por el origen que, si bien la sociedad casi siempre supone un contrato, puede establecerse mediante un consentimiento tácito, *"por ejemplo, si heredado un negocio en vez de proceder a su división, los herederos se aplican a continuarlo, convirtiendo así la mancomunidad hereditaria en una verdadera compañía mercantil sin que medie un convenio expreso"*[34].

---

heredero podrá provocar la partición en todo momento (cfr. A.A.V.V. : "L'entreprise familiale", en Rev. Fid., nº 629, Juillet 1980, págs. 122-123 ; MENDELSOHN, D. : op. cit., págs. 152-156).

[34] Cfr. "Sociedad y comunidad", R.D.P. 1942, págs. 695-696. Y, más abajo, criticando la tesis de THALLER que propone la atención al móvil (sociedad : estado buscado ; comunidad : estado sufrido), afirma : *"Podemos decir de este criterio que es tan engañoso como el anterior. Así, por ejemplo, una mancomunidad hereditaria que se convierte en una*

Posteriormente, se plantea el tema DÍEZ PICAZO, para quien el problema radica fundamentalmente en la interpretación de la voluntad; concretamente en si, faltando una expresa declaración de los coherederos de querer constituir una sociedad, el comportamiento concluyente consistente en explotar conjuntamente la empresa no implica una efectiva *affectio societatis* y, en definitiva, un verdadero contrato de sociedad. A juicio del autor, la respuesta ha de ser afirmativa ya que, *"habría en el supuesto algo semejante a lo que los anglosajones han llamado partnership by estoppel : cuando una o varias personas suscitan con su conducta la impresión de que una determinada situación jurídica existe entre ellas, esta situación jurídica debe considerarse válida frente a ellas"*. No obstante esta opinión, considerando este jurista que la sociedad constituida no podrá erigirse en persona jurídica independiente de los socios ni éstos limitar su responsabilidad, que seguirá siendo solidaria, deduce que la pretendida sociedad mira más *ad intra* que *ad extra*[35].

En igual sentido, JORDANO BAREA, en relación con la explotación agrícola comunitaria, entendió que en los casos en estudio habría una sociedad superpuesta a la comunidad subyacente, pues lo que cualifica a la sociedad es el ejercicio en común de una actividad económica, mientras que la comunidad es el simple goce de una o más cosas. En tales circunstancias, cuando lo tenido en común no constituye un patrimonio en reposo, sino en movimiento, de modo que los copropietarios no se limitan a la mera conservación, utilización o disfrute, sino que aspiran a un lucro o ganancia a

sociedad mercantil, por haberse aplicado los herederos a la explotación permanente de los negocios hereditarios sin celebrar un contrato de sociedad, constituye una verdadera compañía mercantil, aunque la situación en que se encontraron los herederos no hubiera sido buscada por ellos ; antes bien, resultase aceptada por los mismos tal como quedó constituida en virtud de la apertura de la herencia del causante" (op. cit., pág. 697).

[35] Cfr. "La sucesión por causa de muerte..." cit., págs. 324-325.

Siguen a este autor POLO SÁNCHEZ (vid. op. cit., pág. 27) y el notario SIMO SANTONJA en su citado artículo, págs. 131-132.

través de la gestión empresarial, tiene lugar la constitución tácita de una sociedad[36].

El siempre agudo DE LA CÁMARA propone atender primordialmente a la voluntad de las partes, ya que no basta el hecho de que el objeto común sea una empresa mercantil, cuya explotación presupone el ánimo de lucro, para que estemos en presencia de una sociedad. Según su parecer, lo verdaderamente decisivo es que las partes quieran someterse al régimen jurídico preestablecido para la sociedad, lo cual no suscitará ningún problema cuando nos hallemos ante una sociedad típica o ante una atípica pactada expresamente, pero sí ante una sociedad acordada de modo tácito, por hechos concluyentes que denotan que los interesados no quieren la simple comunidad. En el caso de la empresa mercantil individual en la que suceden una pluralidad de herederos, hay que distinguir — en opinión de DE LA CÁMARA — diversas situaciones. Así, en tanto la empresa pertenece en común a todos los coherederos por formar parte de la herencia indivisa, en principio no puede hablarse de sociedad tácita. Incluso si al practicarse la partición los herederos acuerdan dejar la empresa en situación de proindivisión porque aún no han llegado a un acuerdo sobre su adjudicación, pero no quieren que esta circunstancia retrase el reparto de los demás bienes, tampoco habrá surgido la sociedad tácita. Tan sólo cuando el propósito que persigan las partes sea explotar la empresa en común de forma permanente, excluyendo la idea de interinidad, la sociedad habrá nacido, bien que de manera tácita. Para el jurista, la fijación de un plazo durante el cual deba mantenerse la indivisión, el nombramiento hecho a favor de uno o varios de los partícipes para que actúen como gestores del negocio común, la actuación en el tráfico bajo una rúbrica colectiva, la asignación y distribución de funciones

---

[36] Cfr. "La explotación agrícola comunitaria", en "Estudios en honor del Prof. Castán Tobeñas", Tomo V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 369-370.

A juicio del autor, aunque la sociedad mire más *ad intra* que *ad extra*, aplicando a las relaciones internas el régimen de la sociedad (en este caso civil, al tratarse de empresa agraria), se garantiza bastante el buen funcionamiento y conservación de la empresa agraria comunitaria, pues no cabrá pedir la división de la cosa en cualquier tiempo, porque aportados

en la empresa a los diferentes partícipes o la reorganización de aquélla de común acuerdo, son factores indicativos de que la *affectio societatis* existe, y con ella la sociedad misma[37].

En esta línea de opinión favorable a entender constituida tácitamente una sociedad se manifiestan también los mercantilistas BROSETA PONT[38], FONT GALÁN[39] y ROJO[40]; y el civilista LACRUZ BERDEJO si bien no se pronuncia convencidamente en este sentido, sí acepta la aplicación a la comunidad formada por los coherederos que ejercen la empresa de las reglas y principios propios de las sociedad[41].

---

los bienes a una sociedad constituida por tiempo indefinido, sólo se podrá pedir su extinción de buena fe y en tiempo oportuno (op. cit., pág. 371).

[37] Cfr. "Estudios de Derecho Mercantil I, Curso de Estudios Tributarios", Madrid, 1972, págs. 158-159. En la misma dirección se pronunció VALLET MÁS, L. M. : vid. op. cit., págs. 226-228.

[38] Vid. "Manual de Derecho Mercantil", Tecnos, Madrid, 1991, pág. 111 : *"Si los llamados a suceder son dos o más herederos, puede generarse una situación de comunidad incidental para la explotación de la misma de modo transitorio, pero de subsistir esta situación surgiría entre los herederos una relación de sociedad tácita e irregular, sin personalidad jurídica, a menos que formalizaran la aportación de sus derechos hereditarios a una sociedad, mediante escritura pública y fuera ésta inscrita en el Registro Mercantil".*

[39] Vid. "La empresa como objeto de negocios jurídicos", en la obra colectiva coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ : "Derecho Mercantil I", 4ª edición, Ariel Derecho, S.A., Barcelona, 1997, pág. 88.

[40] Vid. "El establecimiento mercantil, (II). Transmisión", en la obra colectiva dirigida por R. URÍA y A. MENÉNDEZ : "Curso de Derecho Mercantil, I", Civitas, Madrid, 1999, pág. 122 : *"En los demás casos, se constituirá sobre el establecimiento una comunidad hereditaria que, si el establecimiento continúa siendo explotado, quedará convertida en sociedad irregular, con todos los inconvenientes que ello comporta (v. art. 22.5º RDL 1/1993, 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados)".*

[41] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J .L. : op. cit., pág. 357.

Del mismo modo en la obra de LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F y RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil V", cit., pág. 103, se advierte que *"cuando la división se retrasa indefinidamente, habrá que examinar las causas de esta demora para saber si a tal situación prolongada de pluralidad de titulares se le aplica el régimen de comunidad hereditaria, u otro más orgánico, en el que se tenga en cuenta la existencia de una empresa común".*

Muy interesante es la tesis de CAPILLA RONCERO, según el cual todas las situaciones que la jurisprudencia ha denominado *"comunidades societarias"* (explotación por parte de varias personas de una actividad de carácter empresarial, habitualmente con ánimo de lucro, pero que se genera no a través de la celebración de un específico contrato, sino como consecuencia de acontecimientos que vienen dados a los partícipes)[42] encajan mucho mejor en el régimen de las sociedades que en el de la comunidad de bienes, ya que mal se acomodan las normas que presuponen una actividad meramente conservativa con el carácter dinámico de una actividad de empresa. Y ello, sobre todo, tratándose de una actividad de empresa común de carácter mercantil, en cuyo caso — afirma — las personas que la llevan a cabo deberán quedar sometidas a las normas de la sociedad colectiva. Estaríamos entonces ante una sociedad mercantil contraída mediante una declaración tácita de voluntad sin constancia en el Registro Mercantil como tal sociedad y, por ello, sometida a las disposiciones propias de las sociedades irregulares[43].

Aplicando la anterior doctrina al caso concreto de la sucesión *mortis causa* por una pluralidad de sujetos en la titularidad de una empresa, el autor señala que si los coherederos continúan normalmente el ejercicio de la actividad empresarial, habrá datos para entender que emiten su consentimiento contractual, mediando entre ellos una relación de carácter social. Caso aparte sería que, fallecido un empresario individual, sus coherederos mantengan transitoriamente el estado de indivisión como consecuencia de la complejidad de las operaciones particionales, pues, tratándose en este supuesto de un ejemplo de ejercicio provisional de actividad empresarial por varios comuneros, es preferible aplicar las reglas propias de la comunidad, porque esta situación normalmente tiende a su disolución[44].

---

[42] Vid. *infra* II, 4, B), b).

[43] Cfr. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", obra colectiva coordinada por M. ALBALADEJO, tomo XXI, vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, 1986, págs. 138-141.

[44] Cfr. op. cit., págs. 141-142.

Tan tajante como la anterior es la postura de PAZ-ARES, quien ya no propone atender a la voluntad. A su parecer, la llamada "comunidad de bienes" como forma de organización de la empresa colectiva, constituye un *monstruum* jurídico. Tales organizaciones, de comunidades sólo tienen el nombre ; son sociedades externas y por tanto personificadas. Y contra ello no puede alegarse — continúa — que para que haya sociedad es necesario que las partes hayan querido el cambio que deriva, en la condición jurídica de los bienes, de su aportación a la sociedad. Antes bien, la calificación y aun el intento empírico de las partes de permanecer como comunidad no puede prosperar, las relaciones externas han de someterse imperativamente a la normativa societaria[45].

Así pues, por lo que respecta a las comunidades hereditarias sobre establecimientos mercantiles, PAZ-ARES considera que "la explotación de la empresa por parte de los herederos bajo una razón unificada en el tráfico provoca la conversión de dicha comunidad en una sociedad externa. El contrato de sociedad, si no se ha pactado expresamente, ha de considerarse concertado tácitamente o por hechos concluyentes. El mismo hecho de continuar la explotación significa que hay sociedad"[46]. Tal situación la diferencia, no obstante, de los casos en que la explotación de la empresa por los herederos no sea autónoma y permanente sino meramente conservativa,

---

En esta dirección se ha manifestado también MARTÍNEZ SANZ, para quien las comunidades que ejercen actividad mercantil, en buena parte de los casos encubren sociedades irregulares. Pues, *"la comunidad de bienes, como instituto destinado a hacer frente a una situación de interinidad, con efectos esencialmente conservativos, casa mal con el dinamismo que por naturaleza exige la actividad empresarial, lo cual no excluye el ejercicio transitorio de una empresa o industria por parte de una comunidad de herederos"* [cfr. "Consideraciones en torno a la sociedad irregular. Comentario a la S.T.S. (Sala 1ª) de 9 de Marzo de 1992". La Ley, 1992-4, págs. 184].

[45] Cfr. Comentario del art. 1669 C.c., en la obra colectiva "Comentario del Código Civil", tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1370.

[46] Op. et loc. cit.

en espera de que se practique la división, que no puede recalificarse como sociedad[47].

Mucho más allá va DE LOS RÍOS, el cual, partiendo de la convicción de que la actividad de empresa no puede ser objeto de comunidad (orientada por naturaleza a la conservación y goce de un bien) sino de sociedad, no cree osado afirmar que del mismo modo que un propietario se convierte en empresario cuando comienza a ejercer habitualmente el comercio y queda sujeto al correspondiente estatuto, los comuneros devienen socios, por coempresarios, cuando comienzan a desarrollar en común aquella actividad. Por tanto, cada vez que varias personas pongan bienes en común a fin de ejercer una actividad económica, o bien que las que se encuentran ya en esa situación decidan igualmente comenzar a desarrollarla, queda constituida una sociedad[48].

Para el caso concreto de la comunidad hereditaria, el autor manifiesta su extrañeza ante el hecho de que juristas que en general han rechazado la comunidad de empresa, se rinden ante el supuesto de la comunidad hereditaria de empresa, reconociendo razones de Derecho Sucesorio o de índole teleológica[49]. Tres son las razones principales que se suelen alegar

---

[47] Cfr. op. cit., pág. 1371.

Siguen a este autor CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO (vid. "Sociedad irregular y sociedad en formación. Una aproximación a su régimen jurídico", Editorial Praxis, Barcelona, 1997, pág. 75) quienes proponen "confinar" las comunidades de empresa a la calificación que técnicamente les corresponde, independientemente de la calificación que las partes le hayan dado. Según estiman, *"para el intérprete estaríamos ante la obtención de la «premisa menor», es decir, la afirmación de que «este hecho H determinado realiza S» siendo «S» el conjunto de elementos definitorios de la sociedad, y dando lugar con ello, por el elemental silogismo de determinación de la consecuencia jurídica, a la aplicación del régimen jurídico que se revela más adecuado a las exigencias de la seguridad del tráfico. Si hay sociedad, y en estos casos normalmente la hay, dígase con claridad y dejémonos de extraños circunloquios que no hacen sino complicar la calificación del supuesto de hecho y, en particular, no acudamos a la fácil excusa de la tutela del «tercero», a quien precisamente no favorecemos sembrando la duda sobre si lo que hay es una sociedad o una comunidad"* (op. cit., pág. 85).

[48] Cfr. "Comunidad de bienes y empresa" McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 176-177.

[49] Recordar cómo PAZ-ARES o CAPILLA RONCERO admitían la posibilidad de existencia de comunidad hereditaria de empresa, con aplicación de las reglas propias de la

para la admisión de la misma en algunos casos : a) falta de voluntad de los coherederos ; b) posibilidad de que los herederos continúen la gestión con ánimo de mero goce ; y c) que la intención de los coherederos sea la de conservar el establecimiento activo y sin menoscabos hasta su enajenación, liquidación o división[50]. A juicio de DE LOS RÍOS, tales argumentos no resisten la crítica. Por lo que al primero respecta, es evidente que si involuntaria es la muerte del difunto, la continuación de la empresa no puede no ser voluntaria ; el ejercicio empresarial requiere siempre una decisión al respecto[51]. En relación al segundo entiende el autor que es preciso distinguir entre gestión de empresa y disfrute, pues la actividad mercantil superará siempre el contenido del último[52]. Y frente al ulterior argumento destaca la irrelevancia jurídica de los fines de conservación que impulsen a los coherederos[53]. Así pues concluye que *"siempre que una pluralidad de herederos continúen la empresa del causante, se habrá de considerar que existe una sociedad entre ellos, independientemente del tiempo que dure, de los motivos particulares que los animen o del modo en que se le dé fin"*[54].

b) Doctrina que niega el nacimiento de una relación societaria entre los coherederos con motivo del ejercicio colectivo de una empresa común

La postura que niega la conversión de la comunidad hereditaria en sociedad por el simple hecho de ejercitar establemente una empresa heredada del difunto, la encabeza en la doctrina española el maestro GARRIGUES, el cual sostuvo que cuando los herederos acuerden continuar conjuntamente la explotación "no puede presumirse constituida una sociedad entre los

comunidad, en los casos en que se tratara de actividad provisional en espera de partición o liquidación (vid. *supra)*.

[50] Cfr. op. cit., págs. 191-194.

[51] Cfr. op. cit., pág. 196.

[52] Cfr. op. cit., págs. 197-199.

[53] Cfr. op. cit., págs. 199-200.

[54] Cfr. op. cit., pág. 201.

herederos porque toda sociedad mercantil necesita constituirse conforme a las disposiciones del Código de Comercio (art. 116 y 119). Existirá una communio incidens a la que se aplicarán por analogía muchos de los preceptos del Código civil que reglamentan la comunidad de bienes, definida incorrectamente en el art. 392"[55].

Así pues, como vemos, la razón de que este ilustre autor rechace la posibilidad de que venimos tratando se debe a que niega que puedan existir sociedades mercantiles tácitas, considerando mercantil tan sólo la sociedad que cumple la doble exigencia de constitución en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. Tal postura, no obstante, está absolutamente superada por nuestra jurisprudencia que ha admitido que una sociedad mercantil se constituya en documento privado e incluso sin forma alguna, tácitamente[56].

---

[55] Cfr. "Curso de Derecho Mercantil", Madrid, 1955, pág. 185.

Se recoge la opinión de GARRIGUES sobre el tema en el "Diccionario de Derecho Privado", voz "Empresa mercantil", tomo I, Ed. Labor, S.A., Barcelona-Madrid, 1950, pág. 1759.

[56] Vid. *ad exemplum* las SS.T.S. de 15 de Octubre de 1940 (R.J.A. 1940/886) ; 23 Marzo de 1954 (R.J.A. 1954/1000) ; 29 de Noviembre de 1958 (R.J.A. 1958/3810) ; 26 de Junio de 1959 (R.J.A. 1959/2936) ; 3 de Marzo de 1960 (R.J.A. 1960/944) ; 22 de Marzo de 1962 (R.J.A. 1962/1248) ; 7 de Febrero de 1964 (R.J.A. 1964/633) ; 21 de Diciembre de 1965, R.J.A. 1965/5958 ; 21 de Junio de 1983 (R.J.A. 1983/3647) ; 1 de Octubre de 1986 (R.J.A. 1986/5230), F.D. 2º de la segunda sentencia : *"...desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes, con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dadas las operaciones o actividades que tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio que esta Sala comparte. La condición de irregular, determinada por la ausencia de la escritura pública y su inscripción registral, no desnaturaliza tal carácter mercantil en las relaciones que median entre los socios, y así lo estima la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el art. 117 del Código de comercio que da validez al contrato, «entre los que lo celebren», siempre que reúna los requisitos del art. 1261 del Código Civil., admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y aún en forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a la de las colectivas con aplicación de la normativa específica del Código de comercio, siempre que se trate de vida interna de la sociedad, es decir de relaciones de los socios entre sí o con la sociedad"*. SS.T.S. 3 de Abril de 1991, R.J.A. 1991/2633 ; 11 de Junio de 1991, R.J.A. 1991/4443 ; 6 de Noviembre de 1991, R.J.A. 1991/7937 ; 9 de Marzo de 1992, R.J.A. 1992/2009 ; 18 de Mayo de 1992, R.J.A. 1992/4907 ; 13 de Noviembre de 1992, R.J.A. 1992/9402 ; 4 de Diciembre de 1992, R.J.A. 1992/10393, etc.

La opinión de GARRIGUES es seguida por DÁVILA GARCÍA[57], GITRAMA[58] y ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR quien considera inaceptable que el título hereditario y la continuación en el ejercicio puedan sustituir al contrato e inscripción registral que dan origen a la sociedad[59].

Igualmente, parece inclinarse por tal tesis BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, que exige acuerdo expreso de los herederos dirigido a formar una sociedad, y advierte que, en la duda, habrá de estimarse existente comunidad de bienes[60].

Modernamente, LARRONDO LIZARRAGA ha entendido que la continuación por los herederos del difunto de explotaciones integradas en el acervo hereditario está revestida de un cierto aroma comunitario en las relaciones internas, que diferencia esta situación de la sociedad civil y de la mercantil[61]. A su juicio *"nada obsta a la validez del convenio unánime de los*

---

[57] Vid. op. cit., pág. 581 : *"El nuevo empresario puede ser una persona individual o colectiva. Lo corriente suele ser una pluralidad de herederos. GARRIGUES dice que se forma una "communio incidens" a la que se aplicarán por analogía muchos de los preceptos del Código Civil que reglamenta la comunidad de bienes. Así los herederos continúan el comercio de su causante en forma de comunidad y en ningún caso de sociedad. Este problema ha sido controvertido en la doctrina y todo ello parece que tiene su origen en las épocas de aparición del consorcio hereditario y la societas romana. Esta controversia, dice D'AMELIO, la inicia ULPIANO en el texto siguiente que resuelve con gran sencillez : «Para que haya acción de Sociedad es preciso que haya Sociedad ; porque no basta que una cosa sea común, si no hubiera Sociedad» (Dig. XVII, II, fr. 31). Es importante este texto ulpiáneo para que los tratadistas ahonden en esta forma de ejercer el comercio. El civilista estudia en la teoría general del sujeto todo lo referente a la persona individual y a la asociación, entre las que se encuentra la persona jurídica. Pero en todos los tratados mercantiles se pasa por alto el ejercicio del comercio por una agrupación de personas sin ser sociedades o personas jurídicas. La Asociación mercantil no es solamente la sociedad sino que existen otras formas y entre ellas la comunidad por razón de título hereditario. En el derecho mercantil alemán se observa la misma clasificación pero allí la sociedad colectiva está más cerca de la comunidad (organizada de modo de g. Hand) que de la sociedad (porque no tiene personalidad jurídica). Nuestra práctica jurídica acusa la existencia de esas comunidades y los Notarios y Bancos conocen bien estas formas. Todos los herederos, en forma colectiva o mancomunada (en sentido propio de mano común) toman acuerdos, nombran apoderados, abren y cierran cuentas corrientes, piden dinero y en general comercian".*

[58] Vid. op. cit., págs. 412-413.

[59] Cfr. op. cit., pág. 596.

[60] Cfr. op. cit., págs. 45 y 46.

[61] Cfr. op. cit., pág. 476.

herederos para la continuidad del negocio del causante, pero tal acuerdo no constituye una sociedad civil, ni mercantil, si no reúne los requisitos de éstas, por lo que las relaciones internas entre los partícipes se rigen por las normas de la comunidad"[62].

Esta postura ha sido compartida por FERNÁNDEZ GIMENO quien manifiesta que la continuación de la empresa por la comunidad hereditaria "es una comunidad dinámica, pero carece de las formalidades, publicidad y configuración jurídica de la sociedad"[63]. Su régimen jurídico, según el autor, será el de la comunidad, siquiera especial o *sui generis*, pues está modalizado por su especial naturaleza jurídica, y no el de la sociedad[64].

c) La posición intermedia: atención a la voluntad de los coherederos

Entre los autores que estiman que la simple continuación del ejercicio del negocio mercantil heredado por una comunidad hereditaria hace presumir el nacimiento de una relación societaria entre los coherederos en razón de que la actividad empresarial es objeto propio de sociedad y no de comunidad, y los que estiman que la sociedad entre los que colectivamente ejercen una

---

[62] Cfr. op. cit., pág. 480.

[63] Cfr. op. cit., págs. 306-307.

[64] Cfr. op. cit., pág. 237.

Los argumentos que alega el autor en apoyo de la existencia de comunidad y la no identificación con una sociedad son los siguientes (op. cit., págs. 235-236) :

"1º) La configuración negocial que le han dado los herederos no es de la sociedad.

2º) El título hereditario no puede sustituir al contrato de sociedad, carece por tanto de formalidades necesarias de constitución y de publicidad. Ello, unido a la diferente configuración jurídica a la de la sociedad, permite inferir la voluntad de los herederos.

3º) La comunidad es un hecho jurídico extracontractual, pues procede de la delación hereditaria.

4º) La comunidad carece de personalidad jurídica.

5º) Al permanecer los pactos secretos entre los socios, por virtud del art. 1669 C.c. se le deben aplicar las normas de la comunidad. Carece de formalidades y publicidad".

empresa heredada no surge si no se dan los requisitos formales y de publicidad que para aquélla prescribe la ley, encontramos en la doctrina una postura intermedia que aboga por la atención a la voluntad expresa o tácita de los interesados. Así, si puede vislumbrarse la concurrencia de una cierta *affectio societatis* se estará ante una sociedad, en caso contrario, la figura existente será la comunidad.

Esta tesis intermedia la defendió ya PUIG BRUTAU el cual, pese a hacerse eco de la necesidad de que las sociedades mercantiles se ajusten en Derecho español a lo dispuesto en el Código de Comercio o en las leyes especiales, no ignora que existen algunos casos en los que se impone "la fuerza derivada de ciertas situaciones de hecho". Por ello, la clave consiste — afirma — en interpretar el pacto de los coherederos por el que instituyan órganos de gestión y representación. En este sentido, el intérprete podrá verse fuertemente inclinado a pensar que se trata de una constitución de sociedad si la institución de un órgano de representación se hace de manera que no deja a quienes lo han instituido la posibilidad de actuar y hacer por sí mismos lo que incumbe al órgano, circunstancia característica de la gestión social, a diferencia de la representación fundada en el apoderamiento[65].

Recientemente ALBALADEJO, al estudiar la distinción entre la comunidad y la sociedad, ha mantenido la necesidad de atender a la voluntad de las partes y al modo en que éstas configuran su relación, ya que el ánimo de lucro es elemento que puede estar presente tanto en la una como en la otra. Por ende, para este autor, *"la sucesión en comunidad de los herederos del difunto titular de una explotación, no es un caso anormal de comunidad, llamado o a desaparecer rápidamente o a convertirse en sociedad, sino que es un caso corriente y de toda la duración que se quiera, en el que como se recibió en comunidad y no se acordó después pasar a sociedad, sigue siendo de aquélla, por falta de contrato de sociedad y su correspondiente affectio societatis, lo mismo que la agrupación creada por acuerdo de comunidad,*

[65] Cfr. ""El testamento del empresario", R.D.P., 1960, págs. 856 y 857.

inclusive con fin de lucro, seguirá siendo comunidad si no se resuelve convertirla en sociedad mediante el correspondiente contrato"[66].

Por último, parece inclinarse también por esta opinión F. SÁNCHEZ CALERO quien propone estar al acuerdo expreso o tácito entre los coherederos, si bien reconoce que "la atracción de las llamadas comunidades de empresa o negocio al campo de las sociedades se produce por la dificultad de compaginar las normas relativas a la comunidad (que presuponen una situación estática de disfrute de una cosa) con las necesidades propias de la explotación conjunta de un negocio, que implican una actividad dinámica, a la que se adaptan mejor los preceptos relativos a las sociedades"[67].

B) <u>Examen de la jurisprudencia</u>

Los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de si el ejercicio de una empresa mercantil en comunidad hace surgir entre los partícipes una relación societaria que se superpone a la anterior, de manera que el régimen aplicable sería el de sociedad y no el de la comunidad de bienes son variados y poco coincidentes entre sí. Además, como acertadamente se ha apuntado, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia se caracteriza por una total falta de dominio del lenguaje, al no discriminar entre fenómenos tan disímiles y que se han de mantener nítidamente separados, como son los de la sociedad irregular, la interna, la tácita, e, incluso, la atípica y la de hecho[68].

Fundamentalmente encontramos en la jurisprudencia tres líneas de decisiones sobre el supuesto estudiado : la primera lo considera comunidad de bienes, aplicándole las normas de esta institución ; la segunda nos sorprende con la creación de una figura intermedia, las llamadas *"comunidades*

---

[66] Cfr. "La distinción entre comunidad y sociedad", A.C. 1995-3, pág. 678.

[67] Cfr. "Instituciones de Derecho Mercantil, Tomo I, Introducción, Empresa y Sociedades", Vigésima segunda edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 226-227.

[68] Cfr. CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R. : op. cit., pág. 93.

societarias" ; y, la tercera y últimamente dominante, opta por la calificación del supuesto como sociedad mercantil irregular, e incluso, ocasionalmente, expresamente como colectiva.

a) Comunidad de bienes

La S.T.S. de 28 de Junio de 1906[69] es temprana muestra de la línea que considera la posibilidad de que una empresa se ejercite en comunidad de bienes, amén de ser ejemplo de la impropiedad en el uso de los términos por parte de nuestro alto tribunal. Así, ante un pacto cuyo objeto consistía en la adquisición y venta de solares, se le califica primeramente en la narración de los hechos como de *"sociedad"*, se habla luego de *"asociación o comunidad"*, para terminar considerándose existente una comunidad nacida de un acuerdo entre los interesados en la que participaron, cada uno por su cuota, los cotitulares de la explotación del susodicho negocio de compraventa de solares.

En la sentencia de 14 de Febrero de 1930[70], se discutía un caso de explotación por la comunidad de herederos del fallecido de un establecimiento mercantil dedicado a fábrica de hielo, cervezas, gaseosas y jarabes ; el Tribunal Supremo estimó existente una comunidad de bienes, por lo que procedía el ejercicio de la *"actio comuni dividundo"*[71].

En la misma línea se sitúa la S.T.S. de 9 de Julio de 1940[72], en pleito en que se juzgaban los hechos siguientes : fallecida la titular de una explotación industrial, ésta quedó en común entre su marido y sus hijos habidos en matrimonio con aquél ; el demandante suplicó en juicio de menor cuantía que se condenase a los demandados a la división de la explotación industrial poseída en común, éstos reconvinieron solicitando se condenara a la demandante a constituir con ellos una sociedad anónima para continuar la

[69] J.C. 1960, vol. 2º, nº 109.

[70] R.J.A. 1930/667.

[71] Vid. CDO. 2º.

[72] R.J.A. 1940/691.

explotación, apoyándose en un pacto celebrado por todos los interesados en el que, a modo de precontrato, se comprometían a explotar la empresa en estado de indivisión de modo provisional, rigiéndose por las reglas de la comunidad de bienes, a los fines de conservar la misma hasta la constitución de la sociedad por todos los partícipes[73]. El juzgado y la Audiencia acogieron la reconvención, pero el T.S. casó el fallo, alegando que el precontrato invocado carecía de los datos suficientes para precisar las cláusulas que habían de incluirse en el contrato preparado y, además, el juez no podía otorgar éste supliendo la voluntad del demandante, pues la prestación del consentimiento es acto personalísimo que, incumplido, sólo da lugar a resarcimiento de daños y perjuicios[74].

A los efectos que nos interesan, advierte ALBALADEJO al comentar esta sentencia que en la misma aparece claro que el Tribunal Supremo *"da por bueno que una explotación industrial, una fábrica, que pertenecía en común a los herederos de su antiguo dueño, pueda ser acordado por éstos que «continuase provisionalmente regida por las reglas de la comunidad de bienes procediéndose seguidamente (cuando se celebre el contrato de sociedad que se prevé) a constituir entre todos los partícipes y para la explotación del negocio común una sociedad». Así pues, entretanto la sociedad no se establezca, no existe entre los partícipes sociedad, sino sólo comunidad de bienes. Lo que demuestra que en criterio del Tribunal Supremo, la comunidad puede recaer sobre una industria, es decir, puede buscar fin de lucro"*[75].

En la S.T.S. de 27 de Septiembre de 1985[76] se discutía si había o no surgido sociedad en la comunidad hereditaria nacida tras la muerte del titular

---

[73] Vid. CDO. 1º.

[74] Vid. CDO. 2º.

[75] Cfr. op. cit., pág. 672.

La posibilidad del ejercicio de actividad en comunidad se consagra asimismo en la S.T.S. de 2 de Abril de 1974 (R.J.A. 1974/2043).

[76] R.J.A. 1985/4476.

de un negocio industrial, por haber mantenido sus herederos la explotación del mismo en régimen de indivisión. El Supremo declaró en el primer y único considerando que del resultado de la prueba practicada, no había constancia alguna de sociedad, la cual por otra parte, siendo irregular, manteniéndose secretos sus pactos (se confunde sociedad interna y sociedad irregular), estaría sometida a la normativa de la comunidad de bienes, por lo que procedía el derecho a ejercitar la acción de división.

Del mismo modo, la de 10 de Diciembre de 1985[77] contempla la existencia de una comunidad de bienes en la comunidad hereditaria que explota una empresa mercantil de su causante. Y la sentencia de 2 de Diciembre de 1989 declara suficiente la figura de la comunidad de bienes para poder explotar en común un negocio de taller mecánico[78].

Por ende, el grupo de sentencias que hemos traído constituye prueba suficiente de que, para el Tribunal Supremo (o, mejor dicho para una línea jurisprudencial), el ejercicio de una actividad empresarial, mercantil o civil, y la búsqueda del lucro no está reñido con la existencia de comunidad, sea ésta hereditaria o contractual.

b) Las llamadas "comunidades societarias"

El Tribunal Supremo acuñó el poco feliz término de *"comunidad societaria"* para referirse a casos de ejercicio de una actividad empresarial con

---

[77] R.J.A. 1985/6431.

[78] R.J.A. 1989/8791. F.D. 4º : *"...siendo el señor T.G. y su cuñado el señor B.G., según lo declara probado la sentencia recurrida, propietarios por mitad y proindiviso del inmueble en que instalaron el taller y de la maquinaria y herramientas de éste, la normativa propia de la comunidad de bienes entre ellos existente, en cuanto copropietarios, es suficiente para poder explotar en común dicho taller y obtener del mismo el correspondiente rendimiento partible, como acertadamente entiende la Sala de apelación, sin tener que acudir a la añadida e innecesaria configuración de una sociedad entre ellos, máxime cuando ésta, al tener que ser de las llamadas irregulares por su alegada constitución mediante un simple contrato verbal y mantenerse, por tanto, sus pactos secretos entre los socios, habría de regirse, en todo caso, por las normas de la comunidad de bienes, como expresamente establece el artículo 1669 del Código Civil".*

El Tribunal Supremo vuelve a confundir sociedad interna con sociedad irregular y aplica erróneamente a una y a otra las reglas de la comunidad de bienes.

ánimo de lucro por un grupo de personas, sin que exista entre ellas contrato expreso y formal de sociedad. En estos supuestos, se daba, a juicio del alto Tribunal, una situación intermedia entre la figura de la sociedad y la de la comunidad de bienes, causa por la cual se decidió a crear un *"tertius genus"*.

La primera sentencia que recogió tal denominación fue la de 16 de Abril de 1942[79]. Ante la decisión de los herederos, una vez realizadas las operaciones particionales, de continuar en común los negocios de panadería y arrastre de carbones de minas que habían pertenecido a su causante, el Tribunal Supremo consideró que *"como los coherederos litigantes al dejar en común bienes determinados, afectos a negocios industriales, contrataron la continuación de esos negocios para obtener un lucro partible y no la mera conservación de los bienes para su aprovechamiento, preciso se hace admitir que la relación jurídica creada en ese contrato es la llamada comunidad societaria, porque si bien la falta de los requisitos formales que el Código de Comercio establece para el contrato de sociedad impide el reconocimiento de la personalidad jurídica social frente a terceros, por concurrir en el caso presente los requisitos esenciales de esta clase de contratos, según antes se dice, el concertado entre los coherederos litigantes debe surtir efecto como sociedad irregular o de hecho, ya que los artículos 1278 y 1667 del Código Civil y los 117 y 120 del de Comercio autorizan tal conclusión"*. Tal *"comunidad societaria"* sería, no obstante, romana y convencional y no hereditaria, pues se ha producido la partición.

En la de 12 de Mayo de 1959, fallecido el titular de una empresa de transportes de viajeros por carretera, se estipuló igualmente entre sus herederos un contrato mediante el cual acordaban la explotación en común del mencionado negocio y la forma en que la administración debía llevarse a cabo, amén de la participación de cada uno de los hermanos en las ganancias (es

[79] R.J.A. 1942/468 bis.

decir, a nuestro juicio, un auténtico contrato de sociedad). El Tribunal Supremo mantuvo la calificación de *"comunidad societaria"* efectuada por la Audiencia[80].

Con posterioridad se ha acogido semejante denominación en la sentencia de 21 de Diciembre de 1965[81], y en la de 6 de Octubre de 1990[82].

En realidad, se ha de señalar que, aunque hemos dicho que el Tribunal Supremo parece querer ver en estos supuestos una figura intermedia entre comunidad y sociedad, lo cierto es que se configuran como verdadera sociedad mercantil de carácter irregular, aplicándose en la disolución y liquidación las reglas del Código de Comercio[83], e incluso, en la última sentencia citada se dice explícitamente que son aplicables las normas mercantiles sobre sociedades colectivas[84]. En nada se diferencia, pues, esta jurisprudencia de la que comentaremos a continuación , se trata de una simple cuestión terminológica.

c) Sociedad irregular

---

[80] R.J.A. 1959/1996. Vid. CDO. 2º Y 4º.

[81] R.J.A. 1965/5957.

En la misma, el negocio mercantil de compraventa y alquiler de pianos que había pertenecido al difunto D. Ricardo, fallecido en 1929, fue continuado por su esposa Dña. Francisca hasta su fallecimiento en 1939. Tal negocio siguió explotándose sin solución de continuidad por los herederos de D. Ricardo y Dña. Francisca en lo que el Tribunal Supremo denomina *"comunidad societaria"* y en la proporción de un 50% cada una de ambas ramas hereditarias, hasta que en 1952 se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada "Ricardo Rodríguez", a la cual los herederos de D. Ricardo aportaron la totalidad del negocio. Así pues, en el acervo social de dicha sociedad se hallaba integrado y era objeto de explotación en su totalidad el negocio referido. Por esta causa, la demandante, como heredera de Dña. Francisca ejercita acción reivindicatoria por el dominio del 50% de los bienes que constituyen el patrimonio del negocio mercantil, pretensión que es estimada en primera instancia y confirmada en apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

[82] R.J.A. 1990/7475. F.D. 4º : *"hubo contrato consensual, puesta en común de actividad y bienes, «affectio societatis», ánimo de lucro, falta de escritura pública e inscripción en el Registro, lo que implica que la relación jurídica creada en el contrato es la llamada comunidad societaria, que si bien no determina la personalidad jurídica frente a terceros, surte sus efectos como sociedad irregular".*

[83] S.T.S. de 16 de Abril de 1942 y de 12 de Mayo de 1959.

[84] Vid. F.D. 6º.

La última jurisprudencia parece inclinarse por entender que el marco más adecuado para el ejercicio estable y duradero de una actividad empresarial por una colectividad de personas no es sino la sociedad, aplicándose, por tanto, esta calificación al ejercicio en común del negocio heredado del causante por una comunidad de herederos.

En este sentido, la sentencia de 15 de Octubre de 1940[85], partiendo de lo que considera criterio fundamental de distinción entre sociedad y comunidad : la finalidad, conceptúa la explotación de un café bar como "negocio propio del contrato de sociedad, y más específicamente, del de sociedad mercantil, por el objeto o índole comercial de sus operaciones". Por ello, habida cuenta de que la misma puede surgir aunque no se cumplan los requisitos formales prescritos por la ley, declara existente una sociedad irregular.

Es de destacar la S.T.S. de 28 de Junio de 1975[86], en un supuesto que, aunque no es concretamente el nuestro, al haberse practicado la partición que puso fin a la comunidad hereditaria, sí estamos ante una continuación en común de empresa heredada por los sucesores del empresario difunto, siendo la cuestión controvertida precisamente la naturaleza de la relación que mediaba entre los mismos a efectos de la liquidación y rendición de cuentas por quien de hecho (el hermano de mayor edad, nombrado tutor de los demás) llevó a cabo la gestión y administración del negocio ; el alto Tribunal entendió que : *"las relaciones existentes entre los hermanos que ahora litigan, constituyen una sociedad civil de naturaleza particular y de carácter irregular, cuyas estipulaciones rigen sólo entre los mismos obligados por el convenio social (....) puesto que, extinguida la primitiva comunidad hereditaria con la oportuna partición, lo que continuó en común no son objetos concretos sobre*

---

[85] R.J.A. 1940/886.

En el mismo sentido se pronuncia la S.T.S. de 10 de Marzo de 1949 (R.J.A. 1949/421) y la 16 de Marzo de 1961 (R.J.A. 1961/1206).

[86] R.J.A. 1975/2616.

los que la titularidad plural se limite al uso y disfrute, sino un negocio mercantil de ferretería y armería en el que va implícito el ánimo de partir las ganancias que se produzcan y naturalmente compartir las pérdidas que pudieran producirse...".[87].

Sí se refiere específicamente al problema que estudiamos la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 14 de Noviembre de 1956[88] en la que se afirma que *"conformes las partes en que la herencia de sus padres y causantes está integrada, entre otros bienes, por un establecimiento mercantil que se mantuvo en actividad normal después del fallecimiento de aquéllos, ..., es obvio que sobre la base del negocio heredado constituyeron los interesados una sociedad mercantil irregular, según el concepto del artículo 116 del Código de Comercio y jurisprudencia formada en su interpretación, con el «aporte» de sus respectivos derechos hereditarios, de plena eficacia entre ellos ; por lo que, partiendo de esta calificación jurídica de la situación más adecuada que la de simple comunidad hereditaria...".* En el mismo sentido encontramos la S.T.S. de 24 de Mayo de 1979 en la que, aun no siendo cuestión controvertida, el Supremo declara en el primer considerando que la situación jurídica que liga a las partes ha de ser calificada como sociedad irregular de índole mercantil, surgida por transformación de la comunidad hereditaria, por la intervención de la *"affectio societatis"* que animó a los herederos cotitulares de la denominada "Comunidad de bienes Pedro J. Portanet", hacienda mercantil relicta por su padre y causante[89]. Igualmente, la de 29 de Septiembre de 1992[90], estimó que la continuación en común por unos hermanos del negocio recibido de su

---

[87] TENA PIAZUELO critica esta sentencia advirtiendo que *"puede verse que una sociedad mercantil por su actividad es considerada como sociedad civil en cuanto se aprecia una irregular constitución, pero con la particularidad de que no se contenta la sentencia con concluir la aplicabilidad del artículo 1669, sino que llega más lejos incluyendo el supuesto societario en el tipo previsto en el artículo 1665 del Código Civil"* (vid. "Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el art. 1670 del Código Civil" , R.C.D.I., 1997 III, págs. 2083-2084).

[88] R.G.D. 1956, pág. 212.

[89] R.J.A. 1979/1891.

[90] R.J.A. 1992/7331.

padre, había determinado el nacimiento de una sociedad mercantil irregular, siendo índice de la existencia de la sociedad, *"la realidad de una dirección indistinta, de un reparto de beneficios, de una actuación conjunta"*.

En todos estos pronunciamientos, el alto Tribunal, a los efectos de la calificación de la relación existente entre los que colectivamente ejercen la empresa, atiende al hecho de que lo que se tiene en común es una actividad y que la finalidad a la que se dirige la misma es la obtención de ganancias o beneficios[91]. Y ello, sin que la calificación que las partes atribuyen a sus relaciones obligacionales sea determinante para configurar por sí y de modo imperativo la específica y propia naturaleza contractual[92].

C) La cuestión en el Derecho Comparado

a) Derecho Italiano

El problema de la naturaleza de la relación existente entre los coherederos que por acuerdo expreso o tácito continúan en común el ejercicio de una empresa heredada ha provocado en Italia ríos de tinta. Y ello a pesar

---

[91] Así en la S.T.S. de 29 de Julio de 1995, R.J.A. 1995/6760, en un supuesto de continuación en común por los sucesores del causante de la explotación agrícola, tras la disolución de la primitiva comunidad hereditaria, el Tribunal, confirmando la decisión de la Audiencia, declaró : *"...Inicialmente, al fallecer don Julio D. G., existió una comunidad hereditaria, que fue extinguida con las operaciones particionales protocolizadas notarialmente el día 30 de Julio de 1982, de tal manera que desde tal fecha lo que continuó en común no son los objetos concretos sobre los que la titularidad plural se limita al uso y disfrute, sino una explotación agrícola en la que va implícito el ánimo de partir las ganancias que se produzcan y naturalmente compartir las pérdidas que pudieran producirse (...) Ha de considerarse que el mismo hecho de continuar la explotación agrícola de forma unificada tras la disolución de la primitiva comunidad hereditaria, significa que hay sociedad, ya que no ha existido una mera finalidad de conservación del patrimonio en espera de que se practicara la división, sino que ha tenido una finalidad autónoma y duradera en el tiempo de mantener íntegra la explotación agrícola..."*.

Y en la de 13 de Noviembre de 1995, R.J.A. 1995/8122, se establece que *"el contrato de sociedad... aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, se presenta dinámico al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también así asumen las pérdidas (...) En cambio la comunidad de bienes tiene una proyección más bien estática, ya que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales"* (F.D. 1º).

[92] S.T.S. de 24 de Julio de 1993, R.J.A. 1993/6479, F.D. 2º y la citada de 13 de Noviembre de 1995, F.D. 1º.

que el legislador de 1942 quiso zanjar la polémica discusión acerca de las diferencias entre comunidad y sociedad, llevando la distinción al propio articulado del Código, así después de haber definido en el artículo 2247 el contrato de sociedad como aquél mediante el cual dos o más personas aportan bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con la finalidad de repartirse los beneficios[93], precisa en el artículo siguiente que la comunidad constituida o mantenida con la sola finalidad de goce de uno o más bienes, se regula por las normas del título VII, del libro III[94], es decir por las disposiciones sobre la comunidad.

La intención del legislador era, como puede apreciarse, delimitar los ámbitos de aplicación de las normas sobre la comunidad contenidas en el libro III y las del libro V que regulan la sociedad, separando así lo que constituye una forma de propiedad de un contrato. En principio y teóricamente, pues, la distinción parece clara, sin embargo las fronteras entre una y otra figura se difuminan cuando la comunidad recae sobre un bien tan especial como la empresa, ya que, si bien hay consenso en entender que existe comunidad cuando la misma es concedida, por ejemplo, en arrendamiento, repartiéndose los comuneros las rentas, la duda surge cuando éstos optan por el ejercicio empresarial, ¿existe en este caso comunidad o sociedad ?

Esta cuestión no ha encontrado solución en el nuevo Código, como tampoco lo hizo en los anteriores[95] y, sin embargo, el problema es muy

---

[93] Artículo 2247 C.c. italiano : *(Contratto di società) "Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esecizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili".*

[94] Artículo 2248 C.c. italiano : *(Comunione a scopo di godimento) "La comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III".*

[95] Señala ROTONDI como el diputado VARÈ ya en 1882 se lamentaba del silencio del Proyecto al respecto : *"Non intendo perchè non sia colmata una grande lacuna, che fu lamentata spesso nel codice precedente, vale a dire la condizione giuridica della comunione che si avvera fra gli eredi di un commerciante. Più fratelli che continuano a commerciare dopo la morte del padre, o col nome del padre, come spesso accade, o col loro nome particolare, formano o no nel senso del codice una società ? Quali sono le conseguenze dell'operato di questi fratelli senza uno scritto apposito ? Quanto tempo avranno tali eredi per dichiarare se vogliono o non vogliono essere soci ? Perchè sarà loro permesso di contrarre debiti, e di far poi*

frecuente, pues surge en todos los supuestos en que una pluralidad de herederos sucede en la empresa mercantil de su causante ; en tales casos se trata de dilucidar si la continuación de la empresa puede o no dar lugar a una sociedad según concurran o no ciertos elementos que transformen la esencia de la primitiva comunidad, o bien es suficiente la voluntad de los herederos de continuar el ejercicio de la empresa para que surja entre ellos una sociedad irregular. Sendas teorías han sido defendidas en la doctrina y en la jurisprudencia.

La opción entre una u otra tesis tiene muy notables efectos, así, mientras que según la primera el que alegue existencia de sociedad deberá probar el elemento constitutivo del vínculo societario, la voluntad unánime y unívoca de los contratantes acerca de la transformación del bien común en bien social ; en la última tesis la única prueba necesaria es aquélla del hecho externo, de la apariencia, pues la simple continuación del ejercicio tendría eficacia suficiente para dar vida a la sociedad[96].

La primera postura fue defendida por CARNELUTTI, para quien, habida cuenta de que la diferencia entre comunidad y sociedad resulta de la combinación de dos elementos : contrato como fuente jurídica, y finalidad de lucro como resultado económico de la relación, si existe sólo uno de ambos requisitos no se da la sociedad. Por esta causa — continúa — es erróneo creer que una comunidad no contractual, como lo es la hereditaria, por el simple hecho de concurrir el fin lucrativo, deba ser considerada una sociedad[97]. Sobre esta base, estima errónea la creencia de que la mera

credere ai creditori secondo che loro interessa, che sono soci o non soci ? Il loro rapporto giuridico di soci sotto quali condizioni si intenderà contratto ? Da qual data, con quale pubblicità ? Tutte lacune che continuano ad esistere nel codice ora progettato" (Vid. "Continuazione dell'azienda ereditaria da parte degli eredi", Riv. Dir. Priv. 1931, Parte Seconda, págs. 3-4).

[96] Cfr. TABET, A. : "Ancora sull'azienda ereditaria e la società di fatto", Dir. Fall., 1949 II, pág. 135.

[97] Cfr. "La azienda commerciale in comunione", Riv. Dir. Comm., 1915 II, pág. 727. Vid. también del mismo autor, acerca de la diferencia entre comunidad y sociedad : "Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione", Riv. Dir. Comm. 1913 I, págs. 91 y ss.

circunstancia de la continuación del ejercicio del comercio por los coherederos, valga como manifestación de voluntad de constituir una sociedad, pues ello constituye un hecho absolutamente pasivo e irrelevante a los efectos de la sustitución del título hereditario por el contractual : los herederos actúan así porque han heredado una empresa, no porque la quieran poner en común[98]. De esta manera, pierde también relevancia el tiempo durante el cual se ha continuado el ejercicio de la empresa por los coherederos. Para este autor, los coherederos no pueden ser considerados socios hasta tanto no se demuestre o que han sustituido expresamente el titulo hereditario de la comunidad por el contractual, o que han alterado las relaciones recíprocas, de tal manera que la sustitución de un título por otro sea presupuesto necesario[99].

En tal sentido se manifestó también FOSCHINI, según el cual no parece aceptable la tesis de que la comunidad se transforma, por la sola gestión directa de la empresa por parte de los herederos, en una sociedad de hecho. Antes bien, ya que por efecto de la sucesión mortis causa los coherederos adquieren la copropiedad del negocio, los mismos pueden explotar este último de todas las formas posibles previstas por el ordenamiento jurídico. Así, a su parecer, el ejercicio de la actividad económica inherente a la empresa en los límites de la productividad actual de ésta, es una forma de goce de la empresa, desarrollo de los poderes de gestión por parte del grupo del copropietarios en orden a un bien productivo, sin que refleje un propósito colectivo de desarrollar una actividad social. Para que surja una sociedad, — afirma — es necesario

---

[98] Cfr. "La azienda commerciale..." cit., pág. 729.

[99] Cfr. "La azienda commerciale..." cit., pág. 730.

De la misma opinión se muestran D'AMELIO (vid. "L'azienda commerciale nella successione ereditaria", Riv. Dir. Comm., tomo II, 1913, pág. 14), CASTELLI-AVOLIO (vid. "L'azienda commercial nelle teorie e nella pratica del Diritto", P. Federico e G. Ardia Librai-Editori, Napoli, 1925, pág. 252) y VALERI ("Elementi obbietivi ed elementi subbietivi dell'azienda commerciale", Riv. Dir. Comm., 1928, pág. 121).

Tal es igualmente la posición de ROTONDI (vid. "Trattato di Diritto dell'industria. L'azienda come oggetto di negozi giuridici", CEDAM, Padova, 1931, págs. 260-261 ; y asimismo el ya citado "Continuazione dell'azienda ereditaria...", págs. 3 y ss. Y sobre la distinción entre sociedad y comunidad, del mismo autor : "Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil", R.D.P., 1958, págs. 723 y ss.).

que se realice por los coherederos una serie de actos de los cuales pueda derivarse la voluntad de comprometerse en el sentido del artículo 2247 C.c. : aportación a la empresa de otros capitales, modificación de lo relativo a la participación en las ganancias y las pérdidas, dirección colectiva en el ejercicio de la actividad inherente a la empresa, la actuación por cuenta del grupo de coherederos en la constitución de nuevas relaciones en orden a la empresa...[100].

Y en este grupo doctrinal hay que encuadrar asimismo a BRANCA que estima preciso para la transformación de la comunidad en sociedad, no sólo el puro y mero ejercicio de la empresa, aunque éste sea prolongado en el tiempo, sino también el compromiso expreso o tácito entre los interesados para desarrollar en común una actividad lucrativa. Según este autor, se permanece en comunidad mientras no se asumen nuevas iniciativas ni se invierten nuevos capitales[101].

Finalmente, por lo que a la jurisprudencia mayor y menor se refiere, se han manifestado en esta línea, entre otros, los siguientes pronunciamientos : sentencia de la Corte Suprema de Casación de 14 de Marzo de 1930[102] ;

---

[100] Cfr. "Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario e destinazione, da parte dei coeredi, dell'azienda ereditaria all'esercizio di un'impresa commerciale", Riv. Dir. Comm., 1964 II, págs. 396-397.

[101] Cfr. "Comunione. Condominio negli edifici" ; en la obra colectiva "Commentario del Codice Civile", dirigida por A. Scialoja y G. Branca, Libro III : Propietà, artt. 1100.1139, 6ª edición. Zanichelli Editore - Il Foro Italiano, Bologna - Roma, 1982, págs. 34-35.

En esta misma línea, para ALVINO, la simple continuación en común de la empresa heredada no da lugar a la constitución de una sociedad de hecho entre los herederos ; para que ésta nazca es ciertamente indispensable que éstos prosigan en nombre y por cuenta propia el ejercicio de la empresa, pero dándose además todos los elementos constitutivos de la relación societaria ; esto es, el consenso expreso o tácito, el ejercicio en común con fines especulativos y la exteriorización de la sociedad frente a terceros (cfr. "La comunione incidentale ereditaria dell'azienda", Giust. Civ., 1968 I, pág. 1997).

Sostienen esta postura además MONTEMURRO (vid. "La conversione della comunione incidentale ereditaria in società", Inf. Pir., 1977 II, págs. 774-775) ; TOLOMEI (vid. "Brevi note in tema di comunione incidentale ereditaria e il esercizio d'azienda", Il Not., 1985, págs. 87-89) ; DI GRAVIO (vid. "Orfani e vedova in società di fatto", Dir. Fall., 1988 II, pág. 147)

[102] Riv. Dir. Priv., 1931 II, págs. 3 y ss.

sentencia del Tribunal de Roma de 28 de Marzo de 1949[103] ; sentencia de la Corte de Apelación de Roma de 31 de Marzo de 1949[104] ; sentencia de la Corte Suprema de Casación de 11 de Marzo de 1954[105] ; sentencia del Tribunal de Roma de 10 de Julio de 1963[106] ; sentencias de la Corte Suprema de Casación de 12 de Noviembre de 1965[107], de 21 de Abril de 1966[108] y de 10 de Junio de 1968[109] ; sentencia del Tribunal de Bolonia de 12 de Febrero de 1976[110] ; sentencia del Tribunal de Roma de 14 de Abril de 1988[111] ; etc.

---

[103] Dir. Fall., 1949 II, págs. 130 y ss. :*"La comunidad hereditaria incidental de una hacienda mercantil se transforma en sociedad irregular entre los coherederos sólo cuando haya prueba de que entre todos los partícipes de la comunidad hereditaria se ha alcanzado un acuerdo estable y duradero para la continuación del ejercicio de la hacienda, acompañado de la unívoca voluntad de dar vida a un nuevo organismo social. Se debe excluir la existencia de una sociedad irregular en el ejercicio incluso continuado de una hacienda hereditaria común, cuando no exista acuerdo estable de todos los partícipes sobre los requisitos fundamentales de la relación societaria, sino que las partes se hayan limitado a continuar colectivamente la gestión de la hacienda en espera de su cesión o de proceder a su división".*

[104] Riv. Dir. Comm., 1949 II, págs. 353 y ss. : *"La comunidad constituida con la sola finalidad de goce, a la que se refiere el art. 2248 C.c., no agota el concepto de comunidad, pudiendo existir también una comunidad constituida para el ejercicio de una actividad económica (comunidad de empresa), sin que por ello exista una relación de sociedad,...".*

[105] Foro It., Rep. 1954, voz "Comunione e condominio", nº 21.

[106] Riv. Dir. Comm., 1964 II, págs. 389 y ss.

[107] Foro It., Rep. 1965, voz "Successione", nº 74.

[108] Foro It., Rep. 1966, voz "Comunione e condominio", nº 44-45.

[109] Foro It., 1968 I, c. 2213 y ss. : *"La neta y profunda distinción entre sociedad de personas y comunidad de goce, tal y como resulta de la confrontación entre los artículos 2247 y 2248 C.c., subsiste en cualquier caso también cuando el objeto lo constituya una empresa mercantil. Se sigue de aquí que, cuando el de cuius deje en sucesión una empresa y sean varios los herederos, puede hablarse de comunidad incidental hereditaria que tiene por objeto la hacienda misma sólo cuando la actividad común de los coherederos se dirija a la finalidad única de gozar de la cosa común, sin ejercicio en común de una actividad especulativa. Cuando, por el contrario, exista este nuevo ejercicio y desarrollo de actividad especulativa, la comunidad incidental puede convertirse en sociedad entre los coherederos, siempre que se pruebe la existencia de todos los elementos constitutivos de la relación societaria, esto es, el consenso expreso o tácito, de ejercitar en común la actividad especulativa, el fondo común, la actividad especulativa, la exteriorización de la sociedad frente a los terceros".*

[110] Giur. Comm., 1977 II, págs. 244 y ss.

[111] Dir. Fall., 1988 II, págs. 146 y ss. : *"La comunidad hereditaria surgida por la muerte de un empresario individual no se transforma automáticamente en una sociedad de hecho entre los coherederos, sino que es necesario que se pruebe la existencia de un contrato válido de sociedad y que la continuación de la empresa se exteriorice, de modo que los terceros puedan razonablemente entender la posibilidad de confiar, para la satisfacción de sus pretensiones, sobre un patrimonio social y sobre el personal de los socios".*

La conclusión a la que conducen los razonamientos expuestos por esta doctrina y jurisprudencia es que no todo ejercicio colectivo y con finalidad lucrativa de una empresa da lugar necesariamente a una sociedad ; por contra, al lado de la empresa social existe otra forma de empresa colectiva : la comunidad de empresa, caracterizada por el hecho de que los bienes utilizados para su ejercicio no constituyen un patrimonio autónomo, sino que permanecen en comunidad, sometidos a las normas del libro III del Código Civil. Existe una comunidad de empresa, según los que siguen esta orientación, cuando una pluralidad de personas utilizan bienes de su propiedad, ejercitando en común una actividad de empresa y, sin embargo, no se ha concluido entre los mismos un contrato (de sociedad) dirigido a modificar la condición jurídica de los bienes utilizados, que continúan, por consiguiente, en comunidad.

Según ha afirmado GALGANO, en la base de tal teoría podemos encontrar un deseo de defensa de la autonomía contractual : nadie — este es el principio general que se invoca — puede sufrir modificaciones en la propia esfera jurídica independientemente de su voluntad, el copropietario continúa siendo tal, y no se convierte en socio, hasta tanto dicha transformación no sea querida por él[112].

Pero, como se ha advertido, el sacrificio de la voluntad viene impuesto por la ley, concretamente por el art. 2248 C.c., que limita la aplicabilidad de las normas del libro de la propiedad a "las comunidades constituidas o mantenidas a los solos fines del goce de uno o más bienes"[113].

---

[112] Cfr. GALGANO, F. : "Le società in genere. Le società di persone", en la colección : "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", dirigida por A. Cicu y F. Messineo y continuada por L. Mengoni, tomo XXVIII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, pág. 58. Idéntica doctrina encontramos en su artículo : "Comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare", Contratto e Impresa, 1988, pág. 691.

[113] Cfr. Le società in genere... cit., pág. 60 ; "Comunione di impresa..." cit., pág. 691.

En este sentido, para esta segunda postura, es inadmisible la figura de la "comunidad de empresa", ya que el ejercicio colectivo de una actividad empresarial a partir de un establecimiento común constituye siempre una sociedad. A ello no puede objetarse que no hay contrato de sociedad si falta el acuerdo de los interesados, pues la voluntad concorde de "ejercitar en común una actividad económica a los fines de repartirse los beneficios" es cuanto basta para que exista, entre los mismos, un contrato de sociedad[114]. No es, sin embargo, necesario que las partes hayan querido también el efecto real del contrato : si utilizan, en el ejercicio de la empresa, determinados bienes comunes, éstos deberán necesariamente calificarse como bienes aportados a la sociedad, independientemente de que los interesados hayan querido o no tal cambio en su condición jurídica, pues dicho cambio se verifica por la intervención de la ley[115].

Esta línea doctrinal es, en la actualidad, la dominante entre los autores italianos y la siguen juristas tan ilustres como el citado GALGANO o AMATUCCI[116] , y asimismo BRUNETTI[117], DOSSETTO[118], FERRI[119], CASANOVA[120], FERRARI[121], FAVARA[122], GRECO[123], BOLAFFIO[124],

---

[114] Cfr. GALGANO, F. : "Le società in genere..." cit., pág. 60.

[115] Cfr. GALGANO, F. : "Le società in genere..." cit., pág. 63.

[116] Vid. "Società e comunione", Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1971, págs. 112-114 y 282- 287.

[117] Vid. "Corso di Diritto Commerciale. Parte Generale", Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1934, pág. 184.

[118] Vid. "Impresa, società, comunione", Riv. Dir. Comm., 1949 II, págs. 353-360. Para este autor, la empresa no puede ser objeto de derechos reales, lo cual equivaldría a confundir empresa y establecimiento (*"azienda"*), esta última sí puede ser objeto de derechos reales y, por tanto, de comunidad. A su juicio, la empresa ejercitada colectivamente debe encuadrarse en una figura jurídica distinta de la comunidad, esto es, la sociedad. Se trata, sin embargo, de una sociedad atípica o, mejor dicho, con cláusulas atípicas.

[119] Vid. "Società tra coeredi e partecipazione degli incapaci alla società", Foro It., 1950 II, c. 322 y ss.

[120] Vid. "Azienda" en "Novissimo Digesto Italiano", Tomo II, U.T.E.T., Torino, 1958, pág. 9.

[121] Vid. "Azienda" en "Enciclopedia del Diritto IV", Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 735.

FERRERO[125], GHIDINI[126], GHIRON[127], SIRTOLI[128], RAGUSA MAGGIORE[129], PITTALIS[130], CREMONA[131], BONAVERA[132], COTTINO[133], etc. ...

---

[122] Vid. "La comunione incidentale in una azienda commerciale", Vit. Not., 1963, págs. 6-12.

[123] Vid. Commentario de los arts. 2555-2583, Libro V, Del Lavoro, en "Comentario Teorico Pratico al Codice Civile", dirigido por V. DE MARTINO. Edizioni Pem, Roma, 1974, págs. 21 y 22.

[124] Vid. "Derecho Comercial, Parte General, vol. II. De los Comerciantes - De los libros de Comercio - De los mediadores" (en BOLAFFIO-ROCO-VIVANTE), Ediar, Buenos Aires, 1974, págs. 118-120.

[125] Vid. "Comunione incidentale di azienda e società di fatto", Giur. Comm., 1977 II, págs. 244-259. La autora afirma que en el caso de pluralidad de herederos hay sólo dos posibilidades : comunidad o sociedad, *tertius genus non datur*, y la continuación del ejercicio empresarial supone siendo sociedad. Tal conclusión la obtiene tras un examen crítico de los argumentos alegados por la doctrina que defiende la existencia de sociedad. Así, ante el criterio temporal, que sostenía que si la comunidad dura exclusivamente el tiempo necesario para enajenar la empresa, permanece como tal, responde que el mismo es indeterminado (¿cuál es el periodo razonablemente necesario para encontrar un buen adquirente ?) y poco persuasivo (efectivamente, los herederos podrían, en espera de vender y a los fines de suscitar buenas ofertas, ejercitar proficuamente la empresa y potenciar su capacidad productiva).

Ante el argumento que alega que se permanece en comunidad *mientras no se asumen nuevas iniciativas ni se invierten nuevos capitales*, o mientras se ejercita la actividad *en los límites de la productividad actual de la misma*, replica que tal razonamiento intenta degradar a actividad genéricamente productiva y una actividad que es objetivamente empresarial, ciertamente, no acierta a explicarse cómo los mismos actos que, realizados por el *de cuius*, habrían constituido ejercicio de la empresa, no deban venir calificados de tales por el simple hecho de ser efectuados por los herederos (cfr. op. cit., págs. 255-256).

[126] Vid. "Lineamenti del Diritto dell' impresa", Dott. A. giuffrè Editore, Milano, 1978, pág. 90, nota al pie 8ª.

[127] Vid. "L'imprenditore, l'impresa e l'azienda", UTET, Torino, s.d., pág. 372-374 ; este autor manifiesta abiertamente que "no puede existir actividad empresarial común sin que exista sociedad" (pág. 374).

[128] Vid. "Comunione ereditaria e società di fatto fra gli eredi", Inf. Pir., 1980 II, págs. 1199-1201.

[129] Vid. "Successione nella titolarità dell'azienda, comunione incidentale e società di fatto". Dir. Fall., 1984 II, págs. 418-423, y del mismo, "Comunione d'impresa e comunione d'azienda nella successione all'imprenditore defunto. Una separazione difficile". Dir. Fall, 1987 II, págs. 764-781.

[130] Vid. "Comunione di godimento e società di fatto". Le Società, 1989 II, págs. 817-823.

[131] Vid. "Rassegna di Giurisprudenza sulle società di fatto". Il Quadr., 1988, págs. 752-770.

[132] Vid. "Comunione d'azienda e società di fatto", Giur. Comm., 1988 II, págs. 381-398.

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, tal postura ha encontrado eco en los siguientes pronunciamientos : sentencia de la Corte de Apelación de Venecia de 13 de Julio de 1915[134] ; sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia de 27 de Febrero de 1933[135] ; sentencia del Tribunal de Milán de 19 de Diciembre de 1949[136] ; sentencia de la Corte de Apelación de Venecia de 9 de Mayo de 1960[137] ; sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia de 8 de Julio de 1966[138] ; sentencia de la Corte Suprema de Casación de 6 de Agosto de 1979[139] ; sentencia de la Corte Suprema de Casación de 21 de Febrero de

---

[133] Vid. "Diritto Commerciale", vol. I, tomo I, 3ª edición, CEDAM, Padova, 1993, pág. 172.

[134] Riv. Dir. Comm., 1915 II, págs. 726 y ss. En ella se contiene la siguiente doctrina al respecto : *"Un impresa di fabricche e costruzioni può essere esecitata in società, ma non in comunione. Se più eredi di un'azienda commerciale non addivengono alla alienazione e alla liquidazione dell'azienda stessa, non possono considerarsi come comunisti ma come soci di fatto".*

[135] Dir. Fall., 1933, págs. 1256 y ss. Dicha sentencia declara que *"si, (...), los herederos, por consentimiento expreso o tácito, continúan el ejercicio del comercio del de cuius en cualquier forma, prosiguiendo su gestión y realizando tranquilamente actos de comercio, relativos al establecimiento, con independencia de la desaparición del titular, y no demuestran ningún acto exterior negativo (abandono, incuria del establecimiento) ni llevan a cabo ningún acto legal (aviso para la continuación del comercio ; liquidación del establecimiento mismo) para deshacerse de él ; sino que por el contrario, realizan toda actividad propia para su normal y ulterior funcionamiento, y procuran financiarlo y se distribuyen las utilidades, en tal caso es obvio que un hecho nuevo interviene en la comunidad y es precisamente el consentimiento verdadero y propio de proseguir el comercio y de destinar a él aquel patrimonio que, mientras habrían podido liquidar y dividir, lo dejaron unido para dedicarlo a la especulación. Y bien, este hecho nuevo, propio y particular de tales herederos, cualquiera que sea la forma en que se realice, esto es, sea por acto escrito o de manifestación verbal o de tácito consentimiento, y cualquiera que sea el nombre que se quiera atribuir a su unión, en virtud de la cual ellos se comportan frente a los terceros, hace surgir implícita e indudablemente por la naturaleza de las cosas el pacto social, la sociedad de comercio, sobre la cual los terceros tienen el derecho de contar y de no se decepcionados, no se sabría concebir firmemente qué otra manifestación sea necesaria en aquel hecho nuevo para alcanzar la importancia característica y constitutiva de una relación social, cuando sus elementos no sólo aparezcan sino que además resulten animados y materializados por una dirección originaria, por una intención correlativa y por una finalidad solidaria de transformar a la entidad muerta, o al menos inerte, de la comunidad, en un organismo social vivo, vital y operante".*

[136] Dir. Fall., 1950 II, págs. 45 y ss.

[137] Dir. Fall., 1960 II, págs. 886 y ss.

[138] Giur. It., 1968 I, c. 105 y ss.

[139] Giust. Civ. 1980 I, págs. 2256 y ss.

1984[140] ; sentencia de la Corte de Apelación de Génova de 16 de Enero de 1987[141] ; sentencia del Tribunal de Nápoles de 28 de Febrero de 1989[142],.. etc., siendo la prevalente al presente.

b) Derecho Alemán

Pudiendo continuarse el ejercicio de la empresa mercantil por una comunidad de herederos sin límites temporales, mientras no se pida la partición, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han mostrado sus dudas sobre si la comunidad hereditaria que ejercita una empresa debe ser tratada como sociedad colectiva cuando los herederos han decidido de común acuerdo continuar la misma, no transitoriamente durante un tiempo determinado, sino de forma duradera.

La jurisprudencia se ha decantado preferentemente por negar que la mera continuación de la empresa caída en sucesión por la comunidad de herederos implique el nacimiento de un vínculo social entre los mismos[143].

En el mismo sentido, ya HEINTZENBERG[144], basándose en el carácter contractual de la sociedad, rechazaba que la comunidad se convirtiera en sociedad sin una decisión de los coherederos al respecto. En su opinión la sustitución, por parte de los sucesores, del título hereditario por uno contractual es algo que pertenece a su libre albedrío. Es cierto que, en ocasiones, de la forma y la duración del ejercicio en común, puede deducirse

---

[140] Dir. Fall., 1984 II, págs. 418 y ss. : *"Si el heredero, aunque aceptante a beneficio de inventario, y el usufructuario de una hacienda individual, continúan la gestión de la misma en beneficio propio, la comunidad de goce se transforma en una empresa social (eventualmente, en la forma de sociedad de hecho) con la consecuencia de que los socios responden de las obligaciones surgidas durante la gestión común".*

[141] Giur. Comm., 1988 II, págs. 381 y ss.

[142] Le società, 1989 II, págs. 817 y ss.

[143] Vid. INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND, ARBEITKREIS ,,UNTERNEHMERSNACHFOLGE" : op. cit., pág. 137.

[144] Cfr. "Die Einzelunternehmung im Erbgang", Duncker & Humblot, Berlin, 1957, págs. 160-161.

la existencia tácita de una sociedad ; sin embargo, a su parecer, el hecho de que la continuación se lleve a cabo por tiempo superior al plazo fijado en el § 27 H.G.B. no es suficiente para entender que existe consenso tácito de constitución de sociedad, tampoco la adopción de una nueva firma... Es necesario que la empresa haya sido ejercida durante largo tiempo por la comunidad de herederos, y que éstos vean en ella una fuente de ingresos y no un patrimonio abocado a la liquidación.

De tal opinión disiente SUDHOFF, para quien, aunque ciertamente una sociedad colectiva presupone siempre la conclusión de un contrato, puede presumirse existente un acuerdo tácito de sociedad una vez transcurrido el plazo de tres meses del § 27 H.G.B.[145].

Insisten en la línea jurisprudencial negativa CAPELLE y CANARIS , que sostienen la necesidad de circunstancias suplementarias a la mera actividad de continuación conjunta para que pueda hablarse del nacimiento de una sociedad de hecho, por lo que habrá de estarse al caso concreto, sin que sea posible establecer una regla general[146].

c) Derecho Francés

En Francia, el problema se presenta de modo semejante al resto de los ordenamientos estudiados, y ello por las incertidumbres de la distinción entre comunidad y sociedad en zonas grises como la representada por la comunidad hereditaria que ejercita una empresa. La doctrina se ha inclinado, por regla general, por entender que la comunidad no admite el ejercicio de una empresa, porque se trata de un estado, una manera de estar de los bienes[147].

---

[145] Cfr. op. cit., pág. 31.

[146] Vid. "Handelsrecht", 21 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1989, pág. 123.

Esta opción, que parece ser mayoritaria, es sostenida también por JAHRMARKT (vid. op. cit., pág. 137-139) y FASSELT (vid. "Nachfolge in Familienunternehmen", Schaffer Poeschel Verlag, Stuttgart, 1992, pág. 16).

[147] Vid. SAINT-ALARY-HOUIN : "Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code Civil", Rev. Trim. Droit Comm., 1979, pág. 686.

Por esta razón, en el caso de comunidad hereditaria de empresa se pasaría de la mera *indivision* a la *société*, siempre que los coherederos continuasen la explotación de la empresa[148]. No obstante, no han faltado tampoco opiniones discordantes, así para DELHAY el mero hecho de no recurrir a la partición en un plazo determinado no debe ser considerado como elemento suficiente para la conversión de la comunidad en sociedad, es necesario la concurrencia de otros requisitos de los que se pueda inferir la voluntad de constituir aquélla[149].

D) <u>Postura que se adopta</u>

Ciertamente, el deslinde entre comunidad de bienes y sociedad no es fácil y se torna mucho más confuso cuando lo tenido en común es un bien como la empresa. Múltiples han sido los criterios que se han argüido para fijar la esencia distintiva entre una y otra institución[150], mas todos ellos han sido contestados doctrinalmente.

El primer criterio diferenciador se ha querido ver en el origen de la relación jurídica. Ya en el Derecho Romano se decía que *"societatem contrahimus, in communionem autem incidimus"*[151], esto es, la comunidad

---

[148] Cfr. SAINT-ALARY-HOUIN : op. cit., pág. 680.

Y en el mismo sentido : CHAPUT, Y. : op. cit., pág. 78.

[149] Cfr. "La nature juridique de l'indivision. Contribution a l'étude de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personalité morale", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968, págs. 190-191.

[150] BRIOSO ESCOBAR enumera los siguientes criterios distintivos entre la comunidad y la sociedad : a) la creación de una nueva personalidad jurídica ; b) los derechos que se ostentan ; c) el predominio del interés individual ; d) el goce de la cuota ; e) la forma de servirse de la cosa común ; f) la conservación de la cosa común ; g) la administración ; h) la base del vínculo ; i) la duración ; j) las acciones divisorias ; k) las normas subsidiarias de división ; l) la finalidad ; m) la actividad ; n) el nacimiento ; ñ) los móviles impulsivos ; o) la affectio societatis (cfr. "Cuestiones sobre la comunidad de Derecho Romano y la facultad de pedir la división", R.D.N., 1980, pág. 21 y ss.).

[151] Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. ; MENDOZA

surge con independencia de la voluntad de los comuneros y la sociedad, por el contrario, ha sido querida por los socios, su origen es contractual frente al meramente incidental de la comunidad de bienes. Ante esta teoría se ha objetado que, si bien lo más frecuente es que la comunidad se derive de un hecho involuntario, también puede constituirse en virtud de contrato, como se desprende del propio artículo 392 del Código Civil[152].

Se ha alegado también la distinta naturaleza jurídica de la relación, pues, si la relación que une a los comuneros es de carácter real, en la sociedad la relación es obligacional, de naturaleza eminentemente personal[153]. Asimismo, se han aducido como elementos diferenciadores la concurrencia o no de la personalidad jurídica[154] (lo que constituye petición de principio, pues para saber si el Derecho le confiere o no a la figura creada por las partes la personalidad jurídica será necesario saber primero si estamos ante sociedad o comunidad) y la distinta organización de las relaciones jurídicas, mínima en la comunidad y compleja en la sociedad[155], aunque tal razón sucumbe ante la

---

OLIVÁN, V. : "Elementos de Derecho Civil III, vol. II. Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad", 2ª edición. J. M. Bosch editor S.A., Barcelona, 1991, pág. 463.

[152] Cfr. MARÍN LÁZARO, R. : op. cit., pág. 697.

[153] Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. : op. cit., págs. 55 y ss. Afirma el autor : *"El derecho de la comunidad protege una relación de tener, que corresponde con la estática patrimonial ; los bienes, como tantas veces hemos dicho, agotan en sí mismos su propio fin. El derecho de la sociedad dinamiza unos bienes, poniéndolos en función de un fin. Los socios, al no tener más que una simple expectativa a las resultas de las operaciones sociales, están en una relación simplemente obligacional o de deber tener"* (op. cit., pág. 62).

En este sentido apuntó DE LOS RÍOS que *"la comunidad de bienes no es más que una situación jurídica y no puede, por tanto, sustentar una relación unificadora de un grupo pluripersonal, en tanto que la sociedad es precisamente la propuesta del Derecho para el cumplimiento de los fines que la comunidad de empresa pretende conseguir"* (cfr. op. cit., pág. 162).

[154] Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. : op. cit., pág. 68 y ss.

[155] Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. : op. cit., pág. 62 y ss. : *"...Las relaciones jurídicas están organizadas de modo diverso en la sociedad y en la comunidad, de acuerdo con el fin que cada una de ellas persigue. La comunidad, careciendo propiamente de un fin común, y no persiguiendo más que el goce o disfrute que de los bienes hagan individualmente los comuneros, no necesita otra organización más que la mínima indispensable para hacer posible la concurrencia de los recíprocos e individuales intereses, logrando su armonía y evitando un conflicto entre ellos. No es, realmente, una verdadera organización."* (op. cit., págs. 62-63).

evidencia de la existencia, en la práctica, de comunidades convencionales organizadas. Siguiendo, no obstante, tal criterio, la S.T.S. de 29 de Septiembre de 1992[156], estimó que era índice de la existencia de una sociedad, *"la realidad de una dirección indistinta, de un reparto de beneficios, de una actuación conjunta".*

Un criterio que ha tenido desde siempre gran predicamento ha sido el subjetivo de la *affectio societatis*. Como se ha dicho, los interesados son libres para establecer entre ellos el vínculo jurídico que prefieran ; y según su voluntad, así quedarán unidos por una comunidad o por una sociedad[157].

Así pues, en realidad, para los que defienden esta tesis, saber si en un supuesto determinado se está ante comunidad o sociedad es un problema de interpretación de la voluntad, que exige descubrir a través de los hechos la intención de los interesados[158].

Pero, para la mayoría de la doctrina, el criterio fundamental de discriminación entre sociedad y comunidad radica en lo opuesto de los fines que ambas instituciones persiguen. Así, mientras que la sociedad es un patrimonio que sirve para el ejercicio de una actividad con la que conseguir un lucro o ganancia partible entre los socios, un patrimonio en movimiento ; en cambio, en la comunidad existe un patrimonio en reposo o estático, los

---

[156] Cit. *supra*.

[157] Cfr. MARÍN LÁZARO, R. : op. cit., pág. 697. Este autor ha sido en España el gran abogado de esta tesis (que fue defendida en Francia por NYSSENS et CORBIAN) aunque la entiende como un criterio indiciario, que debe completarse con los demás.

También ALBALADEJO se ha inclinado por este criterio que considera el más acertado : *"En definitiva, la sociedad de lo que esencialmente procede no es de poner algo en común y perseguir un fin de lucro, sino de querer como sociedad la agrupación de personas que se crea, y lo que ponen en común, es decir, que procede de lo que se llama affectio societatis o propósito de sociedad o voluntad de crear sociedad,.."* (cfr. "La distinción entre..." cit., pág. 678).

[158] Cfr. MARÍN LÁZARO, R. : op. cit., pág. 697.

comuneros se limitan a la mera conservación, disfrute o utilización del mismo[159].

En esta dirección se han pronunciado estudiosos de la comunidad de bienes como BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO[160] y MUÑOZ XANCÓ, según quien :*"Lo decisivo, ..., lo que distingue la sociedad de la mera comunidad consiste en determinar la relación que guarda cada una de estas figuras con los fines de los copartícipes. En la sociedad no se trata de una simple unión de fines individuales más o menos armonizados, sino de una unión de personas que ponen en común sus esfuerzos para poder obtener un fin que es de todos y a todos es común. Los bienes que están en común o aporta el comunero a la comunidad son el elemento inicial que se agota en sí mismo ; la sociedad presenta, por el contrario, un carácter eminentemente personal y, como consecuencia, el título que atribuye a cada uno de los socios tiene también carácter personal y no real. El fin de la sociedad es el lucro común partible. El de la comunidad, como ya se ha dicho, la simple conservación y aprovechamiento de las cosas poseídas en común, con sus pérdidas y ganancias"*[161].

También para CAPILLA RONCERO el criterio de los fines es el más plausible, pues entiende que es precisamente el carácter particularmente dinámico de la sociedad y su dedicación a una empresa común, a una

---

[159] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. : "Sistema de Derecho Civil, vol. III..." cit., pág. 81.

Por esta causa afirman los autores que *"en realidad, la creación por vía convencional de una comunidad no deja de ser en la mayor parte de las ocasiones una hipótesis meramente académica, porque lo cierto es que, cuando a través de la puesta en común de bienes se persigue un fin de lucro partible entre los comuneros, lo que se ha querido es el establecimiento de un vínculo societario"* (ibídem).

[160] Vid. op. cit., págs. 48 y ss.

[161] Cfr. MUÑOZ XANCÓ, J. : "El condominio español en su aspecto distintivo de la sociedad", R.D.P. 1985, pág. 960.

A pesar de la importancia que concede al citado criterio, el autor reconoce que, en la práctica, es aconsejable conjugar las teorías del origen, de la intención y del fin, sin perjuicio de dar más importancia a una de ellas en concreto, según los casos (ibídem).

explotación económica, lo que justifica la diversidad de soluciones adoptadas por el legislador para problemas comunes a la sociedad y a la comunidad[162].

Dicho dinamismo, característico de la sociedad, y la comunidad de fines que en ella existe, exige de los socios una cooperación para la obtención de las ganancias, frente a la posible inercia del comunero y su falta de deberes de gestión y cooperación[163].

DE LOS RÍOS pone igualmente el acento en el fin perseguido. Rechazado el ánimo de lucro como criterio distintivo (ya que también puede darse en la comunidad), insiste en el factor de la actividad que en la comunidad se agota en el goce de la cosa y en la sociedad, en cambio, el patrimonio es un instrumento en relación de medio a fin con el objeto social. Dicho de otra forma, en la sociedad los bienes están en función de la actividad, mientras que en la comunidad la actividad está en función de la cosa y del goce que se va a obtener de la misma[164].

Asimismo, la jurisprudencia parece haberse decantado por este criterio y propone atender a la finalidad perseguida por los interesados. En esta dirección se manifestaron ya las sentencias de 15 de Octubre de 1940[165] y 16 de Marzo de 1961[166]; y modernamente la de 13 de noviembre de 1995[167]

---

[162] Cfr. op. cit., pág. 135.

[163] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. ; MENDOZA OLIVÁN, V. : "Elementos de Derecho Civil III, vol. II. Derechos Reales Limitados..." cit., pág. 464.

[164] Cfr. op. cit., págs. 150 y ss.

[165] Cit *supra*.

El Supremo declara en el Considerando Quinto : *"Que si en nuestro derecho positivo, y singularmente en su aplicación, se ofrecen a veces dificultades al tratar de fijar la línea divisoria entre comunidad de bienes y contrato de sociedad, la moderna orientación de la doctrina científica, señala como nota fundamental la diferenciación, aparte del origen o fuente de que surgen, no siempre uniforme ; de la finalidad perseguida por los interesados —lucro común partible en la sociedad y mera conservación y aprovechamiento en la comunidad —..."*

[166] Cit. *supra*.

recoge los requisitos que, a juicio del Alto Tribunal, configuran el contrato de sociedad : existencia de fondo común acreditado, ánimo de lucro o ganancia común y la concurrencia de una voluntad de unión amplia, constituyente de la *"affectio societatis"*, advirtiendo también que mientras el contrato de sociedad presenta carácter dinámico (aparte de la existencia de un patrimonio comunitario), al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios, susceptibles de ser partidos entre los socios, que asumen también las pérdidas, la comunidad de bienes tiene una proyección más bien estática, que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales.

Consiguientemente, a nuestro juicio, para resolver si la explotación colectiva de una empresa común por la comunidad hereditaria hace surgir o no un vínculo societario entre los coherederos, se habrá de estar en primer lugar a la voluntad manifestada en forma expresa o tácita por los herederos, pero, no podemos quedarnos sólo en la contemplación de la misma, sino que habrá que atender también a las características de la relación jurídica que han configurado, pues no se debe olvidar que las instituciones son como son, y no como las partes las hayan denominado.

Así, si heredado un negocio mercantil, los coherederos deciden continuar el ejercicio en común constituyendo una sociedad a la cual aportarán la empresa, no habrá duda de la existencia de la sociedad ; tampoco la habrá de la existencia de una comunidad de bienes cuando los sucesores opten por continuar en comunidad y apliquen a la gestión de la misma el régimen legal de la comunidad de bienes del artículo 392 y siguientes del Código Civil, e incluso cuando, introduciendo modificaciones en el régimen legal para adecuarlo a las exigencias de la empresa[168], queda claro que las partes han querido una comunidad de bienes y la misma se manifiesta al exterior como tal.

---

[167] Cit. *supra.*

[168] Vid. *supra*, epígrafe II. 3.

Pero, cuando los coherederos continúan el ejercicio colectivo de la empresa heredada a los fines de un reparto de los beneficios, actuando en el tráfico bajo una rúbrica común, e incluso confiriéndose a uno o varios copartícipes la facultad de administrar la empresa y su representación en el giro comercial, creemos que los mismos han constituido un vínculo societario, porque la voluntad de continuar el negocio en tales condiciones es índice suficiente de la existencia de *affectio societatis* y, además, la apariencia creada es la de sociedad.

En este sentido, pensamos que en los casos (en realidad los más conflictivos) en que por inercia o por voluntad expresa o tácita de los coherederos, la comunidad hereditaria se constituye sin más en forma estable y duradera de ejercicio de una empresa heredada, surgirá entre los coherederos un vínculo social ; la empresa se entenderá aportada a sociedad y existirá partición parcial de la herencia[169], teniendo los herederos-socios en la sociedad una cuota proporcional a la que tenían en la herencia. Y ello porque se dan las características esenciales de la sociedad : a) la *affectio societatis* o consentimiento que hace nacer el contrato, manifestada en la voluntad expresa o tácita de los coherederos de continuar explotando la empresa conjuntamente ; b) fondo común constituido por las aportaciones de los socios ; c) colaboración por parte de los socios en el ejercicio de una actividad económica común, la cual otorga a la sociedad un aspecto dinámico e implica, según algunos, un elemento psicológico que refleja su interés por el trabajo en conjunto dirigido al buen éxito de la sociedad ; d) por último, el ánimo de obtener ganancia[170]. Y es más, a nuestro parecer, ante la vacilación, debe optarse por considerar siempre esta figura como sociedad y no como comunidad, pues no cabe duda que el marco adecuado para el ejercicio colectivo de una actividad empresarial es la sociedad y no la comunidad, cuyo

[169] El artículo 1058 C.c. no exige forma alguna para la partición realizada por los herederos convencionalmente, de manera que la misma se podrá hacer de forma tácita, por la constitución de una sociedad por hechos concluyentes.

[170] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 216.

objeto natural es el goce y la conservación de un bien común. Es determinante, además, la apariencia que las partes han puesto en marcha y en la cual el tercero puede confiar legítimamente, ya que la opción por la calificación societaria o comunitaria no es valorativamente neutra y se reviste de una gran trascendencia práctica.

Ante ello no puede objetarse que las sociedades mercantiles han de ser constituidas formalmente, pues tal opinión es errónea, ya que tanto la mejor doctrina como el Tribunal Supremo han admitido la validez del contrato cualquiera que sea la forma de su celebración, siempre que reúna los requisitos del artículo 1261 del Código Civil[171].

Así pues, en nuestro caso, estaríamos ante una sociedad mercantil de carácter irregular. Y la calificamos de mercantil por el objeto al que dedica su actividad : una empresa mercantil (criterio objetivo)[172], y de irregular por no

---

[171] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 232. Vid. también jurisprudencia citada en la nota al pie nº 56.

[172] Vid. por todos : GIRÓN TENA, J. : "Las sociedades irregulares", A.D.C., 1951, pág. 1326 ; UTANDE IGUALADA, M. : "Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho Español", R.D.P., 1944, pág. 126 ; FARIAS BATLLE, M. : "La influencia de la forma contractual en la calificación de la sociedad irregular (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de Noviembre de 1991), La Ley, 1993-1, pág. 880 ; TENA PIAZUELO, I. : op. cit., pág. 2098.

Y en la jurisprudencia se ha optado igualmente por dicho criterio objetivo, muestra de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1983, (R.J.A. 1983/3647), en la que se advierte que *"desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes, con la intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dadas las operaciones o actividades que la tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo, que la doctrina científica mayoritariamente contempla, para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, ..., determinando tal condición de irregular, a efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios, así la estima la doctrina jurisprudencial, interpretando el art. 117 del C.com., que da validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración, «entre los que lo celebren», siempre que reúna los requisitos del art. 1261 del C.civ., admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y aun en forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades, a la de las colectivas, con aplicación de la normativa específica del C.com...."*; de 1 de Octubre de 1986 (R.J.A. 1986/5230) ; de 29 de Septiembre de 1992 (R.J.A. 1992/7331).

haber cumplido las formalidades precisas para su constitución[173]. ¿Qué régimen sería el aplicable a esta sociedad mercantil irregular ? Pues bien, se ha estimado que tales sociedades deben regirse por las normas de la sociedad colectiva, que viene a cumplir de esta forma su función tradicional de sociedad mercantil "general"[174].

El sometimiento a las reglas del Código de Comercio sobre la sociedad colectiva tiene especial importancia en las relaciones externas, esto es, en la relación con los terceros. Así todos los socios, sean o no gestores (art. 127 C.com), han de responder de todas las obligaciones que puedan imputarse a la sociedad, sean contractuales o extracontractuales[175]. Esta responsabilidad de los socios colectivos, en contraste con la de los comuneros, es personal,

---

[173] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., págs. 233.

Las sociedades irregulares son aquéllas que, siendo mercantiles, no se ha cumplido para su constitución las formalidades necesarias o, cuando menos, falta la inscripción. En realidad, se ha dicho que lo relevante para la calificación como sociedad irregular es que los socios no la hayan inscrito en el Registro Mercantil. Dicha sociedad, para ser irregular, es preciso también que se manifieste de alguna forma a los terceros, pues en otro caso estaríamos ante una sociedad oculta ; es por ello por lo que a veces se ha dicho que la sociedad irregular es aquella sociedad "publicada pero no inscrita", en el sentido de que si bien no goza de publicidad legal, sí disfruta de publicidad fáctica o de hecho (cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. et loc. cit. ; MARTÍNEZ SANZ, F. : op. cit., pág. 183 ; CABANAS TREJO, R. y BONARDELL, R. : op. cit., págs. 68 y ss. etc.).

El Tribunal Supremo ha confundido las sociedades irregulares con las internas u ocultas (SS.T.S. 27 de Septiembre de 1985, R.J.A. 1985/4476 ; 2 de Diciembre de 1989, R.J.A. 1989/8791 ; 13 de Noviembre de 1991, R.J.A. 1991/8239), que son las que no se presentan frente al público como tal sociedad. No ha sido tampoco infrecuente en la jurisprudencia la confusión de las irregulares con las sociedades de hecho (S.T.S. de 6 de Octubre de 1990. R.J.A. 1990/7475), cuya definición, variable según los países y ordenamientos, no resulta fácil. Aun así, para MARTÍNEZ SANZ, la doctrina de las sociedades de hecho, cuyo origen se encuentra en las construcciones de la jurisprudencia francesa y alemana, tiende a tomar en cuenta la existencia real y efectiva de aquellas sociedades aquejadas por algún vicio de carácter sustantivo en su fundación, y tendría su sede en las normas relativas a la nulidad de la sociedad.

[174] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., págs. 234-235. Advierte el autor que dicha solución ha sido acogida por el legislador de forma expresa en el régimen de sociedades de capitales, tras la reforma efectuada por la Ley 19/1989 de 25 de Julio.

Esta doctrina ha sido también aceptada por la jurisprudencia, vid. SS.T.S. de 21 de Junio de 1983 (R.J.A. 1983/3647) ; 1 de Octubre de 1986 (R.J.A. 1986/5230) ; 6 de Octubre de 1990 (R.J.A. 1990/7475) ; 9 de Marzo de 1992 (R.J.A. 1992/2009) ; 8 de Julio de 1993 (R.J.A. 1993/6326), etc.

[175] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 259.

solidaria e ilimitada, pero de carácter subsidiario o de segundo grado, es decir, a tenor de lo dispuesto en el art. 237 C.com. los socios gozan del beneficio de excusión. Por esta causa, el patrimonio de la sociedad, que responde con todos sus bienes presentes y futuros, ha de ser debidamente protegido ; en consecuencia, la sociedad no es responsable de las deudas personales de los socios (art. 134 C.com.)[176].

En conclusión, mientras que en la comunidad no hay un patrimonio distinto del de los comuneros y sobre el cual unos supuestos acreedores comunes pudieran disfrutar de alguna preferencia, en la sociedad irregular, los acreedores sociales son preferentes a los de cada socio sobre los bienes de la sociedad, lo que impide que estos últimos puedan agredir el patrimonio social[177].

Existe en la sociedad irregular, por tanto, una autonomía patrimonial imperfecta, un patrimonio relativamente separado y vinculado al ejercicio de la actividad común.

El ente social mercantil, aunque sea irregular, está sometido al estatuto del empresario, por lo que puede ser declarado en quiebra[178]. Dicha declaración de quiebra habrá de extenderse, por otra parte, a todos los socios, en virtud del artículo 923 C.com., con lo que se fuerza a los acreedores a que antes de declarar la quiebra de la sociedad exijan del cumplimiento de las deudas sociales a los socios[179].

---

[176] Cfr. LOJENDIO OSBORNE, I. : "Las sociedades colectiva y comanditaria simple", en la obra colectiva "Derecho Mercantil", coordinada por G. J. Jiménez Sánchez, Ariel Derecho, S.A., Barcelona, 1997, pág. 181.

[177] Cfr. CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R. : op. cit., pág. 83.

[178] Vid. DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M. : op. cit., pág. 213.

[179] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. : op. cit., pág. 260.

Por otra parte, la aplicación al ejercicio colectivo del negocio del causante por los socios-coherederos de las reglas del Código de Comercio que disciplinan la administración y la representación en la sociedad colectiva, facilitará el desenvolvimiento de la gestión de la empresa común.

Particular importancia cobra la prohibición de concurrencia que el Código de Comercio (arts. 136, 137 y 138) impone a los socios colectivos, como reflejo del carácter personalista de la sociedad y de su configuración como comunidad de trabajo con el consiguiente deber de fidelidad por parte del socio. Dicha prohibición de concurrencia es también aplicable (como ha reconocido el Tribunal Supremo en las sentencias de 21 de Diciembre de 1965[180] y 1 de Octubre de 1986[181], entre otras) a la sociedad irregular. De tal manera que, en nuestro caso, si la sociedad irregular tiene un objeto determinado, podrán los socios-coherederos hacer tácitamente y por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca a la especie de contratos a que se dedique la compañía, si no existe pacto especial en contrario (cfr. art. 137 C.com.)[182]. Por el contrario, si la sociedad irregular no tiene un género de comercio determinado, no podrán los coherederos hacer operación mercantil alguna por cuenta propia sin que preceda el consentimiento de la sociedad ; pero ésta no podrá negarlo sin acreditar que de ello resulta un perjuicio efectivo y manifiesto. Si algún coheredero contraviniere esta prohibición de concurrir, aportará al acervo común el beneficio resultante de las operaciones efectuadas, sufriendo individualmente las pérdidas que hubiera (cfr. art. 136 C.com.) ; además, los demás socios

---

[180] R.J.A. 1965/5957.

[181] R.J.A. 1986/5230.

[182] La citada sentencia de 1 de Octubre de 1986 ha declarado que *"la «ratio legis» de esta obligación de carácter negativo no puede ser otra que la de impedir al socio hacer desleal competencia comercial a la sociedad en la que está integrado. Pero, para tener por incumplida la aludida prohibición de concurrencia y que tal contravención produzca los efectos rescisorios que la propia ley previene, basta probar la existencia de esa actividad comercial «concurrente», o lo que es igual, perteneciente a la especie de negocios a la que se dedique la compañía de la que es socio, sin necesidad de acreditar si tal concurrencia ha provocado o no un resultado competencial en el más riguroso sentido económico de menoscabo en los beneficios,.."*

podrán optar por la exclusión del socio transgresor, merced a lo establecido en el art. 218.5º C.com.

Problema especial suscita el hecho de que, continuándose la actividad empresarial del causante por tácito acuerdo entre los herederos y dando lugar, como hemos dicho, al nacimiento de una sociedad mercantil irregular por hechos concluyentes, ¿subsiste el derecho a pedir la división ? (derecho propio de la comunidad hereditaria), o bien ¿ha de estarse a las reglas de disolución de la sociedad contenidas en el Código de Comercio ?

De aplicarse el régimen de la comunidad, ya se ha repetido, cualquiera tiene derecho a pedir la partición en todo momento, excepto si se ha pactado expresa o tácitamente la indivisión, cuyo límite es de diez años. En cambio, si se opta por la aplicación del Código de Comercio, la sociedad se disolverá por las causas previstas en el art. 221, comunes a todas las compañías, y por las especiales de la colectiva reguladas en el art. 222. Además, siendo la sociedad por tiempo indefinido (como será el caso en que su constitución se haya realizado por hechos concluyentes), pedida la disolución por alguno de los socios, los demás no podrán oponerse sino por causa de mala fe en el que lo proponga. Se entenderá que un socio obra de mala fe cuando, con ocasión de la disolución, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía (art. 224 C.com.).

Para nosotros, dado que hemos sostenido que la constitución tácita de la sociedad mercantil por la continuación del ejercicio de la actividad comercial por todos los coherederos sobre la base del negocio heredado constituía partición parcial de la herencia, las normas a aplicar no pueden ser otras que las de la sociedad ; ya que, habiendo existido ya partición sobre un bien, no puede pedirse otra. Hay sociedad y no comunidad, por lo que rigen las normas de aquélla que, dicho sea de paso, son mucho más apropiadas a los fines de evitar disoluciones extemporáneas que provoquen graves perjuicios a la empresa.

Finalmente, no podemos dejar de apuntar los problemas que suscita el caso (por otra parte frecuentísimo) en que sólo algunos de los coherederos continúen la actividad mercantil, gestionando la empresa, mientras que los demás permanecen más o menos ajenos a la misma.

En estos casos es necesario interpretar la voluntad expresada o deducida de los actos de los no colaboradores. Así, si no participan en la gestión, aunque sí en las pérdidas y las ganancias, ello no obsta para la existencia de la sociedad, a la que puede entenderse que los no gestores han prestado tácitamente su consentimiento, siendo voluntad de los mismos que los demás (los gestores) lleven la administración (como permite el artículo 131 C.com.)[183].

---

[183] En este sentido se ha manifestado la doctrina italiana : RAGUSA MAGGIORE criticando la sentencia del Tribunal de Roma de 14 de Abril de 1987, que se manifestaba contrariamente a la existencia de la sociedad, entendió que *"dando per scontato che i diversi coeredi avessero dato mandato a gestire l'azienda relitta, essi avrebbero costituito sicuramente una società tra di loro, poichè il mandato non poteva avere per obiettivo che la divisione di ciò che si ricavava dalla gestione dell'azienda. In altre parole, avremmo avuto un fondo comune e un esercizio praticamente comune, ancorchè affidato ad un solo socio, che praticamente sarebbe stato un amministratore"* ("Comunione d'impresa e comunione d'azienda nella successione all'imprenditore..." cit., pág. 766). También en esta línea se pronunció FERRERO (vid. op. cit., págs. 258-259).

Asimismo, esta ha sido la postura de la jurisprudencia española, así en la ya citada S.T.S. de 28 de Junio de 1975, fallecido el titular de un negocio de ferretería y practicadas las operaciones particionales correspondientes, fue adjudicado el mismo por partes iguales a los cuatro hijos habidos en el matrimonio a los que, por su condición de menores de edad, fue preciso designar tutor. Fallecida una hija, quedaron los hermanos reducidos a tres, de los cuales alcanzada la mayoría de edad por el mayor de ellos, fue nombrado tutor de los otros (aunque no aparece que llegara a posesionarse del cargo) y comenzó a regir y administrar unipersonalmente el negocio común. Surgiendo posteriormente discrepancias, los no gestores reclamaron a su hermano la que consideraban necesaria rendición de cuentas de la marcha del negocio común. Cuestionada la naturaleza de la relación existente entre los hermanos a los efectos de la liquidación y rendición de cuentas por quien de hecho llevó a cabo la gestión y administración del negocio común, el Tribunal Supremo estimó existente una sociedad (que erróneamente, como advertimos *supra*, calificó de civil) y, por consiguiente el gestor tenía la inevitable obligación de rendir cuentas, con la que no podían identificarse las entregas esporádicas mediante vales o reciben que se decían efectuadas.

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 14 de Noviembre de 1956 (cit.) estableció que cuando un establecimiento mercantil pertenece a la herencia de los padres y pasa a explotarlo un hijo, si no consta que los demás aceptan la adquisición exclusiva para éste, se entiende constituida entre todos una sociedad, y aparece meridiana la obligación de rendir cuentas a cargo del que llevó a efecto la actividad empresarial, como inherente a la condición de socio gestor asumida por él y admitida tácitamente por los coherederos.

Por el contrario, en el supuesto en que los herederos no participantes en la actividad empresarial tampoco tomen parte en las ganancias y pérdidas, sino que reciban una cantidad fija, independientemente de la marcha de la empresa, se ha dicho por la doctrina italiana que estaremos ante un arrendamiento de cuota[184]. Arrendamiento que, para nosotros, será en todo caso de cuota en la sociedad y no en la comunidad hereditaria, ya que, a nuestro entender y como hemos advertido, sustituido el título hereditario por el contractual de la sociedad (aun tácita), a la que se aporta la empresa heredada en su integridad y no sólo la parte perteneciente a los ejercientes, la comunidad hereditaria se extingue respecto de la empresa, existiendo partición parcial (siempre, claro está, que haya otros bienes en la herencia, si no tal partición será total).

De otra posibilidad nos da cuenta DE LOS RÍOS, señalando cómo puede también suceder que los herederos ajenos a la gestión participen, en cambio, en las pérdidas y ganancias, en una medida determinada y sin poder alguno no ya de representación sino de mera administración de la empresa. En este caso entiende que puede hablarse de contrato parciario, singularmente de cuentas en participación; debiendo operar, no obstante, una verdadera presunción en favor de la presencia de una sociedad, dado el principio de protección de los acreedores[185]. En otras palabras, estamos de acuerdo con el autor al afirmar que, dado que para la existencia de una sociedad no es

[184] Vid. RAGUSA MAGGIORE, G.: "Comunione d'impresa e comunione d'azienda nella successione..." cit., págs. 766-767.

BONAVERA entiende que, en estos casos, existe una comunidad de bienes sobre la hacienda, a la que se superpone una sociedad entre los coherederos que ejercitan la empresa. En tal situación, entiende posible calificar a los coherederos que no participan en la continuación de la empresa como arrendadores de la cuota que tienen en la hacienda; quedando dicha cuota cristalizada en la composición-valor que tenía en el momento de la apertura de la sucesión, sin que se sujete a las variaciones derivadas del ejercicio de la empresa (cfr. op. cit., págs. 394-395). Esta doctrina de la coexistencia de comunidad herencia sobre la hacienda con la sociedad entre los coherederos que prosiguen la actividad comercial fue defendida también por ALVINO (vid. op. cit., pág. 1998).

[185] Cfr. op. cit., pág. 204.

necesario que todos los socios se ocupen de la gestión, han de aparecer otros elementos que con certeza excluyan la existencia de una relación societaria[186].

Por supuesto, es asimismo posible que sólo algunos coherederos ejerciten la actividad empresarial, asumiendo la condición de empresarios, mientras que los demás simplemente "soporten" o "padezcan" dicho ejercicio, en espera de mejores tiempos para pedir la partición de la herencia y la venta del bien empresa. En estos casos la comunidad no se erige en forma estable y duradera de explotación de la empresa, por lo que no puede entenderse constituida sociedad entre los coherederos, al faltar la voluntad unánime de los mismos de proseguir colectivamente la actividad, falta la necesaria *affectio societatis* por parte de todos. Por esta causa, la empresa continuará en comunidad hereditaria y lo pertinente será la partición en tiempo oportuno, en la que la empresa será considerada bien indivisible[187].

III. LA SUERTE DE LA EMPRESA EN LA PARTICIÓN: LA APLICACIÓN DEL LÍMITE CONSTITUIDO POR EL ARTÍCULO 1062 DEL CÓDIGO CIVIL

No existiendo acuerdo entre los coherederos para el mantenimiento de la empresa en la comunidad, ninguno de ellos, como sabemos, podrá ser obligado a permanecer en la indivisión (art. 1051 C.c.) y cualquiera de los mismos, siempre que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia (art. 1052.1º C.c.).

---

[186] Ibídem.

[187] En tales ocasiones, sostiene DE LOS RÍOS que aparte del derecho que, a su juicio, asiste a los herederos ajenos a la empresa para reclamar una compensación como *cuasiarrendadores*, es especialmente operativo el principio de conservación de la empresa, en el sentido de considerar el establecimiento como cosa de difícil división, para favorecer la liquidación de cuotas en dinero e, incluso, en el de no endurecer excesivamente a los acreedores la carga de probar quiénes eran los copartícipes reales de la empresa (cfr. op. cit., pág. 205).

Solicitada la partición, el Código Civil, de acuerdo con nuestra tradición y con los Códigos de nuestro entorno, contiene la regla de la igualdad cualitativa, sancionada en el artículo 1061, al decir : *"En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie"*. El fundamento de este principio se encuentra en el hecho de que cuando la herencia se halla en indivisión el derecho de cada heredero se proyecta sobre la herencia en su conjunto y, lógicamente, sobre cada una de las cosas que la integran ; la igualdad entre ellos es completa en esta fase y la partición no es, en principio, una razón bastante para que dicha igualdad se altere[188].

No obstante, la doctrina y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, han calificado la norma del artículo 1061 como precepto "de carácter especial, más bien facultativo que imperativo"[189], ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, de la naturaleza, calidad y valor de los bienes, de su posible división... (S.T.S. de 17 de Junio de 1980) ; además, dicha regla del artículo 1061 no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta por asignación a cada heredero de una participación en todos los bienes de la herencia, pues relacionado el artículo 1061 con el artículo 1062 del Código Civil y con el 1078 de la Ley de

---

[188] Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M. : "Comentarios al Código Civil español", Tomo VII, 7ª edición revisada por BONET RAMÓN, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, pág. 793. En igual sentido vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : Comentario de los arts. 1061 a 1066 del C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2505.

[189] Vid. SS.T.S. de 30 de Enero de 1951 (R.J.A. 1951/89) ; 13 de Junio de 1970 (R.J.A. 1970/3112) ; 8 de Febrero de 1974 (R.J.A. 1974/484) ; 30 de Noviembre de 1974 (R.J.A. 1974/4554) ; 25 de Junio de 1977 (R.J.A. 1977/3015) ; 17 de Junio de 1980 (R.J.A. 1980/3077) ; 14 de Julio de 1990 (R.J.A. 1990/5860) ; 7 de Enero de 1991 (R.J.A. 1991/110) ; 15 de Marzo de 1995 (R.J.A. 1995/2654), y recientemente la S.T.S. de 23 de Junio de 1998 (R.J.A. 1998/4745)declaró que *"el precepto del artículo 1061 no es de inexorable aplicación, es sólo una recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla según la naturaleza de los bienes de la herencia"*.

En la doctrina vid. *ad exemplum* : VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : Comentario de los arts. 1061 y 1062 del C.c., en la obra colectiva dirigida por M. ALBALADEJO : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo XIV, vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 396-397. Y MILLÁN SALAS, F. : "Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola", EDIASA, Madrid, 1999, pág. 206.

Enjuiciamiento Civil[190], se aprecia que la igualdad en la distribución actuará sólo circunstancialmente, en cuanto sea posible por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho con la división o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento de los bienes hereditarios (S.T.S. de 30 de Enero de 1951).

DE LA CÁMARA, por su parte, aun reconociendo lo que hay de cierto en tales aseveraciones, cree (acertadamente a nuestro juicio), que se incurre en confusión al decir que el artículo 1061 es más bien facultativo que imperativo, mezclándose conceptos heterogéneos. Lo que acontece es que el art. 1061 tiene un valor relativo y por eso habla de la "posible igualdad" : el Código indica que los lotes se han de configurar de acuerdo con razonables criterios de homogeneidad, pero no exige que los bienes se dividan materialmente cuando esa división resulte esencialmente antieconómica, ni tampoco que la comunidad hereditaria se convierta en una serie de comunidades ordinarias por el procedimiento de adjudicar a cada partícipe una cuota indivisa en cada uno de los bienes que conforman la herencia. Por ello, la imperatividad del artículo es relativa y no absoluta[191].

Si la partición de la herencia en que está contenida la empresa se lleva a cabo por todos los coherederos de forma contractual, la regla de igualdad cualitativa entre los lotes no rige[192], pues el artículo 1058 C.c. advierte al respecto que *"si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración*

---

[190] Vid. art. 786 de la L.E.C. 1/2000 de 7 de Enero.

[191] Cfr. "Comentario de los artículos 1061... " cit., págs. 2504-2505.

[192] Al igual que tampoco se aplica en los casos de partición practicada por el testador del 1056 C.c., ni en la efectuada por el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, en el supuesto del art. 831 C.c. ; ni en las realizadas por contador partidor cuando el testador le autorice para prescindir de dicha regla o resulte de la interpretación del testamento o el contador no pueda respetar la norma (vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M. : op. cit., págs. 796-797 ; LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : "Elementos de Derecho Civil, tomo V, Derecho de Sucesiones,..." cit., págs. 120-121 ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Estudios de Derecho Mercantil", vol. II. Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, págs. 358 y ss. ; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. : op. cit., pág. 398-402 ; ALBALADEJO, M. : "Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones", 7ª edición, J. M. Bosch editor S.L., Barcelona, 1997, pág. 168 ; MILLÁN SALAS, F. : op. cit., págs. 209-211).

de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente". En este sentido la S.T.S. de 13 de Junio de 1992[193] afirmó que la igualdad particional que proclama el artículo 1601 del Código Civil es una igualdad meramente cualitativa, en cuanto a la formación de los lotes de los diversos herederos con bienes de la misma naturaleza, calidad o especie, y la expresada igualdad cualitativa no es exigible cuando los herederos mayores de edad, por unanimidad, distribuyen la herencia del modo que tengan por conveniente[194].

En estos casos, mediando el consentimiento unánime de todos los coherederos, éstos podrán, si así lo desean, adjudicar la empresa en su integridad a uno de ellos o a varios, compensando a los demás con otros bienes hereditarios o mediante el pago de la diferencia en dinero[195]; o asimismo podrán vender la empresa a un tercero para repartirse el precio, o liquidarla a fin de aportar a la masa el importe de la liquidación[196]. Es decir, en supuestos de partición convencional por acuerdo unánime entre los coherederos, la suerte de la empresa, su unidad, queda a la voluntad de los mismos, ya que no hay ninguna norma que imponga la conservación de aquélla.

Por el contrario, en las particiones realizadas por contadores partidores, a no ser que éstos sean testamentarios y estén autorizados por el testador para prescindir de la norma del artículo 1061 o así resulte del testamento, aquéllos están vinculados claramente por la regla del art. 1061 C.c., con el límite que para la misma suponen el 1062 del C.c. y el 1078[197] de la L.E.C.[198].

---

[193] R.J.A. 1992/5131.

[194] La misma doctrina se mantiene en la S.T.S. de 8 de Febrero de 1996 (R.J.A. 1996/864).

[195] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Estudios de Derecho Mercantil.." cit., pág. 358.

[196] Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. : "Estudios de Derecho Mercantil.." cit., pág. 359.

[197] Vid. art. 786 de la L.E.C. 1/2000 de 7 de Enero.

Hemos dicho que la igualdad predicable de los lotes es igualdad relativa, *"en lo posible"*, y ello porque además de este principio informador del proceso particional, nuestro ordenamiento consagra otros dos : evitar los proindivisos y la división de lo indivisible. Esto es, la ley quiere que los bienes se adjudiquen íntegros y sin fraccionar en la composición de un lote, de tal forma que para hacer los lotes se procure evitar tanto la división en varias partes materiales de un bien hereditario, destinando cada una a un lote, como incluir en varios lotes partes alícuotas de un mismo bien hereditario, dando lugar a la constitución sobre dicho bien de una copropiedad entre los coherederos[199].

Ambas ideas la recogen los artículos 1078 L.E.C.[200] y 1062 C.c. que actúan como límite de la regla del artículo 1061 del Código Civil :

a) El artículo 1078 L.E.C. establece que *"el contador dirimente, resumiendo los puntos en que las partes estuvieran conformes, se limitará a formular, con arreglo a derecho, aquella o aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión, lo mismo que la excesiva división de las fincas"*[201].

---

[198] Vid. SS.T.S. de 10 de Febrero de 1947 (R.J.A. 1947/145) ; de 30 de Enero de 1951 (cit.), y la R.D.G.R.N. de 2 de Diciembre de 1964 (R.J.A. 1964/5928), que advirtió que los contadores partidores *"habrán de atenerse para el cumplimiento de su función a las normas generales contenidas en primer término en el art. 1061 del C.c. y procurarán guardar la posible igualdad entre los lotes, sin que proceda adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituye un acto de enajenación que escapa a la facultad del Contador y requiere el consentimiento de todos los herederos.... Que ello no obstante, es también evidente que los Contadores, al cumplir su misión, deben tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tienen medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del art. 1061 del C.c. por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre el número grande de herederos, y por ello, el art. 1062, permite, como excepción al artículo anterior, que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, puede ser adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero,...".*

[199] Cfr. MILLÁN SALAS, F. : op. cit., pág. 207.

[200] En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000, dicho criterio de sanciona, como hemos dicho, en el artículo 786.

[201] El nuevo artículo 786 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone : *"El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante ; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas*

b) Y la norma contenida en el artículo 1062 delimita la aplicación del que le precede con la siguiente regla: *"Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga"*[202].

Así pues, cuando la partición es realizada por terceros, este último precepto citado, el artículo 1062 C.c., será el que facilite (aunque no garantice) el principio de conservación de la empresa en la sucesión. Esta norma, como afirma VIDAL MARTÍNEZ, atiende a móviles económicos y sociales, pero sobre todo a evitar (cuanto menos en principio) que las cosas salgan del círculo de los llamados a la herencia, o se desintegren en sus manos[203].

Para que la solución del artículo 1062, como límite a la igualdad cualitativa impuesta en el art. 1061, sea aplicable es necesario que la cosa "sea indivisible o desmerezca mucho por su división", ¿cuándo puede decirse que una cosa es indivisible? María Moliner nos dice que tal calificativo se aplica en Derecho a "las cosas que no se pueden dividir, por imposibilidad material o porque se desnaturalizan con la división"[204]. En esta línea, la

---

para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atendrá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas".

[202] Recientemente, la S.T.S. de 16 de Febrero de 1998 (R.J.A. 1998/868) ha establecido que *"la igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1061 del Código Civil (...) ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad «sea posible», como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños"* (F.D. 5º).

[203] Cfr. "Algunos aspectos de la regulación de la sucesión mortis causa en el Código Civil español, que favorecen la creación y el mantenimiento de las unidades agrarias", R.D.P. 1979, pág. 550.

[204] Vid. "Diccionario de uso del español", tomo II, voz. "indivisible". 2ª edición, Editorial Gredos S.A., Madrid, 1998.

jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha advertido en sentencia de 3 de Abril de 1995[205] que la indivisibilidad a la que el precepto se refiere no lo es sólo real o física, sino también jurídica, configurada ésta por resultar la cosa inservible para el uso a que se destina, por su anormal desmerecimiento si se produce la división o por la originación de un gasto considerable en los partícipes[206].

Y ARANGO Y CANGA mantuvo que *"la divisibilidad, más que un problema filosófico jurídico es económico, como lo demuestra la lectura del artículo 1062 del Código, que a efectos legales no considera indivisibles sólo las cosas que lo sean esencialmente, sino cuando desmerezcan por su división. Ahora bien, si además de las diversas cosas existe una organización — a la manera de llamada propiedad comercial —, no parece muy lógico verlas o contemplarlas aisladamente, pues se prescinde de un valor económico, que es a la vez vínculo jurídico, por lo que probada la existencia de tal lazo u organización y el desmerecimiento de valor que su desaparición puede originar, parece aplicable la doctrina del 1062"*[207].

En consecuencia, el citado artículo es aplicable a la organización que constituye la empresa mercantil, cuya unidad económica y funcional hemos

---

MANRESA al comentar el precepto analizado apuntó en tal dirección que la norma no sólo se refería a la indivisibilidad material (vid. op. cit., pág. 797).

[205] R.J.A. 1995/2929.

[206] La misma doctrina se contiene en sentencias anteriores como las de 25 de Noviembre de 1932 (R.J.A. 1932/1314) ; 11 de Junio de 1976 (R.J.A. 1976/2697) ; 7 de Marzo de 1985 (R.J.A. 1985/1110) ; 25 de Enero de 1993 (R.J.A. 1993/361). Y la S.T.S. de 13 de Julio de 1996 (R.J.A. 1996/5584) mantiene la misma jurisprudencia en un caso de indivisibilidad económica, pues el importe de las obras a realizar hacía antieconómica la disolución de la comunidad.

Sobre la cuestión resumió VALLET DE GOYTISOLO que la indivisibilidad puede dimanar de circunstancias de hecho o físicas o del uso a que las cosas estén destinadas (cosas compuestas) ; un bien puede ser también indivisible por razones económicas (una explotación constituida por diversos elementos), o por imponerlo el Derecho (unidades mínimas, solares declarados indivisibles). (Cfr. op. cit., pág. 406).

[207] Cfr. "Notas al margen del caserío o casería asturiana", R.C.D.I., 1952, pág. 671.

advertido relevante para el Derecho[208]. La división no produciría solamente el desmerecimiento sino, en la mayoría de las ocasiones, la desaparición del bien empresa que tiene en su aviamiento su principal valor. Que la empresa mercantil individual cabe en la letra de la norma no ha sido dudado por la doctrina que se ha ocupado del tema[209], ni tampoco por la jurisprudencia cuando ha habido ocasión de pronunciarse sobre la materia[210].

---

[208] Vid. *supra* Capítulo I de la Primera Parte.

[209] Así lo han entendido ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (vid. op. cit., págs. 591 y 595) ; PUIG BRUTAU (vid. op. cit., págs. 852-853) ; DÍEZ PICAZO (vid. "La sucesión por causa de muerte"... cit. pág. 325) ; POLO SÁNCHEZ (vid. op. cit., págs. 28-29) ; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (vid. "Estudios de Derecho Mercantil..." cit., págs. 358 y ss.) ; ROCA-SASTRE MUNCUNILL (vid. "La vida jurídica de la empresa individual", R.D.N. 1980, pág. 247-248) ; SIMO SANTONJA (vid. op. cit., pág. 133) ; FERNÁNDEZ GIMENO (vid. op. cit., págs. 210 y 254).

[210] Entre otras lo ha estimado aplicable la S.T.S. de 13 de Julio de 1981 (R.J.A. 1981/3076), en el caso de la división de una comunidad hereditaria en la que existía una "fábrica de cerámica, loza azulejos y porcelana comprensiva de todas sus instalaciones, inmuebles, muebles, semovientes, máquinas, cuentas, derechos y consiguientemente el «avviamento» de la empresa, que constaba como un todo" ; la S.T.S. de 27 de Septiembre de 1985 (R.J.A. 1985/4476) y la de 10 de Diciembre de 1985 (R.J.A. 1985/6431), que estima que *"si la sentencia del Juzgado declara que procede dividir esa comunidad de bienes, procediéndose al a venta en pública subasta en razón a resultar indivisible el establecimiento fabril o desmerecer de forma importante su valor al producirse la división, y la sentencia de la Audiencia confirmatoria de la apelada, contiene igual declaración, pretender, como se razona en el motivo, que por aplicación del referido artículo mil sesenta y uno debe procederse a la división con la formación de lotes y su posterior adjudicación a las copartícipes, es desconocer aquella declaración de indivisibilidad del establecimiento mercantil, o de desmerecimiento importante con la división material,...".*

Sin embargo, la sentencia del alto Tribunal de 26 de Septiembre de 1986 (R.J.A. 1986/4793) descartó la aplicación del artículo 1062 respecto a la adjudicación de la cuota de participación que el testador ostentaba en una empresa, entendiendo que no es lógico considerar indivisible lo que previamente estaba dividido por ser objeto de proindivisión : *"No se trata aquí de un cosa sino de una cuota dominical sobre ella, por lo que el supuesto del precepto ya no es equiparable al que aquí se contempla, pues el artículo 1062 del Código Civil parte del principio de que la cosa o bien sea el soporte económico o físico de una titularidad unívoca y en el caso presente, incluso una mitad indivisa es propiedad de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 1062.1º del Código Civil propende a la conservación de la cosa o bien que sea indivisible físicamente o desmerezca también físicamente, pero el condominio sobre el mismo, ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador, no le afecta ni estática ni funcionalmente como tal industria en su explotación y desarrollo, lo que enerva la aplicación del artículo 1062.1º del Código Civil...".*

De todas formas, la determinación de la indivisibilidad de la cosa queda, en principio, al criterio de los contadores partidores, de los herederos o sus representantes legales o del Juez o Tribunal *a quo*, dependiendo de la clase de partición de que se trate, sin perjuicio de las impugnaciones. La jurisprudencia vino entendiendo que la indivisibilidad es una cuestión de hecho que sólo puede impugnarse por la vía del número 4º del art. 1692 L.E.C. (S.T.S. de 10 de Diciembre de 1985, R.J.A. 1985/6431), pero últimamente afirma que es concepto valorativo, deducible de unos hechos (la primera en contener esta doctrina fue la S.T.S. de 11

Por ende y siguiendo la letra del precepto, la empresa, como bien indivisible o cuya división causa un grave desmerecimiento económico, podrá ser adjudicada *"a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero"*. Por lo dicho, una interpretación literal nos conduciría a mantener que la empresa sólo puede adjudicarse a un heredero, no siendo posible que se haga a varios. No obstante, jurisprudencia[211] y doctrina mayoritaria han defendido lo contrario. En tal dirección, autores tan ilustres como LACRUZ y SANCHO entienden que la letra de la norma no impide que se pueda adjudicar el bien en proindiviso a una pluralidad de coherederos[212] ; posición mantenida también por VIDAL MARTÍNEZ[213] y, últimamente, por MILLÁN SALAS[214].

Ciertamente, nos parece razonable esta opinión pues, como VALLET apunta, puede suceder que, ya en vida del causante, fueran varios los hijos los que junto a su padre llevaran a cabo el ejercicio del negocio ; esto supuesto, cabe incluso que el no ejerciente resultare, por razones de carácter u otra causa cualquiera, incompatible con quienes ejercitaban la actividad. En tales casos, la adjudicación a varios puede hacer más asequible el pago de la compensación en metálico a los otros, facilitando la finalidad de que la empresa quede en manos de herederos aptos para su continuación, conservándose en la familia del causante[215].

Otra cuestión se refiere a la elección del adjudicatario de la empresa entre los distintos herederos del causante, ¿a quién corresponde tal elección ? Claro es que ni el contador podrá escoger a su arbitrio, ni los mayores

---

de Junio de 1976, R.J.A. 1976/2697, a la que han seguido entre otras la de 3 de Abril de 1995, R.J.A. 1995/2929 y la 13 de Julio de 1996, R.J.A. 1996/5584).

[211] Vid. S.T.S. de 13 de Julio de 1981 (R.J.A. 1981/3076).

[212] Vid. "Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones..." cit., pág. 121.

[213] Cfr. op. cit., pág. 550.

[214] Cfr. op. cit., pág. 213.

[215] Cfr. op. cit., pág. 408.

partícipes pueden imponer su voluntad a los demás. Es necesario que todos estén conformes con la adjudicación y con la persona a quien se ha de hacer. No siendo así, si uno sólo de los herederos no está conforme, basta que pida que la cosa se venda en pública subasta, para que así se haya de verificar[216].

De todas formas, si uno o varios herederos colaboraban con el causante en el ejercicio de la empresa, será lógico que se les adjudique a ellos. La actividad empresarial es una actividad cualificada que requiere ciertas condiciones y capacidad, por ello lo adecuado será que la empresa se atribuya al más apto para su ejercicio, en pro de la conservación y continuidad de la misma.

El adjudicatario deberá abonar a los otros "el exceso en dinero". Tal exceso sería aquella parte del valor de la cosa adjudicada que sobrepase la cuota que le corresponda al heredero voluntario o legitimario[217]. Por supuesto, está claro que si la empresa se incluye en un lote y en la herencia hay otros bienes, éstos serán incluidos en los demás lotes hasta igualar el valor de la misma, y no hará falta que se use el dinero para compensar. Pero, en el caso de que sea necesario compensar con dinero, ¿éste deberá ser hereditario o podrá ser extrahereditario ?

Para MILLÁN SALAS, el precepto se está refiriendo a dinero extrahereditario, el dinero del heredero adjudicatario de la cosa indivisible[218]. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de Febrero de 1997[219], el párrafo primero del artículo 1062 es inaplicable *"en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible, habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia ; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción*

---

[216] Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M. : op. cit., pág. 798.

[217] Cfr. MILLÁN SALAS, F. : op. cit., pág. 218.

[218] Cfr. op. cit., pág. 218.

[219] R.J.A. 1997/667.

hereditaria, supuesto que no es el contemplado en el art. 1062 citado". Esto es, para el alto Tribunal, sólo será posible realizar la adjudicación del bien indivisible a uno de los herederos cuando, además de dicho bien, exista en el caudal relicto dinero bastante para pagar sus cuotas a los demás coherederos no adjudicatarios.

A nuestro juicio, el dinero puede ser tanto hereditario como extrahereditario, pero es preciso distinguir con ALBALADEJO ambos supuestos, porque requieren condiciones diferentes.

Así, tratándose de metálico hereditario, éste constituye un bien de la herencia, por lo que sin duda puede ser incluido sin más en unos lotes (para compensar la inclusión en el otro de la empresa) por el contador partidor o por los propios herederos de común acuerdo. No obstante, aunque el dinero sea hereditario, si los herederos no aceptan unánimemente dicha igualación de los lotes (que quebranta la regla de la igualdad), la empresa se venderá (art. 1062.2º C.c.), y su precio entrará a formar parte de la herencia y se repartirá incluyéndolo en los lotes que proceda[220].

Si, por el contrario, el dinero no es hereditario, puesto que no es bien de la herencia, nadie que parta puede, salvo que se acepte unánimemente por los interesados, obligar al heredero al que haya correspondido la empresa a dar el exceso de valor de la misma en dinero suyo, ni obligar a tomar el exceso en dinero (que no es bien hereditario) a los otros coherederos. Entonces, no habiendo unanimidad en aceptarlo, se venderá el bien y el precio irá a llenar los lotes aún incompletos[221].

Por último, el párrafo segundo del artículo 1062 C.c. establece : *"Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga".* En consecuencia,

---

[220] Cfr. ALBALADEJO, M. : "Curso de Derecho Civil..." cit., pág. 169.

[221] Cfr. ibídem.

aunque el Código Civil prefiere que el bien indivisible (en este caso la empresa) se adjudique a un coheredero, no estando de acuerdo todos los coherederos con la adjudicación y la persona a la que ha de hacerse, será suficiente que uno muestre su disconformidad para que la empresa deba venderse en pública subasta y con admisión de licitadores extraños[222].

Para MANRESA ambos requisitos (la pública subasta y la admisión de los licitadores extraños) tienen su razón de ser : la ley busca la mayor utilidad posible para los herederos, y supone que haciéndose pública la enajenación, y admitiéndose la competencia en el precio, se obtendrá mejor ventaja ; por otra parte, no quiere que los herederos más ricos, abusando de la precaria o modesta posición de los demás, adquieran directamente y con poco coste lo que de un modo directo no se les quiso conceder, y de aquí la admisión de licitadores extraños, que representa una garantía de que al menos se conseguirá un precio razonable[223].

De esta forma el párrafo segundo del artículo 1062 lleva al extremo el principio de igualdad en la partición, por cuanto lo que habrá de repartirse será el dinero obtenido con la venta[224]. Mas, si la solución legal evita proindivisos no queridos, se ha dicho que es inadecuada para conservar la empresa íntegra y en manos de quien pueda y esté dispuesto a llevarla adelante[225]. En efecto, en estos supuestos, una empresa podrá ir a parar a un heredero totalmente desvinculado de ella, pero con mayor capacidad económica que el que ha colaborado con el padre en su creación y desarrollo, o a un extraño, por lo que la empresa saldrá definitivamente de la familia.

---

[222] Así lo ha reconocido la jurisprudencia en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 26 de Septiembre de 1986 (R.J.A. 1986/4793) y de 10 de Febrero de 1997 (R.J.A. 1997/667).

[223] Cfr. op. cit., pág. 798.

[224] Cfr. MILLÁN SALAS, F. : op. cit., pág. 219.

[225] Cfr. GARRIDO DE PALMA, V. M. : "Oportunidad de un Derecho Sucesorio Agrario", R.D.N. 104, pág. 228.

Por tales razones, hay que insistir en la importancia del acuerdo de los coherederos sobre el destino de la empresa, porque, en ausencia de previsión del causante, el principio de conservación de la empresa sólo puede materializarse a través de la voluntad concorde de los mismos orientada a su ejercicio en común por todos los sucesores o su adjudicación a los más cualificados para la continuación de la actividad empresarial.

CUARTA PARTE

EL PASIVO EMPRESARIAL EN LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA*

LA TRANSMISIÓN DEL PASIVO DE LA EMPRESA

I. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA TRANSMISIÓN DEL PASIVO DE LA EMPRESA.

Una de las cuestiones más complejas que suscita la transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil individual en el ordenamiento jurídico español se refiere al problema de la responsabilidad del sucesor en la empresa por las deudas surgidas en el ejercicio de la misma. Como ya advirtió DÁVILA GARCÍA[1], un exacto criterio mercantil sería que las deudas, igual que el activo, formando un todo unitario, pasaran al sucesor elegido íntegramente ; pero el Derecho Civil consagra otros principios en relación a la sucesión en las deudas y, no constituyendo la empresa en nuestro sistema un patrimonio separado, a ellos habrá de estarse.

Así, la sucesión a título universal permite al heredero adquirir todos los bienes, derechos y obligaciones del causante, que no se extingan por su muerte (art. 659 C.c.). En virtud del artículo 661 del Código Civil, los herederos suceden al difunto, por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. El heredero es, pues, un sucesor en las deudas de su causante, y su responsabilidad es personal, si bien puede ser ilimitada o reducida a los bienes relictos, según su aceptación sea "pura y simple" o haya obtenido y conserve el "beneficio de inventario". Efectivamente, de esta forma lo disponen los artículos 1003 y 1023 C.c., ya que, mientras según el primero *"por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero*

---

[1] Cfr. "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", A.A.M.M., 1946, tomo III, pág. 586.

responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios", conforme al segundo, existiendo beneficio de inventario, *"el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma"*.

Cuando existen varios herederos el problema fundamental consiste en dilucidar cómo han de responder éstos frente a los acreedores del causante y de la herencia, esto es, si están obligados todos conjuntamente o cada uno por el total de las deudas, o en proporción a la parte que tiene en el caudal. En el Derecho Romano, las deudas se dividían automáticamente entre los herederos, de manera que cada uno respondía sólo *pro parte*, en proporción a la cuota que tenía en la herencia ; sin embargo, en el sistema del Código Civil, las deudas se consideran indivisas, pues se tiende a que el acreedor se halle en situación idéntica y con idéntica garantía a la que tenía en vida del deudor-causante[2]. No obstante lo dicho, la cuestión debatida por la doctrina se centra en determinar si el derecho de los acreedores es el mismo antes y después de la división de la herencia.

El punto de partida de la aludida polémica lo constituye el examen e interpretación de dos preceptos de nuestro Código, el artículo 1082 y el 1084, pues, a primera vista, parecen determinar diferencias notables en cuanto a los derechos de los acreedores entre la situación de comunidad y la situación resultante de la partición[3].

En efecto, la letra del primero (*"Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos"*) podría hacer creer que el derecho de los acreedores del causante antes de la división de la masa

---

[2] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. : "Elementos de Derecho Civil, tomo V, Derecho de Sucesiones", Quinta edición, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993, pág. 104.

[3] Cfr. GINOT LLOBATERAS, F. : "La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho Común y Foral", A.D.C., 1950, pág. 1073.

hereditaria queda limitado a impedir la partición, a no ser que se les pague o afiance el pago, y de ser ello así, nos encontraríamos con un patrimonio — el hereditario — que respondería en primera línea de las deudas del causante, junto con la responsabilidad personal derivada de la sucesión (art. 1003 C.c.), la cual, al no establecerse expresamente la solidaridad, sería mancomunada simple por aplicación del principio general establecido en el artículo 1137 C.c., siendo su consecuencia que el acreedor tendría que dirigirse contra todos los herederos para obtener el pago de su crédito[4].

En cambio, la segunda norma, hace entrar en juego la solidaridad de los deudores una vez practicada la partición, que es una *res inter alios acta*[5]. Así, dicho artículo 1084 dispone : *"Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda".*

La interpretación de ambos preceptos ha dividido la doctrina entre los que opinan que la solidaridad de los herederos comienza sólo después de la partición y los que defienden que la responsabilidad es siempre solidaria.

La primera tesis es sostenida por LACRUZ BERDEJO quien entiende que cabe pensar que mientras persista unido el patrimonio del causante el aceptante puro y simple (responsable, desde luego, con el caudal y además con sus propios bienes, *ultra vires*) sólo pagará con sus bienes personales una parte de la deuda hereditaria igual a su cuota en la herencia, y no el resto de

---

[4] Ibídem. Y en el mismo sentido, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J. : "Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario" Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1989, págs. 69 y ss.

[5] Ibídem.

tal deuda, que el acreedor habrá de cobrar con cargo a los bienes relictos o bien, proporcionalmente, de cada uno de los otros coherederos[6].

DÍEZ PICAZO y GULLÓN, por su parte, afirman que *"si la responsabilidad de los coherederos se hace solidaria, una vez hecha la partición, ello significa que no lo era antes de la misma, y la solidaridad no puede presumirse en virtud de lo dispuesto en el artículo 1137"*. A su juicio, antes de la partición de la herencia existe una forma de *"mancomunidad sin división"*, como estado de indivisibilidad entre los deudores, cuyas consecuencias se aproximan a la solidaridad, sin que pueda en ningún caso confundirse con ella (art. 1139 y 1150 C.c.)[7].

Sin embargo la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han sostenido la opinión contraria[8]. Así, se ha razonado que, al producirse la sucesión, cada

---

[6] Cfr. op. cit., pág. 104.

[7] Cfr. "Sistema de Derecho Civil, vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones", 7ª edición. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, pág. 574.

Asimismo MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ha mostrado sus dudas acerca del carácter solidario de la responsabilidad antes de la partición. Para dicha autora, lo procedente para que se pueda respetar el estado de indivisión que supone la comunidad hereditaria y la posibilidad del acreedor del causante de ir contra los bienes concretos y determinados, es que el acreedor accione contra todos por el todo. En tal caso, si los herederos responden pura y simplemente, éstos saben que necesariamente deberán hacer frente con todos sus bienes, pero no de todas las deudas cada uno, sino conjuntamente a todos por el todo. Por esta causa, se producirá lo que la autora, siguiendo a DÍEZ PICAZO, califica de mancomunidad sin división como estado de indivisibilidad entre los deudores. Por tales razones, concluye que si bien es claro que el artículo 1084 del Código Civil establece la responsabilidad solidaria después de la partición, ello no es aplicable a la situación anterior a la misma (cfr. "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo [Sala 1ª] de 31 de Diciembre de 1993", R.G.D., 1994, nº 601-604, págs. 11050-11052).

[8] *Ad exemplum,* vid. en la doctrina :GINOT LLOBATERAS (op. cit., pág. 1073 y ss) ; ALBALADEJO GARCÍA ("La responsabilidad del heredero por deudas del causante, antes de la partición", A.D.C. 1967, 479-513) ; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ("La herencia y las deudas del causante", Madrid, 1967, pág. 334) ; y, siguiendo a éste, ROVIRA JAÉN (en su trabajo titulado : "En torno a las deudas de la herencia", R.C.DI., 1969-2, págs. 1573-1600, y especialmente, 1583 y ss) ; PUIG BRUTAU ("Fundamentos de Derecho Civil", tomo V, volumen 1º, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 280-285) ; GONZÁLEZ GARCÍA (op. cit., pág. 73 y ss.), para quien *"la conclusión inevitable en lo que al problema estudiado importa, es que el Código estima que los herederos del deudor son deudores solidarios de las deudas de éste. Lo que establecido por la ley de carácter absoluto, es decir, sin distinguir antes o después de la partición, significa que lo son lo mismo después que antes"* (op. cit., pág. 76) ; etc.

uno de los herederos se coloca en la misma posición jurídica que tenía su causante y, por tanto, cada uno es tan deudor como aquél, si bien por la concurrencia de varios herederos resulta que, en definitiva, no ha de ser uno sólo quien soporte la responsabilidad total de la deuda, pero la cuestión de la medida de la responsabilidad de cada uno de ellos afecta únicamente a los herederos entre sí[9].

Los argumentos a favor de la tesis mayoritaria de la solidaridad de los coherederos por las deudas del causante antes y después de la partición se resumen en los siguientes[10] : a) el precedente constituido por el Proyecto de 1851 ; b) el propio artículo 1084 interpretado correctamente, pues dicho precepto no pretende variar la responsabilidad después de la partición, sino simplemente constata que no habiendo bienes comunes con los que responder de las deudas (al haber desaparecido con la partición la comunidad hereditaria), subsiste sólo la responsabilidad (existente con anterioridad) por las mismas con los bienes propios de los coherederos, entre los que se encuentran los que antes de la partición eran comunes ; c) inexistencia de división *ipso iure* de las deudas entre los coherederos ; d) el argumento del artículo 1974.2º del Código Civil el cual, tras afirmar en el párrafo primero que *"la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores"*, añade en

---

Y en la jurisprudencia se contiene tal tesis en las siguientes sentencias : S.T.S. de 17 de Diciembre de 1930 (R.J.A. 1930/1358), al decir en su CDO. 2º que *"no constando que estos herederos se acogieron al beneficio de inventario, antes bien, que la herencia está indivisa, es aplicable al caso el artículo 1084 del Código Civil conforme al que la responsabilidad de dichos herederos es solidaria puesto que puede exigirse íntegramente de cualquiera de ellos"* ; S.T.S. 22 de Junio de 1931 (R.J.A. 1931/ 2093) la cual declara que el artículo 1084 del Código Civil *"no subordina el ejercicio de la acción al hecho de que la herencia se haya dividido, sino que consagrando el principio de que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, faculta al acreedor para reclamar la deuda por entero de cualquiera de aquéllos y concede al demandado el derecho de que sus coherederos sean citados y emplazados"* ; S.T.S. de 22 de Marzo de 1990 (R.J.A. 1990/1719) ; S.T.S. de 25 de Junio de 1990 (R.J.A. 1990/4891) ; S.T.S. de 30 de Diciembre de 1993 (R.J.A. 1993/9906) ; S.T.S. de 1 de Marzo de 1999 (R.J.A. 1999/2245).

[9] Cfr. GINOT LLOBATERAS, F. : op. cit., págs. 1073-1074.

[10] Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M. : op. cit., págs. 484 y ss.

el segundo : *"esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones".*

Por último, el artículo 1085 C.c. regula las acciones de reembolso entre los coherederos, al establecer que "el coheredero que hubiere pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional. Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar, de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar".

Advierte GONZÁLEZ GARCÍA que esta acción de regreso o reembolso es la lógica consecuencia de la responsabilidad solidaria del artículo 1084, y existiría aunque faltase en el Código Civil tal artículo 1085, por simple aplicación de las normas generales referidas a las obligaciones solidarias. Así, pagada la deuda por un coheredero, puede éste reclamar a los demás en proporción a sus cuotas ; salvo que le corresponda el pago sólo a él por disposición del testador (a menos que con ello resulte dañada su legítima), o salvo que corresponda por tal disposición el pago a uno (o varios) sólo, en cuyo caso únicamente podrá reclamar a éste (con igual límite de daño de legítima). Y la insolvencia del coheredero, contra quien se ejercita la acción de reembolso, será suplida por los demás, incluido el reclamante, en proporción a sus cuotas[11].

Para el caso en que el acreedor del difunto sea un coheredero, éste podrá pedir a los otros, en virtud del artículo 1087, el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo dispuesto por el Código en cuanto a la limitación de responsabilidad que supone el beneficio de inventario.

[11] Cfr. op. cit., pág. 83.

Partiendo de estas bases se explica lo que acontece en la transmisión hereditaria con el pasivo empresarial o, mejor dicho, con las deudas del causante por razón de su actividad mercantil. Como ya en numerosas ocasiones hemos repetido, la empresa mercantil individual, pese a constituir una unidad patrimonial susceptible de tráfico jurídico, no es un patrimonio separado, pues para ello sería necesario — como apunta DE LA CÁMARA[12] — que de las obligaciones mercantiles del empresario sólo respondieran los bienes que integran la empresa, o al menos que los acreedores mercantiles gozaran de una preferencia general y absoluta sobre los acreedores civiles del empresario ; soluciones que no es posible mantener en nuestro Derecho.

Ello quiere decir que existiendo una empresa en el caudal relicto y concurriendo a la herencia varios herederos, actúa plenamente el artículo 661 del Código Civil, y todos los herederos suceden en las deudas, sean del tipo que sean, y son responsables de las mismas personal e ilimitadamente, si han aceptado pura y simplemente, o hasta donde alcancen los bienes hereditarios, caso de haber conseguido el beneficio de inventario. Siendo además, como se ha dicho, tal responsabilidad de carácter solidario tanto antes como después de la partición según la doctrina mayoritaria, todo acreedor mercantil del causante podrá dirigirse contra cualquiera de los coherederos, haya sido éste o no elegido por el testador o por los demás herederos para ser el sucesor en la empresa, teniendo el mismo, no obstante, el derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda (art. 1084 C.c.), e igualmente el derecho de reembolso contra los coherederos si hubiere pagado más de lo que a su cuota le correspondiere (art. 1085 C.c.).

Lo expuesto vale respecto de las relaciones externas (coherederos - acreedores), las cuales, regidas por reglas de Derecho Necesario, no pueden

[12] Cfr. "Estudios de Derecho Mercantil", vol. II. Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, pág. 365.

ser alteradas por voluntad de las partes o disposición del testador, pero no así para las relaciones internas (entre coherederos o entre herederos y legatarios), en cuanto a las que el causante o las partes pueden establecer lo que les convenga. Así, y en definitiva, si el heredero atributario de la empresa por partición efectuada por el testador ex artículo 1056.2º C.c. o por partición convencional entre coherederos, o el legatario de la empresa, debe o no hacerse cargo de las deudas es cuestión que, como ya advertíamos cuando analizábamos el tema del pasivo en el legado de empresa[13], habrá de quedar a la interpretación de la voluntad.

Pero, cuando la voluntad de las partes no esté clara al respecto o fallen los resortes interpretativos, ¿por qué solución habremos de inclinarnos ?

Para DÁVILA, los principios mercantiles aconsejan que el nuevo empresario asuma el pago de las deudas, pues el sucesor en la empresa ha de serlo en la totalidad de las relaciones existentes sean activas o pasivas[14].

Igualmente, sostiene PUIG BRUTAU[15] que, en la esfera interna, la unidad de la empresa debería llevar a la conclusión de que el heredero a quien ha sido adjudicada la empresa (por el testador o por los coherederos de común acuerdo) ha quedado exclusivamente obligado al pago de las deudas respecto de sus coherederos (art. 1084.2º C.c.), de tal modo que si el heredero empresario ha pagado las deudas de la empresa, que también lo son de la herencia, sin duda no podrá reclamar de los demás la parte proporcional

---

[13] Vid. *supra,* Parte Tercera, Capítulo Primero, I, 2, A).

[14] Cfr. op. cit., pág. 587.

Esta tesis fue sostenida también muy tempranamente en Italia por CASTELLI-AVOLIO, quien entendió que el pago de las deudas de la empresa corresponde al ejercicio mercantil en los casos en que algunos de los herederos sucedan en la empresa y otros no, ya que las deudas, como elementos económicos y jurídicos, han de considerarse inseparables de la misma (cfr. "L'azienda commerciale nelle teorie e nella pratica del diritto", P. Federico e G. Ardia Librai-Editori, Napoli, 1925, págs. 252-253).

[15] Cfr. "El testamento del empresario", R.D.P., 1960, pág. 851.

porque, en todo caso, habrá pagado las deudas que correspondían a su participación.

En el mismo sentido, apunta ROCA SASTRE MUNCUNILL que, hecha la partición y adjudicada la empresa a uno o a algunos de los coherederos, la asunción de las deudas mercantiles por los mismos se impone institucionalmente, aunque es conveniente que se haga constar de manera expresa ; así, si uno de los herederos no sucesor en la empresa paga las deudas mercantiles, tendrá derecho a hacer citar y emplazar a los coherederos y exigirles el reintegro de lo que le corresponda[16].

Respecto de la materia, nos parece oportuno distinguir con DE LA CÁMARA los diferentes supuestos, según se trate de un heredero adjudicatario de la empresa por partición convencional o realizada por el testador o en presencia de un legatario de empresa.

La partición efectuada por los coherederos es un contrato plurilateral[17] ; por ello, para fijar su alcance será preciso acudir a las normas sobre interpretación de los contratos. Si los términos del acto particional son claros, no se suscita cuestión, y habrá que estar a lo que resulte de ellos, según advierte el art. 1281 C.c. Así ocurrirá cuando se diga que la empresa se adjudica con su activo y su pasivo, o si lo que se establece es justamente lo contrario. La adjudicación de la empresa por su valor líquido presupone también que el pago de las deudas queda a cargo del adjudicatario[18].

Los actos coetáneos o posteriores a la partición sirven igualmente para juzgar la intención de los contratantes (art. 1282 C.c.). Consiguientemente, la forma en que se haya llegado a la valoración del negocio, si es posible

---

[16] Cfr. "La vida jurídica de la empresa individual", R.D.N. 1980, pág. 247.

[17] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : op. cit., pág. 122.

[18] Cfr. DE LA CÁMARA, M. : op. cit., págs. 365-366.

establecerla, nos dará la clave de la solución. Por ejemplo, si los herederos fijaron ese valor en función de un inventario que no comprendía créditos ni deudas, está claro que la empresa se ha adjudicado prescindiendo de ellos. Los actos posteriores pueden también arrojar mucha luz ; de esta manera, si el adjudicatario comienza a pagar regularmente las deudas del negocio sin ejercitar el derecho que el art. 1084.2º reconoce a todo heredero, ello revela claramente que lo convenido fue la adjudicación de la empresa en su integridad[19].

Cuando, por el contrario, la partición se ha llevado a cabo por el propio testador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 1056 C.c., la voluntad del testador, ley de la sucesión, es soberana. Habrá que atender, por ende, a lo que de una debida interpretación del testamento resulte sobre la extensión de la atribución de la empresa.

Deberá examinarse, consecuentemente, la cláusula testamentaria referente a la adjudicación de la empresa, y todas las que directa o indirectamente se relacionan con ella. Si del tenor del testamento no resulta la extensión que el testador quiso dar a la disposición, se podrá recurrir a la prueba extrínseca, la cual generalmente, según CÁMARA, confirmará que la transmisión comprende el negocio con todo su activo y pasivo, pues habitualmente el empresario concibe su empresa como un sector independiente de su patrimonio[20].

---

[19] Cfr. DE LA CÁMARA, M. : op. cit., pág. 366.

A estos argumentos añade DE LA CÁMARA el del art. 1289.1º C.c., precepto según el cual, cuando fuera absolutamente imposible resolver las dudas que plantee la interpretación mediante las reglas contenidas en los artículos anteriores, y si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales al contrato y éste fuere oneroso, se dilucidarán en favor "de la mayor reciprocidad de intereses", lo que significa en este supuesto, según el autor, que el adjudicatario adquiere los créditos y asume las deudas de la empresa (ibídem).

No obstante, y como el propio CÁMARA reconoce, cabría discutir si la partición es o no un acto oneroso y si la duda sobre el alcance de la adjudicación recae sobre una circunstancia esencial o accidental.

[20] Cfr. op. cit., págs. 367-369.

No obstante, a falta de elementos de juicio tanto en un caso como en otro, y en la duda de cual ha sido la voluntad de los herederos o la del testador al hacer la adjudicación particional, creemos contrariamente a como lo hace DE LA CÁMARA, que debe sostenerse la plena aplicabilidad del régimen del Código sobre la responsabilidad de los coherederos antes descrito. Esto es, la responsabilidad de cada heredero en proporción a su cuota en las relaciones internas. Y ello porque, a nuestro parecer, y por muy deseable que fuere que el que ha recibido la empresa debiera atender también a las deudas de la misma sobre la base del principio de unidad de la organización empresarial, una interpretación fundada en una determinada teoría de la empresa, la teoría unitaria, no puede prevalecer sobre el hecho indiscutible de que en el ordenamiento jurídico español la empresa, por muy unidad que se pretenda que ésta sea, no constituye un patrimonio separado, por lo que, repetimos, en la duda, habrá de estarse a lo dispuesto en el Código Civil.

Esta la solución que se había mantenido cuando la empresa es objeto de un legado[21], el cual, como disposición a título particular, no comprende en principio las deudas, si bien el testador podrá imponer al legatario la responsabilidad por las mismas, responsabilidad en todo caso limitada al alcance del valor del legado (art. 858 C.c.). Así pues, también en el supuesto del legado se tratará de una cuestión de interpretación de la voluntad del causante ; pero, si no resulta claramente que el empresario testador quiso que el legatario de su empresa asumiera las deudas, deberá estarse al régimen general del Código Civil sobre la responsabilidad de los coherederos por las obligaciones.

En cualquier caso, conviene dejar claro que lo dicho hasta ahora se refiere siempre a la responsabilidad por las deudas del causante ya que, para el futuro, la empresa asignada a uno de los herederos o legatario hace a éste sola y exclusivamente responsable de las obligaciones que contraiga en su

[21] Vid. *supra,* Parte Tercera, Capítulo I, I, 2, A).

actividad mercantil. Se produce así una disociación entre los créditos mercantiles anteriores y posteriores a la sucesión.

Quizás por estas causas se ha visto en la solución alemana la que se muestra más de acuerdo con los intereses del tráfico mercantil[22].

En el sistema germano, del pasivo empresarial del causante responden los herederos conforme a las reglas generales del Derecho Sucesorio, esto es, personal e ilimitadamente según el § 1967 B.G.B., pero con la posibilidad de limitar la responsabilidad a lo heredado en virtud de los §§ 1975 y ss. del B.G.B. Hasta aquí no encontramos ninguna novedad respecto al ordenamiento jurídico español pero, y aquí está la divergencia importante, en relación a la materia no podemos dejar de lado los artículos 25 y 27 del H.G.B. que regulan concretamente la responsabilidad del continuador de la empresa adquirida *mortis causa* por las deudas del anterior empresario[23].

---

[22] Así lo advirtieron DÁVILA GARCÍA (vid. op. cit., pág. 586) y ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (vid. "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", R.C.D.I., 1947, pág. 597).

[23] Establecen estas normas lo siguiente :

§ 25 [Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung] : (1) Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erweber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. (2) Eine abweichende Vereinbarung is einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erweber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist. (3) Wird die Firma nicht forgeführt, so haftet der Erweber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschaftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist.

§ 27 [Haftung des Erben bei Geschäftsfortführung] : (1) Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben forgeführt, so finden auf die Hafttung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung. (2) Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Abläufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Así, según estos preceptos, cuando una empresa mercantil heredada es continuada bajo la misma firma del causante por un heredero o una comunidad hereditaria, el continuador responderá ilimitadamente por las deudas mercantiles anteriores surgidas en el ejercicio de la empresa por el empresario causante de la sucesión sin que pueda invocar las limitaciones de responsabilidad que el Derecho Sucesorio establece (§ 27.1º que remite al § 25 H.G.B.). Dicha responsabilidad ilimitada únicamente puede excluirse cuando los herederos cesan el ejercicio de la empresa[24] antes del transcurso del plazo de tres meses computados desde que tuvieron conocimiento de la apertura de la sucesión ; no obstante, si transcurrido el tercer mes, el heredero no ha perdido aún el derecho a repudiar la herencia, no terminará el plazo hasta el término del de repudio de la misma (§ 27.2º). Solamente, pues, en esta hipótesis el heredero sucesor en la empresa tiene la opción de limitar, de acuerdo con las normas sucesorias, la responsabilidad al valor de lo heredado.

Siempre existe tal posibilidad, sin embargo, como advierte SUDHOFF, si la empresa no se ha continuado bajo la firma anterior. Los herederos están siempre autorizados para la realización de un cambio de firma (que ha de ser inscrita, para los efectos liberadores de la responsabilidad, en el Registro Mercantil), o para la constitución de una sociedad a partir de la empresa heredada[25].

En otro caso, cuando la empresa se continúa por los sucesores bajo la antigua firma, el heredero tiene una responsabilidad ampliada respecto de las deudas mercantiles de su causante, aunque haya conseguido limitar su responsabilidad en relación a las demás deudas de la herencia.

---

[24] Según ha advertido K. SCHMIDT con la expresión "cesación del ejercicio" el H.G.B. se refiere a liquidación de la empresa heredada o cese de la titularidad en la misma, siendo suficiente, no obstante, un cambio de firma (cfr. "Handelsrecht", 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag K. G., Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, pág. 273).

[25] Cfr. "Handbuch der Unternehmensnachfolge", GH Beck'sche Verlangsbuchhandlung, München, 1984, págs. 30-31. Y en el mismo sentido, JAHRMARKT, M. : "Volteilhafte Unternehmernachfolge", Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1977, pág. 138.

Dicha continuación de la empresa por un heredero o comunidad hereditaria presupone dos requisitos : primero y obvio, que el heredero o comunidad sean adquirentes y segundo, que la empresa permanezca idéntica[26]. En cuanto al concepto de continuación de la empresa, según la doctrina mayoritaria, hace referencia a la prosecución por el heredero de la actividad empresarial del causante, pero la cuestión merece algunas precisiones. Así pues, no es necesario que el heredero ejercite personalmente la empresa ; por el contrario, es suficiente cuando la actividad empresarial es efectuada por otra persona en su nombre y por su cuenta, es decir, por un representante[27]. Por otra parte, tratándose de varios herederos sucesores en la empresa, la misma se encontrará, como sabemos, en situación de comunidad hereditaria. En este caso, si todos los herederos son continuadores, la responsabilidad ilimitada del § 27 H.G.B. por las deudas anteriores del causante, afecta a todos ellos. Si por el contrario, la actividad empresarial sólo es continuada por uno o algunos de los miembros de dicha comunidad hereditaria, tal responsabilidad sólo alcanzará a todos cuando pueda interpretarse que ha existido otorgamiento tácito de poder de gestión de la empresa por todos los demás herederos en favor de aquél o aquéllos[28].

Finalmente, al hilo de lo expuesto resulta también oportuno — dice SUDHOFF —distinguir entre la responsabilidad por deudas del causante (es decir por el pasivo anterior a la apertura de la sucesión) y responsabilidad por las nuevas deudas contraidas en el ejercicio de la empresa por parte del heredero o herederos. En relación con estas últimas responde ilimitadamente el heredero sucesor en la empresa, como se ha visto, si ha dado su consentimiento para la continuación de la firma. Si, por el contrario, el heredero, a la apertura de la sucesión, se ha manifestado contrario a dicha continuación, optando por ejemplo por la liquidación de la empresa o su venta

[26] Cfr. SCHMIDT, K. : op. cit., pág. 268.

[27] Cfr. SCHMIDT, K. : op. cit., pág. 269.

[28] Cfr. SCHMIDT, K. : op. cit., pág. 270.

no responde personalmente ni de las deudas de la herencia ni de las contraidas en el posterior ejercicio. Y si la negativa a la continuación de la empresa se manifiesta un tiempo después de la apertura de la sucesión pero dentro del plazo de los tres meses del artículo 27 H.G.B., en tal caso responderá personalmente de las deudas surgidas en el nuevo ejercicio de la empresa hasta el momento en que manifestó su negativa a la continuación, mientras que podrá limitar su responsabilidad por las deudas de la herencia al valor de ésta de acuerdo con las reglas del Derecho Sucesorio[29].

II. LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO DE UNA HERENCIA QUE CONTIENE UNA EMPRESA.

La aceptación de la herencia pues, cuando es pura y simple, supone como se ha visto, la confusión de patrimonios entre causante y heredero y la responsabilidad ilimitada de éste por las deudas de la herencia. Para evitar este grave inconveniente, ya en tiempos de Justiniano se introdujo el beneficio de inventario (C. 6, 30, 22), mediante el cual el aceptante, sin dejar de ser heredero, limita su responsabilidad a los bienes existentes en la herencia, si los inventaría en la debida forma y dentro de determinados plazos, conservándose entonces una cierta independencia entre los patrimonios de causante y sucesor[30].

En el ordenamiento jurídico español, los artículos 1010 y siguientes del Código Civil ponen igualmente a disposición del heredero el beneficio de inventario, para que pueda aceptarla manteniéndola separada de sus propios bienes, a todos los efectos legales, hasta tanto se hayan pagado todos los acreedores conocidos y los legatarios (art. 1026 C.c.), e incluso si después de haberse confundido los patrimonios aparecieren otros acreedores, el heredero

[29] Cfr. op. cit., pág. 31.

[30] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : op. cit., pág. 77.

sólo responderá en la medida en que haya experimentado un enriquecimiento a consecuencia de la sucesión[31].

Así pues, el beneficio de inventario representa, en palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, "una atenuación al principio de responsabilidad ilimitada del heredero en aquellas legislaciones que todavía la conservan, y, para algunos autores, de la confusión de patrimonios"[32].

La aceptación de una herencia a beneficio de inventario produce en favor del heredero, en virtud del artículo 1023 C.c., los siguientes efectos :

1º) *"El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma"* (art. 1023.1º C.c.).

La letra del precepto ha motivado que los autores se cuestionen si la limitación de la responsabilidad es cualitativa (*intra vires* y *cum viribus*) o cuantitativa (*intra vires* y *pro viribus*), esto es, si el heredero responde limitadamente y con los bienes inventariados o hasta el límite de su valor, sin distinción entre bienes propios y heredados.

La doctrina y la jurisprudencia se han inclinado mayoritariamente a considerar que el heredero a beneficio de inventario responde *intra vires* y *cum viribus*. No obstante, se admite que la responsabilidad *pro viribus* entra en juego en el supuesto de herencia beneficiaria ya adjudicada, pues, cuando haya alguna reclamación con posterioridad a la terminación de la liquidación de la herencia y no existan bienes de la misma en el patrimonio del heredero, hay que admitir la responsabilidad *pro viribus*[33].

---

[31] Cfr. PUIG BRUTAU, J. : "Fundamentos de Derecho Civil..." cit., pág. 242.

[32] Cfr. op. cit., pág. 57.

[33] Vid., por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, J. : op. cit., págs. 66 y .67.

2º) Además, el heredero *"conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto"* (art. 1023.2º C.c.).

3º) Y, finalmente, según el número 3º de la repetida norma, *"no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia"*.

Ahora bien, ¿es posible que cuando en el seno de una herencia exista una empresa pueda aquélla aceptarse a beneficio de inventario ? La pregunta, a primera vista, parece estar de más, y caer la respuesta afirmativa por su propio peso, dado que en nuestro Código una herencia puede siempre aceptarse a beneficio de inventario, opción que nadie, ni tan siquiera el testador, puede restringir. Así, el artículo 1010 C.c., pórtico de los que regulan el beneficio de inventario, establece que : *"todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido"*.

Ciertamente, en efecto, no puede negarse la obtención de tal beneficio a quien es llamado a la herencia cuando de la misma forma parte una empresa, pero sí es problemático si el mismo puede influir sobre la existencia de la empresa, en cuanto parece en principio que el heredero, aceptando con beneficio de inventario, se obliga a liquidar la herencia para satisfacer a los acreedores hereditarios[34], lo cual casa muy mal con el principio de conservación de la empresa.

---

[34] Cfr. FOSCHINI, M. : "Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario e destinazione, da parte dei coeredi, dell'azienda ereditaria all'esercizio di un'impresa commerciale". Riv. Dir. Comm., 1964 II, pág. 393.

Para el autor, existiendo una empresa en una herencia aceptada a beneficio de inventario, pueden darse las siguientes hipótesis (cfr. op. cit., pág. 394) :

"a) si la herencia se compone de otros bienes además de la empresa y la satisfacción de las pretensiones de los acreedores hereditarios puede llevarse a cabo con aquéllos, no hay razón alguna para la disolución de la empresa y el heredero, cuando desee conservar los bienes comprendidos en ésta y la destinación de los mismos al ejercicio empresarial, asumirá la cualidad de empresario.

Por otra parte, la gestión de la empresa podría comportar la decadencia del beneficio de inventario, por ser actividad incompatible con la naturaleza de un patrimonio en administración como es la herencia beneficiaria.

Finalmente, se ha dicho también que la aceptación a beneficio de inventario constituiría un medio para autolimitar la responsabilidad de la propia empresa, por lo que resultaría "incompatible con el tráfico o, en todo caso, con la explotación de la empresa bajo una forma jurídica que implique la responsabilidad ilimitada del empresario por las obligaciones contraidas"[35].

Estos problemas que plantea el beneficio de inventario en relación a la herencia que contiene una empresa y que a vuela pluma hemos señalado, serán analizados más ampliamente en este epígrafe, con la consciencia, no obstante, de la dificultad del tema y de lo incierto del terreno que pisamos, dada la ausencia casi total de jurisprudencia y de elaboraciones doctrinales sobre la materia.

---

b) si la herencia está constituida tan sólo por la empresa, el heredero deberá proceder a satisfacer el pasivo hereditario incluso mediante la enajenación, con las debidas autorizaciones, de bienes comprendidos en la empresa, con tal efecto que : o viene a desaparecer la destinación funcional del complejo de bienes, si una parte relevante de los mismos es vendida para la satisfacción de los acreedores hereditarios ; o permanece en vida la empresa, si la venta de los bienes de ésta en la medida necesaria para contentar a los acreedores no incide sobre el mínimo de elementos patrimoniales que deben existir a los fines de que su organización dé lugar a la empresa.

c) si el heredero paga a los acreedores hereditarios con bienes personales, la empresa permanecerá en vida, decaiga o no el beneficio de inventario, y, si ejercita en nombre propio la actividad mercantil asumirá la cualidad de empresario.

d) si el heredero, en lugar de extinguir el pasivo hereditario a través de la liquidación de la empresa, ejercita la actividad empresarial, adquiriendo la cualidad de empresario, pierde el beneficio de inventario, con la consecuencia de que responderá ilimitadamente y con sus propios bienes de las deudas de la herencia.

e) finalmente, si el heredero concede el goce de la empresa heredada a un tercero, esta sigue conservando su destinación funcional y su valor unitario derivado de la organización de los bienes, mientras que el heredero no asume la cualidad de empresario, aunque sí deviene ilimitadamente responsable sino satisface a los acreedores hereditarios".

[35] Cfr. PUIG BRUTAU, J. : "El testamento..." cit., pág. 854.

Así pues, admitida la posibilidad indudable de que el llamado a una herencia en la cual se contiene una empresa pueda obtener el beneficio de inventario (art. 1010 C.c.), la cuestión fundamental se centra en la existencia o no de compatibilidad entre la conservación de dicho beneficio y el ejercicio de la empresa. Dicho en otras palabras, aceptada la herencia a beneficio de inventario, ¿puede el heredero gestionar la empresa de su causante durante el periodo que dura la administración del beneficio?; y dicha cuestión recordemos que es vital por la circunstancia de que, merced al carácter dinámico de la organización que constituye la empresa, su paralización conlleva la desaparición o grave menoscabo del aviamiento y la consecuente desvalorización e incluso pérdida de la empresa.

Para responder a esta cuestión, hay que plantearse en primer lugar si la herencia beneficiaria es siempre un patrimonio en liquidación, esto es, si el beneficio de inventario conlleva necesariamente la liquidación del caudal relicto.

En este sentido, afirmó PUIG BRUTAU en relación con el supuesto de hecho en estudio que, "al disponer el Código Civil que el heredero a beneficio de inventario «no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma» (art. 1023, núm. 1º, del Código Civil), presupone que la herencia queda sometida a un proceso de liquidación incompatible con la subsistencia de su objeto cuando es una empresa"[36]. Dicha circunstancia, apreciada también con anterioridad por DÁVILA GARCÍA[37] y ROBLES ÁLVAREZ[38], no es considerada por éstos, sin embargo, un obstáculo infranqueable para la continuidad y conservación de la empresa pues, a su juicio, una vía de salvación de la empresa viene abierta por el artículo 1030 C.c., el cual, habla de venta de bienes hereditarios, cuando ello sea necesario para pago de los créditos y legados, "salvo si todos

[36] Cfr. "El testamento..." cit., págs. 853-854.

[37] Vid. op. cit., págs. 588-589.

[38] Vid. op. cit., pág. 598.

los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa", esto es : la unanimidad de los interesados pueden decidir, en provecho común, el establecimiento de otra forma o formas de pago que asegure la vida de la empresa".

En la misma línea DÍEZ PICAZO no considera el carácter liquidatorio que, en ocasiones, puede tener la administración de la herencia beneficiaria, como elemento impeditivo para la virtualidad del beneficio de inventario en relación a la herencia que contiene una empresa. Para este autor : *"el hecho de que la herencia beneficiada constituya un patrimonio en administración, evidente de acuerdo con el artículo 1026 del Código Civil, no empece para nada el hecho de que pueda llegar efectivamente a ser un patrimonio en liquidación, puesto que según el artículo 1030 para el pago de acreedores y legatarios puede ser necesaria la venta de bienes de la herencia, tampoco obsta la solución. Por dos razones : una, que el heredero no puede ser privado de su derecho de condicionar la aceptación a la limitación de la responsabilidad por el hecho de que en la herencia haya una empresa ; otra, que la liquidación, pese a todos los intentos que por la conservación se hagan, tiene en muchos casos que llegar, con herencia o sin ella, más aún si como por hipótesis se trata de una herencia endeudada. Finalmente, porque la conservación puede todavía salvarse si al enajenar los bienes precisos para el pago de acreedores y legatarios se vende la empresa como un todo, posibilidad ésta que permite el artículo 1030, el cual ordena..."*[39].

Estos autores, como vemos, salvan la cuestión acudiendo a la interpretación del artículo 1030, como solución de urgencia, sin plantearse con seriedad, no obstante, si el beneficio de inventario comporta o no una situación patrimonial auténticamente de liquidación.

[39] Cfr. "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", en "Estudios de Derecho Privado", Editorial Civitas, Madrid, 1980, págs. 326-327.

Tal hecho fue negado por GITRAMA, quien advirtió que nuestro Código, en aras a la libertad personal y reparando en que, no tratándose de *"hereditas damnosa"*, no se puede equiparar la aceptación beneficiaria al concurso de acreedores, no obliga al heredero administrador a liquidar la sucesión[40]. Más rotundamente, en Italia, VOCINO señaló que la obligación del heredero beneficiario de liquidar es *"fruto de la fantasía"*[41], ya que, a su entender, no existe en el Código francés ni en el italiano precepto alguno del que pueda deducirse la obligación del heredero de liquidar, de convertir en dinero los bienes hereditarios y satisfacer con el mismo a los acreedores : la única obligación que incumbe al heredero — a su parecer — es la deuda frente a los mismos que le ha sido transmitida por el difunto[42].

En la actualidad, no obstante, la mejor doctrina ha estado de acuerdo en entender que la situación de administración de la herencia que comienza cuando el heredero acepta o bien pide el beneficio de inventario y termina cuando resultan pagados todos los acreedores conocidos, tiene orientación liquidatoria (carácter en el cual encuentra un límite de tiempo y contenido diverso al de la gestión de bienes ajenos destinados a ser restituidos). No es, por otra parte, que se excluya el aspecto de conservación, pero éste es puramente accesorio. Por ello, lo normal es que se inicie calculando activo y pasivo de la herencia e inmediatamente se cobren los créditos y se realicen los bienes necesarios para pagar las deudas, si no existiere suficiente numerario[43].

---

[40] Cfr. "La administración de herencia en el Derecho español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 258.

[41] Vid. "Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1942, pág. 432.

[42] Cfr. op. cit., págs. 433-436. Y en el mismo sentido insiste en las págs. 465 y 466.

[43] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; y otros : op. cit., pág. 97. En la misma dirección vid. PUIG BRUTAU, J. : "Fundamentos..." cit., pág. 257 y ss. ; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. : op. cit., págs. 550-551 ; LÓPEZ JACOISTE, J. J. : Comentario del art. 1026 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2416-2417, y la misma opinión sostuvo ya en su artículo "El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio", R.G.L.J., tomo 204, 1958, pág. 491 y ss. ; etc...

A pesar de ello, dicha imagen de administración liquidadora que parece imponer el beneficio de inventario queda un tanto desdibujada si atendemos a la circunstancia de que el pago a los acreedores, preferente al de los legados (art. 1027 C.c.) ha de realizarse sin alteración en el natural vencimiento de los créditos y sin que, por regla general, deba atenderse a su respectiva preferencia (arts. 1028 y 1029 C.c.). Nos encontramos, pues, ante un sistema que pretende sincronizar un proceso de liquidación patrimonial con el normal estatuto de vida jurídica de cada crédito[44], y ello porque el beneficio de inventario no supone un estado concursal de la herencia, por lo que no se consideran exigibles y vencidos todos los créditos.

De aquí que creamos que, cuando se califica la administración de la herencia beneficiaria como de "administración liquidadora", lo que se quiere significar es que se trata de una administración enderezada a la satisfacción de los derechos de los acreedores, no que la misma haya de conducir necesaria e irremediablemente a la liquidación y venta de los bienes hereditarios. El objetivo del Código al regular la gestión del beneficio de inventario es arbitrar las garantías necesarias para que se pague a los acreedores y legatarios, por ello se extreman las precauciones a los fines de que el heredero beneficiario, dueño de los bienes, no realice acto alguno que pudiera perjudicar a aquéllos o imprimir a los bienes un destino caprichoso, sin incurrir en responsabilidad.

En esta línea de opinión, ya advirtió BOCCHINI que la finalidad fundamental del beneficio de inventario no es la liquidación del as hereditario, sino la satisfacción de los acreedores hereditarios *"intra vires hereditatis"*[45]. Por esta causa, creyó conveniente distinguir en la figura del beneficio de inventario — creemos que con buen juicio —, el medio (la liquidación del patrimonio relicto) del fin (la satisfacción de los acreedores *intra vires*). Y la razón es bien

[44] Cfr. PUIG BRUTAU, J. : "Fundamentos..." cit., pág. 261.

[45] Cfr. "Beneficio d'inventario ed esercizio dell'impresa". Giust. Civ., 1967 I, pág. 814.

evidente : una atenta mirada a la realidad concreta muestra como en algunas hipótesis, por otra parte nada infrecuentes, dicha finalidad puede alcanzarse de manera distinta a la liquidación y venta de los bienes de la herencia. Uno de estos supuestos, según el autor, se refiere a la eventualidad de que el caudal hereditario esté constituido por una empresa, bien idóneo por su propia naturaleza para producir una rentabilidad. En ese caso, la continuación de la empresa del *de cuius* por parte del heredero beneficiario aparece perfectamente compatible con la figura del beneficio de inventario, dado que la satisfacción de los acreedores puede encontrar actuación práctica, mejor que a través de la liquidación de la empresa, mediante la gestión de la misma y el pago de los créditos con el beneficio obtenido[46].

---

[46] Cfr. op. cit., pág. 815. Y en la nota al pie nº 12 en la página 816, insiste en señalar lo siguiente : *"... ritengo invece che l'amministrazione dell'asse ereditario non ha sempre natura liquidativa potendo rivolgersi ad un integrale sfruttamento dei beni che compongono il patrimonio ereditario, specie nei casi, come nella specie, in cui oggetto dell'eredità è un bene (azienda) idoneo per sua natura alla produzione di un redito. In tale ipotesi la soddisfazione dei creditori, che costituisce la finalità del beneficio d'inventario, potrà aver luogo, non necesariamente mediante una attività di liquidazione vale a dire di conversione in danaro dei beni che compongono l'eredità beneficiata, ma attraverso una attività di amministrazione e destinazione del profitto alla soddisfazione dei creditori".*

En Italia, de todas formas, incluso los autores que han sostenido la naturaleza liquidatoria del beneficio de inventario, no rechazan la posibilidad de un gestión de la empresa meramente conservadora a los fines de facilitar la liquidación.

En el este sentido pareció pronunciarse D'AMELIO (vid. "L'azienda commerciale nella succesione ereditaria", Riv. Dir. Comm., 1913 II, pág. 11). Y más ampliamente se refiere a la cuestión FOSCHINI afirmando que, si bien del ámbito de actuación previsto en el art. 491 del Código Civil italiano queda excluida cualquier actividad de administración en sentido lato dirigida a mejorar los bienes o a aumentar su valor, sí pueden incluirse en el mismo aquellos actos necesarios para conservar el valor de determinados bienes, en espera de ser destinados a la satisfacción del acreedores. Así —a su juicio —, si se atiende a la obligación de liquidación impuesta al heredero en la hipótesis en que el as hereditario está representado por una empresa, no puede dudarse de la necesidad de que el aceptante con beneficio de inventario lleve a cabo una actividad de conservación de aquel valor unitario propio de la empresa y consistente en el aviamiento, a través de una administración de la empresa dirigida, también, a los fines de liquidarla. Por tanto, deben considerarse actos conformes a la disciplina legal de la aceptación beneficiaria aquellos actos de los herederos tendentes no a aumentar el valor de la empresa (en los cuales encuentra el autor una distorsión de los fines de la liquidación), sino a mantener inalterado lo más posible este valor hasta el momento de la liquidación y de la satisfacción de los acreedores hereditarios ; consecuentemente, los herederos podrán, con las debidas autorizaciones, enajenar los bienes que puedan perecer, terminar un proceso productivo todavía en curso, vender los productos existentes en el almacén... (cfr. op. cit., págs. 399-403).

En tal línea de pensamiento, OPPO que la incompatibilidad existente entre beneficio de inventario y ejercicio de la empresa motivado por la naturaleza liquidatoria de la administración de la herencia beneficiaria, no quiere decir que sea inadmisible una conservación del patrimonio de la empresa en el ámbito de la misma, esto es un ejercicio que

La liquidación que el beneficio de inventario supone se refiere, pues, no a la necesaria y obligatoria conversión de todos los bienes hereditarios en dinero, sino al pago de acreedores conocidos y legatarios a su satisfacción. Por ello no parece que la administración de la herencia beneficiaria precluya siempre la posibilidad de un ejercicio conservador de la empresa mercantil contenida en el caudal relicto, en aras de los principios de continuación y conservación de la empresa; sobre todo si se trata de una organización económica saneada y en buenas condiciones para producir beneficio, supuesto en el que la gestión conservadora interesará a todas las partes. Dicho ejercicio, encaminado, repetimos, a la preservación del aviamiento, ha de contenerse, como es lógico, dentro de ciertos límites (art. 1024 C.c.), respondiendo el heredero de los perjuicios que se causen a la herencia por culpa o negligencia suya (art. 1031 C.c.).

Por ende, afirmada la posibilidad de la aceptación a beneficio de inventario de una herencia en la cual exista una empresa mercantil, y la posibilidad de que la misma se ejercite en aras a su conservación en tanto no se produzca la liquidación y venta, si necesario fuere, el problema primordial consiste en acomodar las normas del Código Civil al supuesto, ya que las mismas prevén un patrimonio estático[47].

En concreto, choca con la naturaleza dinámica de la empresa mercantil la regla contenida en el artículo 1024, párrafo segundo del Código Civil, al disponer que el heredero perderá el beneficio de inventario: *"si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin*

conserve el valor de la misma. Lo que el autor quiere dejar claro es que tal conservación es posible sólo en cuanto vaya enderezada a una mejor liquidación, y no más allá de estos límites (cfr. "Patrimoni autonomi familiari e esercizio di attività economica", Riv. Not., 1988 II, pág. 834).

[47] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. : "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 327.

autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización"[48].

Según advierten LACRUZ y SANCHO, el precepto se refiere a todo acto culposo y doloso de enajenación, y la pérdida del beneficio sobreviene automáticamente, aunque no haya habido perjuicio de coherederos, acreedores y legatarios[49].

La razón de ser de la norma es clara. Los bienes relictos están adscritos a la satisfacción del interés de acreedores hereditarios conocidos y legatarios, hasta tanto los mismos no sean pagados, constituyendo un patrimonio de afección en relación con el cual el designio de saldar tales obligaciones

---

[48] Ya vimos que el artículo 1030 del Código Civil señalaba que, cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

Esta norma — advierte GITRAMA GONZÁLEZ — se refiere a los arts. 1020 a 1032 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, concretamente al 1030, el cual regula la venta de los bienes que pueden deteriorarse, los de difícil y costosa conservación, los frutos que puedan venderse en ocasión ventajosa y aquellos otros cuya venta sea necesaria para el pago de deudas o para cubrir otras previstas atenciones, todo lo cual se venderá en pública subasta (art. 1031). Más como el artículo 1020 de la propia Ley procesal autoriza al administrador del abintestato para vender oportunamente los frutos obtenidos, verificándolo por medio de corredor, donde lo haya..., consecuencia será que el heredero administrador podrá optar alternativamente, siempre que ambas formas sean posibles, entre la venta en subasta o mediante corredor, sin por ello perder el beneficio de inventario (cfr. Comentario del art. 1024 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo XIV, vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 404-405).

No podemos dejar de señalar también que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de Enero) establece en su artículo 803 las reglas para la venta de los bienes siguientes : *"1º. Los que puedan deteriorarse, 2º. Los que sean de difícil y costosa conservación, 3º. Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas, 4º. Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia"*, en estos casos, *"el tribunal, a propuesta del administrador ,y oyendo a los interesados a que se refiere el apartado 3 del artículo 793,* (esto es, el cónyuge sobreviviente ; los parientes que pudieran tener derecho a herencia y fueren conocidos, cuando no conste la existencia de testamento ni se haya hecho la declaración de herederos abintestato ; los herederos o legatarios de parte alícuota ; los acreedores a cuya instancia se hubiere decretado la intervención del caudal hereditario y, en su caso los que estuvieren personados en el procedimiento de división de la herencia ; y, cuando por Ley se requiera, el Ministerio Fiscal y el abogado del Estado o los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas) *podrá decretar mediante providencia la venta de cualesquiera de dichos bienes, que se verificará en pública subasta conforme a lo establecido en la legislación notarial o en procedimiento de jurisdicción voluntaria".*

[49] Cfr. op. cit., pág. 81.

pendientes prevalece sobre las conveniencias del heredero. Por esta causa, si se precisa vender alguno de los bienes de la herencia y no se hace conforme a las prescripciones y con las garantías del Código, el acto dispositivo entraña una desviación respecto del fin que preside el expediente del beneficio de inventario, desviación que se salda con la pérdida del mismo, colocándose el heredero en la posición jurídica del aceptante puro y simple[50].

El problema de la aplicación de dicho artículo 1024, párrafo 2º del Código Civil a la gestión conservadora de la empresa durante la herencia beneficiaria vuelve a surgir (como aparecía cuando estudiábamos la posibilidad o no del ejercicio conservador de la empresa por el llamado durante la yacencia y sin perder la cualidad de tal), por el hecho de que el ejercicio de una empresa, dada su especial naturaleza, aunque se encamine únicamente a la mera conservación de ésta, supone la realización de actos que, entendidos en estado puro, habrían de ser considerados de disposición (así ocurre con las ventas de mercaderías en *stock*, adquisición de materias primas, continuación de la ejecución de contratos de suministro...). Estos actos son, por otra parte, tan básicos y fundamentales para la conservación del aviamiento empresarial, que puede decirse que constituyen la esencia del ejercicio de la empresa, no pudiendo suprimirse sin provocar la pérdida de la misma.

Por ello, los autores que defienden la posibilidad de que el heredero, como administrador de la herencia beneficiaria, continúe el negocio en tanto la liquidación no se produce, han sostenido la necesidad de matizar mucho la

---

[50] Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. J. : Comentario del art. 1024 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2413.

En el mismo sentido se pronuncia M. GITRAMA al decir gráficamente que *"se justifica el precepto en la pertinencia de la sanción civil de pérdida del beneficio de inventario para aquel heredero aprovechado y poco escrupuloso que pretenda estar sólo «a las maduras» y quiera conservar las ventajas respectivas de ambas formas de aceptación, la pura y simple y la beneficiaria"* (cfr. Comentario del art. 1024... cit., pág. 405).

regla del artículo 1024 C.c.[51], a fin de no comprender dentro de los actos de enajenación de que tal precepto habla, los que tengan por objeto mercaderías por tratarse de meros actos de administración ordinaria, indispensables para el desarrollo de la actividad empresarial correspondiente[52].

En Italia, los juristas que se han mostrado favorables a la posibilidad de la gestión de la empresa por el heredero beneficiario, han dudado, dada la dicción literal del artículo 493 del Código Civil italiano[53], si tal continuación del ejercicio debe o no ser autorizada por el Tribunal.

La premisa que permite resolver tal cuestión está constituida nuevamente por el análisis de la naturaleza de la actividad de conservación de la empresa, ¿es actividad de administración ordinaria o extraordinaria en su conjunto ? ¿o hay que distinguir en la misma entre actos de administración ordinaria y extraordinaria ?

Entendiendo que la actividad de gestión (aun conservadora) de la empresa tiene carácter dispositivo, el ilustre FERRARA sostuvo que el heredero no puede, por su propia iniciativa, continuar el ejercicio de la

---

[51] Vid. DÍEZ PICAZO, L. : "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 327.

POLO, por su parte, entiende que tal matización en la aplicación del citado precepto debe hacerse a escala general y no únicamente con relación a la herencia de la empresa. Pues, *"¿acaso en los patrimonios agrícolas en los que pensaba el legislador, pese a su carácter estático, no se plantea igualmente la necesidad de proceder a la enajenación de los frutos y mercaderías que se hallen en la herencia ? ¿Se pierde en estos casos el beneficio de inventario ? Creemos que la solución no debe ser sólo — e indudablemente — negativa, sino, además, común en ambos casos, y que el término cuya interpretación debe matizarse con carácter general es el término «bienes de la herencia», evitando una interpretación comprensiva de los productos, mercaderías, frutos, etc., cuya no enajenación incide perjudicialmente en la marcha de la empresa o de la explotación agrícola"* (cfr. "La transmisión mortis causa del a empresa en el Derecho Catalán", R.D.M., 1972, pág. 31.

[52] Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. : op. cit., pág. 245. Y en igual sentido, vid. DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M. : "Comunidad de bienes y empresa", McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 206.

[53] Dice este precepto : *"1. L'erede decade dal beneficio d'inventario, se aliena o sottopone a pegno o ipoteca beni ereditari, o transige relativamente a questi beni senza l'autorizzazione giudiziaria e senza osservare le forme prescritte dal codice di procedura civile. 2. Per i beni mobili l'autorizzazione non è necessaria trascorsi cinque anni dalla dichiarazioni di accetare con beneficio d'inventario."*

empresa sin que decaiga el beneficio de inventario ; si bien es posible ser autorizado por Tribunal para llevar a cabo el mismo, previa prestación de caución cuando los acreedores así lo requieran. Y ello porque — razona — si tal posibilidad es consentida expresamente al incapaz, que por ley no puede aceptar sino con beneficio de inventario, no hay razón para negársela a cualquier heredero beneficiario cuando los interesados no se opongan[54].

En idéntico sentido se pronunciaron también MESSINEO[55] y FERRARI, afirmando este último que los poderes atribuidos al heredero beneficiario deben contenerse, en interés de los acreedores y legatarios, en los límites de la pura conservación del patrimonio hereditario ; por esta causa, el ejercicio provisional de la empresa por el heredero que ha obtenido el beneficio de inventario sólo podrá ser autorizado por el Tribunal en el caso en que de la interrupción de la empresa derive un daño grave e irreparable[56].

Asimismo BOCCHINI, tras partir de una valoración unitaria de los actos que componen la actividad de empresa como de administración extraordinaria en su conjunto, considera imprescindible la autorización judicial para la continuación de la empresa por parte del heredero beneficiario[57]. Según el autor, es evidente que el legislador, requiriendo la autorización del Tribunal para cualquier acto de disposición de bienes hereditarios, ha querido establecer un haz de garantías para los acreedores a fin que evitar la desaparición del patrimonio hereditario. En esta línea de pensamiento, la continuación de la empresa sin autorización judicial constituiría, por el "aleas" que caracteriza a la misma, un verdadero atentado al sistema de garantías predispuesto por la ley. En conclusión, y a juicio de este jurista, a través del

---

[54] Cfr. "La teoria giuridica dell'azienda", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, págs. 381-382.

[55] Cfr. "Manual de Derecho Civil y Comercial", tomo VII. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pág. 361.

[56] Cfr. "Enciclopedia del Diritto", tomo IV, voz "Azienda". Giuffrè Editore, Milano, 1959, pág. 734.

[57] Cfr. op. cit., págs. 818-819.

sistema de la autorización el Tribunal es llamado, caso por caso, a cumplir el siguiente cometido : comprobar si la gestión de la empresa es de absoluta utilidad o presenta, por el contrario, riesgos para los acreedores. Por ello, el instrumento de la autorización constituye en las manos del Tribunal un instrumento válido para la individualización, en el supuesto concreto, de los intereses dignos de tutela, atendiendo así a las necesidades de la práctica[58].

En el ángulo opuesto, y abundando en la opinión ya expresada por D'AMELIO[59], CASTELLI AVOLIO sostuvo bajo el imperio del anterior Código Civil italiano que, en cuanto la simple conservación de la empresa comporta su ejercicio, el heredero que ha obtenido el beneficio de inventario debe proceder a las adquisiciones y ventas de las mercaderías y a la realización de todas las demás exigencias para el mantenimiento de la eficiencia de la empresa. Por ello, en los casos de existencia de una empresa en la herencia beneficiaria, el heredero debe ser considerado como un simple administrador y gestor de aquélla, obligado, en consecuencia, a rendir cuentas de su actuación a acreedores y legatarios[60].

Al parecer de este autor, para llevar a cabo tal gestión conservadora el heredero no ha de solicitar la autorización judicial, pues los actos de enajenación de mercaderías no constituyen enajenación de bienes hereditarios, debido a que el bien es la empresa en su conjunto y no las singulares mercancías. La finalidad de la ley — sostiene CASTELLI AVOLIO — es que los bienes se conserven en el interés de los acreedores y

---

[58] Cfr. op. cit., pág. 820.

En la tesis de BOCCHINI, obtenida por el heredero beneficiario la autorización para continuar la gestión de la empresa, aquél deberá llevarla a cabo en nombre propio y *cum viribus hereditatis,* en el sentido de que no podrá invertir en la misma bienes o capitales no hereditarios. En caso contrario, se entenderá que ha habido renuncia o revocación tácita del beneficio de inventario por parte del heredero beneficiario (cfr. op. cit., págs. 820 y 821).

[59] Cfr. op. cit., págs. 11 y 12. Para el autor, no hay duda de que los actos de comercio entran en la categoría de los actos permitidos al heredero aceptante a beneficio de inventario, siempre y cuando, no por dicha cualidad de actos de comercio, sino por su entidad económica, no deban se considerados como actos excedentes de la simple administración.

[60] Cfr. op. cit., págs. 245-246.

legatarios ; por ende, es la empresa en su conjunto (cuyo valor es muy superior a la suma de los elementos particulares que la componen) la que, a través de los pertinentes actos, el heredero debe preservar[61].

Esta tesis es mantenida igualmente por ROTONDI[62], GHIRON[63] y BRAMA[64], según quien, aceptada la herencia a beneficio de inventario, el heredero tiene un poder-deber de administrar diligentemente los bienes heredados, y, si en el seno de la herencia existe una empresa, el heredero podrá realizar su gestión conservadora sin necesidad de autorización judicial y sin por ello perder el beneficio obtenido, ya que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 493 C.c. it. todos aquellos actos que sin alterar la integridad del as hereditario atienden a la conservación del mismo[65].

En la jurisprudencia italiana sostuvo esta segunda postura la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 29 de Enero de 1966[66], a cuyo juicio, *"si entre los bienes hereditarios se halla una empresa mercantil, el heredero puede sin duda alguna gestionarla, entrando dicha gestión entre sus facultades y siendo, incluso, necesaria para impedir la desvalorización y dispersión de la empresa como bien económico"*[67].

Como fundamenta el Alto Tribunal Italiano : *"no puede decirse que la gestión de la empresa por parte de los herederos deba ser autorizada por el juez según el artículo 493 C.c. La autorización judicial de que este precepto*

---

[61] Cfr. ibídem.

[62] Vid. "Trattato di Diritto dell'industria. L'azienda come oggetto di negozi giuridici" CEDAM, Padova, 1931, pág. 258.

[63] Vid. "L'imprenditore, l'impresa e l'azienda", UTET, Torino, s.d., págs. 402-403.

[64] Vid. "Accettazione di eredità con beneficio di inventario", Giuffrè Editore, Milano, 1987, pág. 133 ss., y 145 ss.

[65] Cfr. op. cit., pág. 135 y pág. 145 ss.

[66] Giust. Civ., 1967 I, págs. 812-824.

[67] Vid. op. cit., pág. 818.

trata, se refiere a los actos de administración extraordinaria de enajenación de bienes hereditarios, no a los actos ordinarios relativos a la administración de un bien como la empresa, compuesto a su vez de una masa de bienes fluctuantes. La gestión de la empresa como bien económico comporta continua y necesariamente la venta de mercancías y la adquisición de otras en reintegro de las vendidas. Por tanto, en tanto la venta de mercancías de una empresa que forma parte de los bienes hereditarios está comprendida en los límites de la gestión ordinaria, la misma no puede considerarse enajenación de bienes hereditarios a los fines del artículo 493. Tal norma será, sin embargo, aplicable ante una venta en masa de las mercancías, de entidad tal que conduzca, en definitiva, a la liquidación de la empresa"[68].

Por nuestra parte, creemos que tal doctrina de la jurisprudencia italiana puede trasladarse *mutatis mutandi* a nuestro ordenamiento. El artículo 1024.2º del Código Civil, como antes hemos señalado, sanciona con la decadencia del beneficio de inventario todo acto de enajenación por suponer alteración o desviación respecto al fin que persigue el beneficio de inventario, a saber: saldar las deudas de la herencia con los propios bienes hereditarios. En el caso que examinamos, las enajenaciones de mercancías y demás actos conocidos de gestión empresarial que, en estado puro, repetimos, pudieran tener consideración de dispositivos, se dirigen y sirven a la conservación del bien hereditario complejo que es la empresa mercantil. Por tanto, por su destino económico y funcional respecto de una organización dinámica de producción, han de ser calificados de administrativos, pudiendo prescindirse consiguientemente de la autorización judicial, absolutamente incompatible con la celeridad de decisiones y actuación que exige, por su naturaleza, la dirección de una empresa.

Ahora bien, dicha gestión, para no provocar la pérdida del beneficio de inventario, deberá contenerse en los límites de la conservación de la empresa a los fines del pago de los créditos contra la herencia, pues cualquier acto que

[68] Op. cit., págs. 819-820.

suponga alteración de la consistencia del patrimonio de la empresa (venta masiva de productos no exigida por las necesidades de la demanda, alteración en el inmovilizado...) conllevará la decadencia del beneficio de inventario.

¿Qué ocurre con los actos del heredero beneficiario respecto de la empresa contenida en la herencia que sobrepasen los límites establecidos por el artículo 1024 del Código Civil, aun atendida la amplia interpretación aquí propuesta ? Pues bien, dichos actos de comercio deberán reputarse plenamente válidos y eficaces frente a terceros, derivando de su realización únicamente la decadencia del beneficio de inventario y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de quien dispuso indebidamente[69]. Ello no obsta a que semejantes actos puedan rescindirse, si son fraudulentos o perjudican a los acreedores, tanto del causante como a los particulares del heredero, ya que convertido éste en aceptante puro y simple queda confundido su patrimonio con el del difunto[70].

Admitida la posibilidad de que el heredero beneficiario continúe la empresa a los fines exclusivos de su conservación, sin perder por ello el beneficio de inventario, tropezamos con la cuestión atinente a la responsabilidad por las nuevas deudas creadas. En efecto, la continuación

---

[69] Es opinión unánime en la doctrina, *ad exemplum* pueden citarse : MANRESA (vid. sus "Comentarios al Código Civil español", tomo VII, 7ª edición revisada por F. BONET RAMÓN, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, pág. 572) ; LACRUZ BERDEJO - SANCHO REBULLIDA y otros (vid. op. cit., pág. 98) ; GITRAMA (vid. "La administración de herencia..." cit., pág. 65 ; y en su comentario al art. 1024 C.c. ... cit., pág. 405) ; LÓPEZ JACOISTE (Comentario al art. 1024... cit., pág. 2413) ; FOSCHINI (vid. op. cit., pág. 405 y ss)

Tal decadencia del beneficio de inventario es, según nuestra doctrina, de carácter automático o ipso iure (LACRUZ- SANCHO : op. cit., pág. 81 ; GITRAMA : Comentario..., pág. 408) ; sin embargo, en el Derecho Italiano, los juristas han entendido que la misma debe hacerse valer por acreedores o legatarios, a quienes la ley atribuye la legitimación exclusiva. Ello quiere decir en conclusión que el acto de disposición, siendo normalmente válido y eficaz frente a terceros, no comporta la pérdida del beneficio de inventario cuando los acreedores hereditarios o legatarios no lo deseen (cfr. FOSCHINI, M. : op. cit., pág. 407 y 408), y asimismo la sentencia del Tribunal de Roma de 10 de Julio de 1963 comentada por éste declara que : *"El beneficio de inventario no determina un vínculo real de indisponibilidad de los bienes hereditarios, sino que produce solamente la carga para el heredero de no disponer de los mismos, sancionado con la decadencia del beneficio de inventario, la cual puede hacerse valer, ex art. 505 del C.c., exclusivamente por los acreedores y legatarios".*

[70] Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M. : op. et loc. cit.

conservadora del ejercicio empresarial hará surgir nuevas obligaciones que habrán de imputarse a algún sujeto o patrimonio. Así bien, ¿qué régimen se aplica a estos nuevos acreedores ? ¿son acreedores del heredero ? o, por el contrario, ¿son acreedores del patrimonio separado que constituye el beneficio de inventario ? y, es más, ¿es aplicable al respecto el artículo 1033 del Código Civil ?[71].

El dilema no tiene fácil solución. Como ha puesto de manifiesto PUIG BRUTAU, estamos ante un complicado problema de concurrencia de créditos sobre bienes que la actividad empresarial hará variar continuamente[72]. Una posible solución sería considerar tales obligaciones como gastos de administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario, con lo que, por aplicación del artículo 1033 C.c., serían de cargo de la herencia. Pero, tal solución chocaría de plano con los principios que rigen el estatuto del empresario individual, los cuales hacen a éste responsable personal e ilimitadamente por las deudas contraidas en el ejercicio de su empresa.

En la doctrina científica se han sostenido ambas posibilidades. Así, para DÍEZ PICAZO, la solución al problema suscitado por el régimen que ha de aplicarse a los nuevos créditos derivados del ejercicio empresarial durante la administración de la herencia beneficiaria, se encuentra en la vía brindada por el artículo 1014 del Código Civil. Según esta norma, la formación del inventario debe hacerse con citación de los acreedores ; pues bien, ha de permitirse que estos acreedores consientan la continuación y, por ello, la posposición de sus créditos a los de los nuevos que puedan resultar, que podrán ser considerados a los efectos del artículo 1033 del Código Civil como gastos de inventario[73].

---

[71] Recordemos que el mismo establece. *"Las costas del inventario y los demás gastos a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe. Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia".*

[72] Cfr. "El testamento..." cit., pág. 854.

[73] Cfr. "La sucesión por causa de muerte..." cit., pág. 327.

No obstante, la de DÍEZ PICAZO parece ser una opinión aislada, ya que tanto en España como en Italia, la postura doctrinal favorable a la compatibilidad entre gestión conservadora de la empresa y mantenimiento del beneficio de inventario deja a salvo la responsabilidad que pueda corresponder a los herederos por el pasivo que surja en la continuación de la empresa[74]. Y ello porque — ha advertido FERRARA — la posibilidad de que el heredero beneficiario gestione la empresa no puede implicar para el mismo la facultad de valerse del beneficio para limitar la responsabilidad por las obligaciones asumidas en el curso del ejercicio de la empresa, ya que estas deudas no son del difunto, sino suyas personales, por lo que la responsabilidad ilimitada por las mismas parece estar fuera de discusión[75].

A nuestro juicio, la clave de la solución del problema se encuentra en la posición jurídica del heredero aceptante a beneficio de inventario respecto de los bienes relictos: el heredero beneficiario, en cuanto heredero, es

---

[74] Así lo entendieron POLO SÁNCHEZ (vid. op. cit., pág. 30) y PUIG BRUTAU, el cual separa netamente las responsabilidades anteriores y posteriores a la apertura de la sucesión, al decir: *"La limitación de la responsabilidad produciría el resultado de concentrar la derivada de las deudas anteriores sobre los bienes de la empresa también anteriores a la delación de la herencia, pero no impediría, naturalmente, que la gestión del heredero le hiciera responsable ilimitadamente por razón de las obligaciones posteriores. Surgiría, pues, un complicado problema de concurrencia de créditos sobre bienes que la actividad empresarial haría variar continuamente y, por otra parte, sería incompatible con esta normal actividad proceder a una liquidación de las deudas anteriores para que la empresa no reanudara su actividad hasta que se hubiesen satisfecho"* (cfr. "El testamento..." cit., pág. 854). Esta opinión de PUIG BRUTAU no nos parece acertada ya que, al concentrar la responsabilidad por las deudas del difunto únicamente sobre los elementos de la empresa que la conformaban al tiempo de la apertura de la sucesión, está desconociendo la naturaleza unitaria de la empresa, que constituye un bien complejo. Dicha responsabilidad habría que limitarla más bien al valor de la empresa en dicho momento o, mejor dicho, a la consistencia económica, pero no (y a pesar que hemos defendido que se trata de una responsabilidad *intra vires* y *cum viribus*) a unos elementos particulares que en sí no son la empresa pues, como sabemos, el valor fundamental de la misma es la organización.

La postura de POLO es seguida modernamente por DE LOS RÍOS, quien, aunque se ocupa sólo tangencialmente de la materia, afirma que la intención de los herederos *en su fuero interno "sigue siendo irrelevante para el Derecho, que excepcional — y expresamente — puede atenderla respecto a los acreedores del difunto, mas en ningún caso en cuanto a los nuevos con los que los comuneros contraten. Si éstos continúan la empresa, habrán de asumir la responsabilidad prevista por el Ordenamiento".* (cfr. op. cit., pág. 207, nota al pie nº 57).

[75] Cfr. FERRARA, F. : op. cit., pág. 381. En el mismo sentido se pronuncia FOSCHINI (vid. op. cit., pág. 404).

propietario exclusivo de los bienes de la herencia, no obstante las medidas de precaución tomadas para impedir la desaparición de éstos[76]. Dicho heredero es también administrador nato de la herencia y realiza la administración, en realidad, en su propio interés. Así pues, como advierte GITRAMA, se produce el hecho insólito de la dualidad de patrimonios con un mismo titular y, asimismo, la doble personalidad del heredero en cuanto a uno de aquellos patrimonios — el hereditario — de que es titular : el heredero es a la vez propietario y administrador[77].

Existiendo en la herencia una empresa, bien (como tantas veces hemos repetido) complejo que constituye un patrimonio dinámico, la administración de la misma ofrece, ya lo hemos visto, perfiles especiales, pues no genera (como ocurre cuando se administran bienes que podemos llamar estáticos) meros gastos de administración, sino verdaderas relaciones jurídicas nuevas de carácter tanto activo como pasivo. En este sentido, según creemos, las obligaciones surgidas por la administración conservadora del heredero beneficiario no pueden nunca considerarse gastos de administración de los que habla el artículo 1033 del Código Civil para ponerlos a cargo de la herencia.

El titular de la empresa es el heredero, el cual la ejerce en nombre propio y queda sometido al estatuto del empresario y, con ello, a la responsabilidad personal e ilimitada de éste por las obligaciones derivadas del ejercicio del comercio. Sostener lo contrario significaría una limitación de la responsabilidad del empresario absolutamente incompatible con la forma jurídica de la empresa (empresa individual) y una lesión a la confianza de los terceros que contratan confiando en la responsabilidad universal del que aparece como titular. El beneficio de inventario supone una limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia con relación a las deudas del

---

[76] Cfr. GITRAMA, M. : "La administración de herencia..." cit., pág. 64 ; LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F., y otros : op. cit., pág. 96.

[77] Cfr. "La administración de herencia..." cit., págs. 64-65.

difunto, pero no puede alegarse por el heredero para intentar una limitación respecto de unas obligaciones que le son propias, al ser posteriores a la apertura de la sucesión y derivar de la gestión de un bien del que es propietario (no puede haber ejercicio de empresa sin responsabilidad).

Lo mismo ocurriría en el caso en el que el cargo de administrador de la herencia beneficiada no fuera desempeñado por el heredero o herederos, sino por otra persona designada por el testador, nombrada por el juez o elegida por la pluralidad de herederos de común acuerdo. En este supuesto, las obligaciones nacidas de la gestión conservadora de la empresa por parte del administrador habrían de imputarse al heredero o herederos titulares de la misma. Ello independientemente de la rendición de cuentas que tal administrador debe efectuar al heredero por imposición del artículo 1032 del Código Civil, y de la responsabilidad que le atañe por los perjuicios que se causen a la herencia por su culpa o negligencia (artículo 1031 C.c.).

CONCLUSIONES

[illegible] pero no puede eximirse por el mencionado para intentar una limitación respecto de otras obligaciones que le son propias, al ser posteriores a la apertura de la sucesión y derivar de la gestión de un bien del que es propietario (no puede haber ejercicio de empresa sin responsabilidad).

La misma solución en el caso en el que el cargo de administrador de la herencia beneficiada no fuera desempeñado por el heredero o heredera, sino por otra persona designada por el testador, nombrada por el juez o elegida por la mayoría de herederos de común acuerdo. En este supuesto, las obligaciones nacidas de la gestión administrativa de la empresa por parte del administrador legítimo se imputarán al heredero o heredera titular de la herencia. Esto independientemente de la rendición de cuentas que tal administrador deba efectuar al heredero por imposición del artículo 1032 del Código Civil, y de la responsabilidad que le exija por los perjuicios que se hubiese ocasionado por fraude o negligencia (artículo 1031 C.c.).

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA

Para la elaboración de un concepto de empresa adecuado a su esencia, debemos partir de la realidad de la misma, realidad que es, sin duda, eminentemente económica, ya que en el mundo de la economía es donde la empresa surge. Así, si en el ámbito de lo económico aparece como una *organización de factores muy diversos destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado*, en el ámbito jurídico no puede ser otra cosa.

La empresa es, pues, una organización creada y mantenida por la actividad del empresario, la cual, al objetivarse da lugar a una entidad cuyo valor es muy superior a la mera suma de sus componentes. Dicha organización constituye una *unidad económica y funcional* relevante para el Derecho, como lo demuestra el hecho de que los principios de unidad, continuación y conservación inspiren nuestro ordenamiento jurídico y los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de empresa.

Consiguientemente, la empresa constituye un *objeto unitario* susceptible como tal de tráfico jurídico, y por tanto, se transmite *mortis causa* como una unidad, sin que la muerte del causante suponga la desintegración de lo que, en su vida, era bien único, complejo y dinámico.

SEGUNDA

Tras el fallecimiento del empresario creador, la empresa se transmite al sucesor testamentario o *abintestato*, el cual sucede *mortis causa* en la titularidad de la misma, pero no por ello deviene empresario, ya que, para la adquisición de tal condición, es preciso el cumplimiento de los requisitos regulados en el art. 1º del Código de Comercio, el primero de los cuales es la

capacidad. Así pues, una cosa es la capacidad para suceder, regulada en el Código Civil, y muy otra la capacidad para el ejercicio del comercio que sólo la ostentan (art. 4º C.com.) las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes (lo que excluye también al menor emancipado). Por ello, si el Derecho Civil de Sucesiones mira poco al sucesor, en relación a la empresa éste no resulta indiferente.

Al requisito de la capacidad añade el referido artículo 1º C.com. la necesidad del ejercicio habitual (esto es, profesional) del comercio, ejercicio que ha de realizarse en nombre propio. Por ende, si el que sucede en una empresa decide iniciar su liquidación, no asume la condición de empresario y no queda sometido al estatuto de éste, adquiriéndola, por el contrario, cuando continúa la firma o industria del difunto, realizando los actos de empresa. Sin embargo, dicha cualidad no le es transmitida, sino que la adquiere originaria y directamente, a causa de su propia actividad mercantil, por lo que puede decirse que una cosa es la sucesión en la empresa y otra distinta el empresario sucesor.

TERCERA

Como excepción a las antedichas reglas de capacidad, y en respuesta al principio de conservación de la empresa inspirador del ordenamiento, el art. 5º C. com. permite a los menores de edad y a los incapacitados proseguir, por medio de sus representantes legales, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes. Éstos últimos no precisan de autorización judicial alguna para la continuación de la empresa, de modo que a ellos corresponde el juicio de su conveniencia.

Si el que sucede en el negocio es un menor emancipado o beneficiado de edad, la solución más adecuada será permitirle que lo continúe por sí, ya que carece de representantes legales ; ello, no obstante, sin perjuicio de que deba contar con el asentimiento del padre y/o madre o curador para los actos establecidos en el artículo 323 C.c. que afecten a la empresa.

En todos los casos, el empresario será el menor o incapacitado, que podrá inscribirse como tal en el Registro Mercantil, y no los padres o el tutor,

los cuales obran como sustitutos legales del empresario, en su nombre, por cuenta y en interés de éste.

La posición de aquéllos respecto de la empresa viene definida por la aplicación analógica de las normas del Código de Comercio sobre el factor o gerente cuya *ratio* o fundamento sea la escisión entre titularidad y ejercicio de la empresa. Así, el ámbito del poder de representación de los padres o tutores se concreta en lo que constituye el giro o tráfico propio del establecimiento mercantil y le incumbe también la prohibición de competencia.

Siendo el empresario el menor o incapacitado está sometido al estatuto de éste y, por tanto, a la quiebra. Sobre él, por consiguiente, recaerán todos los efectos patrimoniales y personales de la misma, excepto las posibles responsabilidades penales que afectarán al representante legal.

CUARTA

Es preciso buscar soluciones que den respuesta a la necesidad de la continuidad de la empresa durante el inevitable periodo de yacencia de la herencia, pues cualquier cese de la actividad, aun transitorio, ocasionaría graves menoscabos en el aviamiento. Por esta razón, es conveniente que el causante prevea la situación, adoptando soluciones que pueden ser de dos tipos : extratestamentarias y testamentarias.

Las extratestamentarias consisten en el nombramiento por el empresario causante, en vida, de un factor de comercio o gerente para su empresa, cuyos poderes, merced al art. 290 C.com., no se extinguirán por la muerte del principal, sino que se estimarán subsistentes mientras no le sean expresamente revocados. Esta solución es la más perfecta para asegurar sin interrupciones la continuidad en la actividad empresarial.

Por cuanto a las soluciones testamentarias se refiere, no olvidemos que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y éste puede establecer el articulado por el que se desarrollará el proceso de administración hereditaria durante la yacencia, función para la cual cuenta con las figuras del administrador y el albacea. De modo que el testador podrá nombrar un administrador de la empresa para que la gestione y conserve hasta la aceptación por los llamados, o un albacea, concediéndole al mismo facultades

de administración. No obstante, tales soluciones tienen el inconveniente de suponer necesariamente un "tiempo muerto" entre el fallecimiento del empresario y el momento en que el designado se hace cargo de la administración.

Si el empresario causante, habiendo nombrado albacea, no le atribuye poderes algunos, el logro de la continuidad se complica. En este caso, el albacea tendrá las facultades legales enumeradas en el art. 902 C.c., en cuyo ámbito no cabe, a nuestro juicio, la gestión empresarial, pues el precepto, en su número cuarto, ni siquiera está encargando al albacea de forma directa que conserve y custodie el caudal relicto, sino sólo que tome las precauciones necesarias para tal custodia y conservación ; precauciones que muy bien pueden concretarse en la solicitud al juez competente del nombramiento de un administrador para la empresa, sin que sus competencias, como mero ejecutor testamentario, puedan alcanzar la gestión de una empresa, función para la que la mayor parte de las ocasiones ni siquiera estará capacitado.

QUINTA

No habiendo previsto el causante la gestión de su empresa durante la yacencia, creemos que los llamados podrán y deberán, como *administradores legítimos* del caudal hereditario, realizar la gestión provisional de la empresa a los fines de su continuidad, sin que ello implique aceptación tácita de la herencia por aplicación del artículo 999 C.c. Pues, aunque toda explotación de empresa, aun conservadora y provisional, entrañe la realización de actos que, en estado puro y considerados aisladamente, sería difícil tildar de actos de administración, pareciendo más bien actos de disposición, entendemos necesario, para la calificación de tales actos, atender a la naturaleza del bien que se trata de conservar y administrar : la empresa, organización dinámica, cuya conservación obliga ineludiblemente a su ejercicio.

SEXTA

En aras del principio de conservación de la empresa, es aconsejable que el empresario creador otorgue testamento en el que ordene su sucesión,

eligiendo al continuador o continuadores que considere más aptos, evitando con ello los efectos, siempre fatales para su empresa, de la aplicación de las normas de la sucesión intestada.

En el caso de que el causante-empresario se decida por transmitir su empresa íntegramente a un sucesor único, el obstáculo fundamental lo representa la regla sucesoria que en nuestro ordenamiento obliga, por norma general, al pago de las legítimas *in natura*. Por esta causa, cuatro son las instituciones que el Código pone al alcance del empresario para lograr su objetivo : la mejora en cosa determinada ; el legado de cosa específica ; la partición practicada por el testador y, en especial, la facultad consagrada en el párrafo segundo del artículo 1056 C.c. ; y, por último, el pago de la porción hereditaria de los descendientes en casos especiales (arts. 841-847 C.c.).

SÉPTIMA

La mejora en cosa determinada (art. 829 C.c.), sabiamente utilizada en testamento (vía legado o institución de heredero) o fuera de él (donación), puede muy bien servir al designio de la transmisión unitaria de la empresa al descendiente (hijo o nieto) elegido, pues, al flexibilizar el pago de los derechos legitimarios, permitiendo que se paguen en metálico, confiere al testador una mayor amplitud dispositiva.

Habiendo el causante mejorado a un descendiente en el bien empresa, y si aquél nada ha dispuesto sobre la imputación, el valor de la ventaja deberá imputarse, en primer lugar, en el tercio de mejora ; posteriormente, siguiendo los criterios generales de imputación, en la legítima estricta que al descendiente corresponda en la herencia (siempre que el mejorado fuere heredero forzoso) ; y, finalmente, si hubiera espacio disponible en el tercio libre, procederá a imputarse en el mismo, reduciéndose el exceso en metálico, que se abonará a los interesados. Éstos pueden encontrarse tanto en el tercio libre, como en la legítima o en la mejora, pero es necesario interés directo en la diferencia entre el valor de la empresa y la porción del mismo que no ha podido acogerse contablemente en la imputación.

OCTAVA

El legado de cosa específica y determinada, legado de eficacia inmediata, permite asimismo la atribución de la empresa a un sucesor único, ofreciendo la ventaja de que puede utilizarlo tanto el testador que tenga sucesores extraños como el que tenga legitimarios.

No obstante, y a pesar de la bondad de esta vía, el legado de un bien como la empresa entraña no pocas dificultades.

La primera de ellas atañe al régimen jurídico del pasivo del causante por razón del ejercicio de la empresa. Por definición misma de legado, no se produce un traspaso de las deudas al legatario ; contrariamente, las mismas pasan a los herederos, en virtud del art. 661 C.c. Y si bien es cierto que el testador puede imponer al legatario la obligación de sufragar las deudas surgidas en el ejercicio empresarial (art. 858 C.c.), en este supuesto hay modificación de las relaciones internas, pero no de las externas, regidas por normas de Derecho Necesario. Así pues, la verdadera problemática reside en las relaciones internas. En ellas la voluntad del testador es soberana y a la misma ha de estarse. Pero, si no resulta claramente del testamento o de la prueba extrínseca que el causante quiso que el legatario asumiera las deudas mercantiles, no cabrá sino aplicar el régimen general del Código, pues una simple interpretación basada en la teoría de la unidad de la empresa no puede prevalecer sobre el hecho indudable y evidente de que la empresa, en nuestro Derecho, no constituye un patrimonio separado, por lo que la misma no tiene deudas, éstas son del empresario y como tales se transmiten *mortis causa* a los sucesores universales.

La segunda cuestión se refiere al régimen jurídico de los contratos pendientes de ejecución y tropieza con el obstáculo casi insalvable del art. 1257 del Código Civil. No pudiendo comprenderse a los legatarios bajo el término legal *"herederos"*, asistimos al hecho inevitable de que, legada la empresa, el sucesor a título particular no adquiere los contratos, que pasan a los herederos por imperativo de la ley ; y el único instrumento que permite franquear tal dificultad es la institución de la cesión de contratos que requiere el consentimiento de todas las partes interesadas. De este régimen de transmisión de los contratos hemos de distinguir, no obstante, el contrato de

Es aplicable a las legítimas pagaderas en metálico del artículo 1056.2º C.c. la garantía registral sancionada en el art. 15 L.H., para el caso en que de la organización empresarial forme parte algún inmueble.

DÉCIMA

Problema común a los tres supuestos anteriores es el del tiempo al que deberá de atenderse para cifrar en dinero las legítimas a compensar. A nuestro juicio, lo ideal y más conforme a los intereses de todos es que la empresa se valore atendiendo al momento de la muerte del empresario testador (art. 818 C.c.), ya que el valor de la misma es sumamente fluctuante. No obstante, resulta muy conveniente que el testador, previendo que la liquidación y pago pudiera demorarse, introduzca una cláusula de estabilización, a los fines de asegurar que los legitimarios reciban una cantidad de dinero equivalente en poder adquisitivo a la que le hubiera correspondido al fallecimiento del *de cuius*. En el caso de que el causante no hubiere sido tan previsor, los legitimarios y el mejorado, legatario o adjudicatario de la empresa podrán (y deberán) establecerla por pacto.

UNDÉCIMA

Finalmente, sirven al propósito de la conservación íntegra de la empresa en la sucesión, los artículos 841 y ss. del Código Civil, que establecen una especial y amplia posibilidad de pago en metálico de la porción hereditaria correspondiente a los descendientes.

Por lo que a los elementos subjetivos de la institución se refiere, la iniciativa ha de partir del testador, contador partidor o contador partidor dativo expresamente autorizados por aquél ; los cuales, sin embargo, simplemente facultan a los elegidos para que, si así lo desean, conmuten las porciones legitimarias de los demás. En dicha autorización del testador al contador partidor no tiene por qué constar necesariamente el señalamiento del adjudicatario de los bienes ; por el contrario, creemos que, habiendo efectuado el testador las instituciones de herederos y legatarios y fijado las cuotas en que los mismos habrán de suceder (art. 670 C.c.), podrá confiar al juicio del

contador las designaciones. Y por cuanto al contador partidor dativo se refiere, éste sólo podrá hacer uso de lo establecido en el art. 841 C.c. cuando el testador haya previsto el evento de su nombramiento, o cuando en las disposiciones testamentarias se conceda a alguno de los hijos o descendientes la opción de pago en metálico y éstos deleguen en aquél las funciones liquidatorias, o si, habiendo nombrado el testador para ello a otra persona, quede vacante el cargo.

En esta sede subjetiva se plantea asimismo el problema de la posición jurídica de los legitimarios adjudicatarios y de los perceptores del metálico. A nuestro entender, cuando es el propio testador quien ha hecho la designación de los favorecidos con los bienes, los excluidos serán siempre legatarios de parte alícuota. Por contra, si el testador ha autorizado expresamente al contador partidor, debemos distinguir según el contenido de la autorización concedida. De esta manera, habiendo señalado el causante a cuáles de los descendientes deberán atribuirse los bienes del caudal, nos encontramos en el mismo supuesto del caso anterior ; pero, si ha dejado en manos del contador la elección de los adjudicatarios, se deberá respetar la voluntad testamentaria en lo tocante a los títulos, ya que el contador partidor no puede variar el título de atribución sin incidir en el ámbito de la prohibición del artículo 670 C.c.

Con relación al bien o bienes que se atribuyen, no se exigen, sin embargo, requisitos objetivos algunos. Y las porciones conmutables no han de ser, por otro lado, necesariamente las legítimas, sino que pueden abarcar cuotas mayores.

En realidad, y como se deduce del art. 842 C.c., los preceptos que estudiamos configuran una facultad que, a iniciativa del testador, se concede al adjudicatario(s) elegido(s) de optar por conmutar o no la porción hereditaria de sus colegitimarios. Tal opción habrá de ser unánime (caso de existir varios adjudicatarios) y deberá comunicarse a los perceptores del metálico en el plazo de caducidad de un año a contar desde la apertura de la sucesión (art. 844.1º). La naturaleza jurídica de dicha facultad de conmutar se aproxima, a nuestro juicio, a la figura de los derechos potestativos y es acto particional que no se perfecciona hasta que no se proceda a la liquidación de las cuotas a percibir y a la aprobación de la misma por todos los hijos o descendientes (art.

843 C.c. y 80.2º R.H.). El pago en metálico deberá materializarse en un año (art. 844º1) computado desde la comunicación de la decisión, teniendo dicho plazo naturaleza de término preclusivo para el cumplimiento de una obligación en dinero. El incumplimiento de la misma provocará las consecuencias previstas en el artículo 844.2º, con lo que resulta que la adjudicación de los bienes a los elegidos se sujeta por ley a la condición resolutoria potestativa de que se haga efectivo el pago en metálico en los plazos antedichos.

Por último, el Código concede a los perceptores de su cuota en metálico una doble garantía inmobiliaria : a) la anotación preventiva de legado prevista en el art. 42.7º L.H. (art. 844.1º) considerada por la doctrina difícilmente concordable con la regulación de los arts. 841 y ss., y b) la garantía del art. 80.2 R.H. que manifiesta el carácter resoluble de las adjudicaciones realizadas, impidiendo que terceros adquirentes puedan alegar la fe pública registral. No existiendo, sin embargo, inmuebles en el patrimonio empresarial, creemos que los hijos o descendientes no adjudicatarios habrán de ser tratados como acreedores hereditarios, con la consiguiente aplicación del art. 1082 C.c. ; debiendo considerarse asimismo la posibilidad de que puedan solicitar alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 1428 de la L.E.C. vigente (arts. 721 de la L.E.C. 1/2000).

DUODÉCIMA

Hasta el momento hemos atendido a las soluciones que el Código Civil ofrece para el supuesto en que el testador quiera atribuir su empresa a un sucesor único ; pero, es sumamente frecuente que un empresario con varios hijos no quiera excluir a ninguno de ellos de un bien tan potencialmente beneficioso como es una empresa rentable. En tales hipótesis, el testamento del empresario deberá tender a hacer compatible la unidad en la dirección de la empresa con la pluralidad de la participación en sus beneficios, y para ello se habrá de acudir no sólo a las normas sucesorias, sino también a las mercantiles del Derecho de Sociedades.

DECIMOTERCERA

La primera posibilidad que el Derecho de Sucesiones abre al empresario testador, es la prohibición de la división de la empresa caída en sucesión, imponiendo a los sucesores su ejercicio en comunidad (art. 1051 C.c.) con el límite temporal máximo, a nuestro juicio, de los diez años establecidos por el Código para los pactos de indivisión (art. 400.2º).

No obstante el veto de partir impuesto por el *de cuius*, la división tendrá siempre lugar por cualquiera de las causas recogidas en el art. 1700 C.c., regulador de los modos de extinguirse la sociedad. Ahora bien, dado que tales causas, al referirse al supuesto societario, tienen como base la existencia de un contrato, es necesario analizar con qué temperaciones son trasladables al caso en estudio. Así, por lo que a la recogida en el número primero atañe, *mutatis mutandi*, resulta que la comunidad se disolverá cuando se haya cumplido el plazo de indivisión impuesto por el testador y, en el caso de que excediere de diez años, la partición podrá tener lugar una vez transcurridos éstos. La aplicabilidad de la causa segunda no plantea cuestión alguna y, respecto de la tercera, creemos que el testador podrá hacer uso de lo dispuesto en el art. 1704 C.c., pues no encontramos inconveniente alguno para que el causante pueda exigir que la indivisión de su herencia no finalice por la muerte de uno de los coherederos, siempre y cuando ésta tenga lugar en el repetido plazo de diez años a partir de la apertura de la sucesión. Y, finalmente, por cuanto se refiere a la circunstancia cuarta, de las dos hipótesis que engloba, la primera, regulada en el art. 1705 C.c., no es de aplicación al caso, pues en éste la indivisión impuesta tiene un límite temporal determinado por la finalidad perseguida : la conservación de la empresa. Por contra, la segunda, referida a la sociedad constituida por tiempo determinado y regulada en el art. 1707 C.c., es trasladable, pues sería injusto obligar a los coherederos a permanecer en la indivisión ante la concurrencia de ciertas circunstancias sobrevenidas con las que el causante no pudo contar.

A nuestro juicio, por otra parte, y aunque se haya sostenido lo contrario, la imposición del ejercicio de la empresa en comunidad no equivale al establecimiento de una sociedad entre los coherederos. Por ello, dados los muchos problemas que la explotación y gobierno de la empresa en comunidad

entraña, será conveniente que el testador determine las normas por las que deba regirse.

DECIMOCUARTA

Las soluciones más claras para garantizar el doble propósito de la participación de todos los sucesores en el valor y los rendimientos de la empresa sin dividir la dirección, vienen de la mano del Derecho Mercantil y, más concretamente, de las normas sobre sociedades. Así, cuando se quiere sustraer la empresa de las contingencias del Derecho Sucesorio, lo más aconsejable es la constitución de un nuevo sujeto de Derecho, de una sociedad, que garantiza una continuidad no limitada a una sola generación sino extensible a las futuras.

La forma societaria concreta a adoptar dependerá de las finalidades que se pretendan alcanzar, aunque parece claro que la sociedad de responsabilidad limitada es, hoy por hoy, la más adecuada para revestir a una empresa de carácter familiar.

En cuanto al momento en el que la sociedad debe constituirse, por regla general resulta conveniente que se haga en vida del empresario, lo cual no obsta para que, en ocasiones, razones de peso aconsejen su constitución tras su muerte. En esta última hipótesis, dos caminos se ofrecen al testador para conseguir por vía testamentaria que su empresa individual sea explotada en sociedad en la generación siguiente :

1ª) Ordenación de la sociedad en el propio testamento, con todas las determinaciones exigidas por la ley y por el caso concreto, a falta sólo del consentimiento de los herederos-socios que se prestará tras el fallecimiento del testador por vía de la aceptación de la herencia. De este modo, dicho testamento, acompañado de la escritura de aceptación y demás documentos complementarios, podrá llevarse a inscripción en el Registro Mercantil. Esta opción plantea, desde nuestro punto de vista, numerosos problemas teóricos y sobre todo prácticos, pues el testamento habrá de contener todas las menciones necesarias para la constitución de la sociedad, lo cual no será fácil de lograr.

2ª) Supone la fórmula más conveniente, y consiste en el señalamiento por el causante en testamento de todas las bases esenciales de la sociedad (incluidos los estatutos, si así se desea), imponiendo a los sucesores su constitución conforme a lo establecido como carga o condición de la atribución.

Por otra parte, el testador habrá de tener presente cuales son los objetivos que pretende conseguir con la sociedad, a los fines de que el diseño testamentario de la misma responda a ellos. Se han señalado como los más frecuentes fundamentalmente dos : que la empresa constituida en sociedad quede en la familia, y que su dirección la ejerza, en su caso, el descendiente que se estima más apto. El primer objetivo se logra con facilidad cuando la forma societaria escogida es la de la sociedad de responsabilidad limitada, debido al carácter cerrado de la misma (art. 29 L.S.R.L.). Sin embargo, en el caso de optar por la anónima, será necesario el establecimiento de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones (arts. 63.1º L.S.A. y 123.1 R.R.M.). Por lo que al segundo respecta, puede alcanzarse concediendo en testamento al sucesor elegido para la dirección de la empresa una cuota hereditaria algo mayor que la de sus coherederos. Pero, si no se desea desigualar a la prole, es preciso acudir a las técnicas del Derecho de Sociedades ; y de todas las apuntadas por la doctrina, nos parece la más adecuada (aunque no está libre de inconvenientes) la consistente en la asignación de acciones o participaciones sin voto a los descendientes que no se desee que sean administradores, en una proporción tal que, de esa forma, la mayoría de votos corresponda al descendiente que se pretende sea el gestor.

DECIMOQUINTA

Una solución alternativa estriba en la actuación sobre la estructura económica y financiera de la empresa, procediendo a su división. En este sentido, facilitan la sucesión en la empresa ciertas técnicas como son la disociación de activos en el patrimonio empresarial y el fraccionamiento o separación de ramas o actividades comerciales.

La primera de las señaladas consiste en disociar el activo inmobiliario de los demás elementos del patrimonio empresarial. Dicha delimitación de

activos podrá realizarla el empresario ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, atribuyendo por vía testamentaria, en este último caso, al heredero que considera idóneo para sucederle en el ejercicio empresarial la organización que supone la empresa, excluidos los inmuebles, que se atribuirán a los restantes herederos, imponiéndose a éstos como modo o condición de la atribución la constitución de una relación arrendaticia en los términos fijados por el testador. La ventaja de este procedimiento es que propicia un reparto de responsabilidades, aislando el patrimonio inmobiliario de los *aleas* de la gestión empresarial y, además, permite diferenciar netamente las funciones de dirección de la empresa y conferirlas al elegido como continuador.

La cuestión fundamental que suscita esta vía se refiere al contenido de la relación arrendaticia que se impone a los sucesores. Ésta podrá ser configurada por el causante como entienda conveniente, pero en cuanto a su duración habrá de tener en cuenta que, aunque la L.A.U. no establece tiempo máximo ni mínimo, no es posible en nuestro ordenamiento un arrendamiento perpetuo o indefinido (art. 1543 C.c.). Por ello, si el testador nada ha dispuesto sobre la duración, se estará a lo establecido en el art. 1581 C.c.

DECIMOSEXTA

Por último, hay que apuntar que todas estas soluciones propuestas, si bien permiten atribuir la empresa a una pluralidad de sucesores, implican, en su mayoría, vulneración del principio de intangibilidad de la legítima ; por esta causa, en todos los casos en que se haga uso de alguna de las mismas, es imprescindible el establecimiento de una cautela de opción compensatoria de la legítima.

DECIMOSÉPTIMA

Como se ha visto, un testamento bien meditado es la clave de la conservación de la empresa en la sucesión. Por ello, no habiendo testamento, o no previendo el mismo la transmisión de la empresa, la cuestión se complica, ya que las normas de nuestro Código Civil no se adecúan al problema de la existencia de una empresa mercantil en la sucesión.

En estos casos, habiendo varios herederos testamentarios o *abintestato* aceptantes, surge una comunidad hereditaria en la que se englobará también la empresa. A los fines de que la misma no se divida, pueden los sucesores, si están bien avenidos, acordar la constitución de una sociedad, a la que aportarían la empresa, o pueden asimismo prolongar la indivisión por acuerdo tácito o expreso.

Tales convenios de continuación de la indivisión requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos y les afecta igualmente el límite máximo de diez años, prorrogables por nueva convención. Si los coherederos nada han decidido sobre la gestión de la empresa en comunidad, rechazamos la idea de que pueda ser aplicable el régimen del Código de Comercio sobre la copropiedad naval, y estimamos de aplicación las normas del Código Civil acerca de la comunidad de bienes (arts. 392 y ss.), y ello a pesar de que tal regulación, con su sistema de mayorías y unanimidades, casa mal con la fluidez que exige el tráfico mercantil. Lo ideal, por ello, es que los coherederos determinen por acuerdo la organización de la gestión empresarial que más les convenga, ya sea pactando un nuevo régimen o introduciendo modificaciones en el legal.

Es controvertido si el ejercicio colectivo de la empresa heredada del causante-empresario determina la constitución tácita de una sociedad mercantil irregular entre los coherederos, complicando aun más el problema lo confuso de la delimitación de fronteras entre sociedad y comunidad.

A nuestro juicio, para resolver si la explotación colectiva de una empresa común por la comunidad hereditaria ha hecho surgir o no un vínculo societario entre los coherederos, se atenderá a la voluntad manifestada de forma tácita o expresa por éstos y a los caracteres de la relación que han configurado. Así, entendemos que cuando los herederos continúan el negocio con finalidad de reparto de beneficios, bajo una rúbrica común, e incluso confiriendo a uno solo la facultad de administrar y representar la empresa en tráfico, han constituido una sociedad, porque la voluntad de proseguir el ejercicio empresarial en tales condiciones es índice de una *"affectio societatis"*, y tal es la apariencia que han creado frente a terceros. En este sentido, pensamos que en la mayoría de los casos en que por inercia o por voluntad

expresa o tácita de los coherederos, la comunidad hereditaria se erige sin más en forma estable de ejercicio de una empresa heredada, nacerá entre los coherederos una sociedad mercantil de carácter irregular, que se regirá por las reglas de la sociedad colectiva ; la empresa se entenderá, por tanto, aportada a la misma, y existirá una partición parcial de la herencia, teniendo los herederos-socios en la sociedad una cuota proporcional a la que tenían en la herencia.

DECIMOCTAVA.

A falta de voluntad concorde entre los herederos para la explotación en común de la empresa, si éstos deciden hacer uso de la facultad concedida en los arts. 1051 y 1051 y piden la división de la herencia, la empresa habrá de ser considerada bien indivisible, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 1062 C.c.

DECIMONOVENA

Algunas dificultades plantea la transmisión del pasivo mercantil del empresario causante en la sucesión *mortis causa* en la empresa, ya que, si bien lo más conforme con los principios mercantiles sería que el nuevo empresario respondiera de las deudas surgidas en el ejercicio empresarial (como ocurre en el Derecho Alemán), en nuestro ordenamiento, no constituyendo la empresa un patrimonio separado, habrá de estarse a las reglas generales del Código Civil sobre la transmisión de las obligaciones (arts. 661, 1082 y ss. ...).

Las normas que rigen las relaciones de los acreedores con los sucesores del *de cuius* son de Derecho Necesario, pero, en el ámbito interno, podrá el testador establecer lo que le convenga en lo tocante al reparto de la responsabilidad por las mal llamadas "deudas de la empresa", e imponerlas a cargo del elegido como continuador de ésta. Si nada ha dispuesto, estaremos ante una cuestión interpretativa y, a nuestro juicio, en la duda sobre cual ha sido la voluntad de los herederos o del testador, ya estemos en presencia de un heredero adjudicatario por partición convencional o realizada por el

testador o ante un legatario, debe sostenerse la plena aplicabilidad del régimen del Código sobre la responsabilidad de los coherederos.

VIGÉSIMA

Cuando en el seno de una herencia exista una empresa mercantil no puede negarse al llamado la posibilidad de obtener el beneficio de inventario (art. 1010 C.c.), y ello a pesar de que se ha dicho que el carácter liquidatorio que dicho beneficio imprime a la administración de la herencia, casa muy mal con el principio de conservación de la empresa.

Bajo nuestro punto de vista, por el contrario, el objeto propio y fundamental de la institución del beneficio de inventario no es la necesaria liquidación y conversión en dinero del caudal hereditario, sino la satisfacción de los acreedores del *de cuius "intra vires hereditatis"*. Por ello, la administración de la herencia beneficiaria no es incompatible con un ejercicio continuador de la empresa mercantil contenida en el caudal relicto. Ahora bien, dicho ejercicio, para no provocar la pérdida del beneficio de inventario habrá de contenerse en los límites de la conservación de la empresa a los fines del pago de los créditos contra la herencia. A estos efectos, es necesario interpretar el artículo 1024.2º de forma amplia, de acuerdo con los principios del tráfico mercantil, a fin de englobar en su letra determinados actos que por su destino económico y funcional deben ser calificados necesariamente como administrativos, aun cuando impliquen disposición.

Y en lo atinente a la responsabilidad por las nuevas deudas surgidas por causa de la gestión conservadora de la empresa, creemos que corresponderá al heredero, titular de la empresa que, al devenir empresario por razón del ejercicio queda sometido al estatuto del mismo y, con ello, a la responsabilidad personal e ilimitada por las obligaciones derivadas del ejercicio del comercio. Lo contrario supondría una limitación de la responsabilidad absolutamente incompatible con la forma jurídica de una empresa individual amén de una lesión a la confianza de los terceros.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

I. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

A) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

S.T.S. 28 JUNIO 1906. J.C. 1906 II, Núm. 109.

S.T.S. 26 MAYO 1914. J.C. 1914 II, Núm. 78.

S.T.S. 26 ABRIL 1916. J.C. 1916, Núm. 51.

S.T.S. 5 ENERO 1925. J.C. 1925, Núm. 6.

S.T.S. 14 FEBRERO 1930. R.J.A. 1930/667.

S.T.S. 17 DICIEMBRE 1930. R.J.A. 1930/1358.

S.T.S. 22 JUNIO 1931. R.J.A. 1931/2093.

S.T.S. 23 JUNIO 1931. R.J.A. 1931/2101.

S.T.S. 25 NOVIEMBRE 1932. R.J.A. 1932/1314.

S.T.S. 4 DICIEMBRE 1933 (Sala de lo Contencioso Administrativo) R.J.A. 1933/650.

S.T.S. 27 DICIEMBRE 1935. R.J.A. 1935/2482.

S.T.S. 9 JULIO 1940. R.J.A. 1940/691.

S.T.S. 15 OCTUBRE 1940. R.J.A. 1940/886.

S.T.S. 16 ABRIL 1942. R.J.A. 1942/468 bis.

S.T.S. 13 MARZO 1943. R.J.A. 1943/308.

S.T.S. 3 MAYO 1943. R.J.A. 1943/564.

S.T.S. 15 DICIEMBRE 1943. R.J.A. 1943/1315.

S.T.S. 13 ENERO 1944. R.J.A. 1944/120.

S.T.S. 6 MARZO 1945. R.J.A. 1945/272.

S.T.S. 7 DICIEMBRE 1945. R.J.A. 1945/1290.

S.T.S. 23 MARZO 1946. R.J.A. 1946/275.

S.T.S. 10 FEBRERO 1947. R.J.A. 1947/145.

S.T.S. 16 MAYO 1947. R.J.A. 1947/626.

S.T.S. 17 JUNIO 1947. R.J.A. 1947/776.

S.T.S. 30 ABRIL 1948. R.J.A. 1948/639.

S.T.S. 16 MARZO 1948. R.J.A. 1948/624.

S.T.S. 8 JULIO 1948. R.J.A. 1948/975.

S.T.S. 10 MARZO 1949. R.J.A. 1949/421.

S.T.S. 30 JUNIO 1949. R.J.A. 1949/737.

S.T.S. 27 SEPTIEMBRE 1949. R.J.A. 1949/1114.

S.T.S. 11 NOVIEMBRE 1949. R.J.A. 1949/1248.

S.T.S. 20 MARZO 1950. R.J.A. 1950/708.

S.T.S. 30 NOVIEMBRE 1950. R.J.A. 1950/1771.

S.T.S. 30 ENERO 1951. R.J.A. 1951/89.

S.T.S. 15 MARZO 1951. R.J.A. 1951/617.

S.T.S. 25 ABRIL 1951. R.J.A. 1951/1025.

S.T.S. 19 MAYO 1951. R.J.A. 1951/1618

S.T.S. 4 JUNIO 1951. R.J.A. 1951/1641.

S.T.S. 26 JUNIO 1951. R.J.A. 1951/1886.

S.T.S. 30 OCTUBRE 1951. R.J.A. 1951/2362.

S.T.S. 8 ABRIL 1952. R.J.A. 1952/746.

S.T.S. 12 JULIO 1952. R.J.A. 1952/1560.

S.T.S. 20 OCTUBRE 1952. R.J.A. 1952/1862.

S.T.S. 13 ENERO 1953. R.J.A. 1953/563.

S.T.S. 14 FEBRERO 1954. R.J.A. 1954/1853.

S.T.S. 23 MARZO 1954. R.J.A. 1954/1000.

S.T.S. 3 JUNIO 1954. R.J.A. 1954/1587.

S.T.S. 3 MARZO 1955. R.J.A. 1955/757.

S.T.S. 27 ABRIL 1955. R.J.A. 1955/1554.

S.T.S. 29 SEPTIEMBRE 1955. R.J.A. 1955/2723.

S.T.S. 30 ENERO 1956. R.J.A. 1956/672.

S.T.S. 28 MAYO 1958. R.J.A. 1958/2716.

S.T.S. 29 NOVIEMBRE 1958. R.J.A. 1958/3810.

S.T.S. 12 DICIEMBRE 1958. R.J.A. 1958/3828.

S.T.S. 12 DICIEMBRE 1958. R.J.A. 1958/4196.

S.T.S. 12 MAYO 1959. R.J.A. 1959/1996.

S.T.S. 26 JUNIO 1959. R.J.A. 1959/2936.

S.T.S. 12 DICIEMBRE 1959. R.J.A. 1959/4499.

S.T.S. 3 FEBRERO 1960. R.J.A. 1960/457.

S.T.S. 6 FEBRERO 1960. R.J.A. 1960/464.

S.T.S. 8 FEBRERO 1960. R.J.A. 1960/467.

S.T.S. 25 FEBRERO 1960. R.J.A. 1960/927.

S.T.S. 3 MARZO 1960. R.J.A. 1960/944.

S.T.S. 17 OCTUBRE 1960. R.J.A. 1960/3423.

S.T.S. 29 OCTUBRE 1960. R.J.A. 1960/3447.

S.T.S. 16 DICIEMBRE 1960. R.J.A. 1960/4097.

S.T.S. 16 MARZO 1961. R.J.A. 1961/1206.

S.T.S. 22 MARZO 1962. R.J.A. 1962/1248.

S.T.S. 29 ABRIL 1963. R.J.A. 1963/2422.

S.T.S. 18 JUNIO 1963. R.J.A. 1963/3613.

S.T.S. 7 OCTUBRE 1963. R.J.A. 1963/3994.

S.T.S. 13 NOVIEMBRE 1963. R.J.A. 1963/ 4570.

S.T.S. 7 FEBRERO 1964. R.J.A. 1964/633.

S.T.S. 2 JULIO 1964. R.J.A. 1964/3824.

S.T.S. 20 MAYO 1965. R.J.A. 1965/2602.

S.T.S. 28 MAYO 1965. R.J.A. 1965/3086.

S.T.S. 21 DICIEMBRE 1965. R.J.A. 1965/5957.

S.T.S. 21 DICIEMBRE 1965. R.J.A. 1965/5958.

S.T.S. 25 NOVIEMBRE 1966. R.J.A. 1966/5548.

S.T.S. 7 DICIEMBRE 1967. R.J.A. 1968/159.

S.T.S. 10 MARZO 1969. R.J.A. 1969/1225.

S.T.S. 10 MARZO 1970. R.J.A. 1970/1848.

S.T.S. 17 MARZO 1970. R.J.A. 1970/1850.

S.T.S. 13 JUNIO 1970. R.J.A. 1970/3112.

S.T.S. 21 DICIEMBRE 1970. R.J.A. 1970/5606.

S.T.S. 15 OCTUBRE 1971. R.J.A. 1971/4131.

S.T.S. 30 OCTUBRE 1971. R.J.A. 1971/4517.

S.T.S. 10 MARZO 1973. R.J.A. 1973/977.

S.T.S. 25 MAYO 1973. R.J.A. 1973/2223.

S.T.S. 8 FEBRERO 1974. R.J.A. 1974/484.

S.T.S. 2 ABRIL 1974. R.J.A. 1974/2043.

S.T.S. 17 MAYO 1974. R.J.A. 1974/2068.

S.T.S. 8 NOVIEMBRE 1974. R.J.A. 1974/4130.

S.T.S. 30 NOVIEMBRE 1974. R.J.A. 1974/4554.

S.T.S. 28 JUNIO 1975. R.J.A. 1975/2616.

S.T.S. 11 JUNIO 1976. R.J.A. 1976/2697.

S.T.S. 25 JUNIO 1977. R.J.A. 1977/3015.

S.T.S. 24 MAYO 1979. R.J.A. 1979/1891.

S.T.S. 28 JUNIO 1979. R.J.A. 1979/2552.

S.T.S. 3 MARZO 1980. R.J.A. 1980/1016.

S.T.S. 17 JUNIO 1980. R.J.A. 1980/3077.

S.T.S. 14 NOVIEMBRE 1980. R.J.A. 1980/4135.

S.T.S. 19 MAYO 1981. R.J.A. 1981/1618.

S.T.S. 13 JULIO 1981. R.J.A. 1981/3076.

S.T.S. 10 NOVIEMBRE 1981. La Ley 1982-1, 192 ; R.J.A. 1981/4471.

S.T.S. 15 JUNIO 1982. R.J.A. 1982/3426.

S.T.S. 18 JUNIO 1982. R.J.A. 1982/3432.

S.T.S. 13 DICIEMBRE 1982. R.J.A. 1982/9033.

S.T.S. 21 JUNIO 1983. R.J.A. 1983/3647.

S.T.S. 28 JUNIO 1984 (Sala de lo Social). R.J.A. 1984/3372.

S.T.S. 10 ENERO 1985. R.J.A. 1985/170.

S.T.S. 4 MARZO 1985. R.J.A. 1985/1103.

S.T.S. 7 MARZO 1985. R.J.A. 1985/1110.

S.T.S. 5 JUNIO 1985. R.J.A. 1985/3095.

S.T.S. 15 JULIO 1985. R.J.A. 1985/4055.

S.T.S. 27 SEPTIEMBRE 1985. R.J.A. 1985/4476.

S.T.S. 8 OCTUBRE 1985. R.J.A. 1985/4631.

S.T.S. 10 DICIEMBRE 1985. R.J.A. 1985/6431.

S.T.S. 21 JULIO 1986. R.J.A. 1986/4575.

S.T.S. 26 SEPTIEMBRE 1986. R.J.A. 1986/4793.

S.T.S. 1 OCTUBRE 1986. R.J.A. 1986/5230.

S.T.S. 20 DICIEMBRE 1986. R.J.A. 1986/7755.

S.T.S. 21 FEBRERO 1987. R.J.A. 1987/725.

S.T.S. 1 ABRIL 1987 (Sala de lo Social). R.J.A. 1987/2311.

S.T.S. 8 MAYO 1987. R.J.A. 1987/3388.

S.T.S. 13 OCTUBRE 1987. R.J.A. 1987/6937.

S.T.S. 17 DICIEMBRE 1987. R.J.A. 1987/9514.

S.T.S. 17 JUNIO 1988. R.J.A. 1988/4936.

S.T.S. 4 OCTUBRE 1988 (Sala de lo Social). R.J.A. 1988/7525.

S.T.S. 7 DICIEMBRE 1988. R.J.A. 1988/9301.

S.T.S. 24 DICIEMBRE 1988. R.J.A. 1988/9816.

S.T.S. 8 MARZO 1989. R.J.A. 1989/2023.

S.T.S. 27 ABRIL 1989. R.J.A. 1989/3266.

S.T.S. 18 OCTUBRE 1989. R.J.A. 1989/6932.

S.T.S. 2 DICIEMBRE 1989. R.J.A. 1989/8791.

S.T.S. 22 MARZO 1990. R.J.A. 1990/1719.

S.T.S. 9 MAYO 1990. R.J.A. 1990/3696.

S.T.S. 25 JUNIO 1990. R.J.A. 1990/4891.

S.T.S. 14 JULIO 1990. R.J.A. 1990/5860.

S.T.S. 6 OCTUBRE 1990. R.J.A. 1990/7475.

S.T.S. 7 ENERO 1991. R.J.A. 1991/110.

S.T.S. 18 MARZO 1991. R.J.A. 1991/2264.

S.T.S. 3 ABRIL 1991. R.J.A. 1991/2633.

S.T.S. 11 JUNIO 1991. R.J.A. 1991/4443.

S.T.S. 20 SEPTIEMBRE 1991. R.J.A. 1991/1540.

S.T.S. 6 OCTUBRE 1991. R.J.A. 1991/7937.

S.T.S. 6 NOVIEMBRE 1991. R.J.A. 1991/7937.

S.T.S. 13 NOVIEMBRE 1991. R.J.A. 1991/8239.

S.T.S. 13 DICIEMBRE 1991. R.J.A. 1991/9713.

S.T.S. 13 FEBRERO 1992. R.J.A. 1992/842.

S.T.S. 9 MARZO 1992. R.J.A. 1992/2009.

S.T.S. 18 MAYO 1992. R.J.A. 1992/4907.

S.T.S. 13 JUNIO 1992. R.J.A. 1992/5131.

S.T.S. 29 SEPTIEMBRE 1992. R.J.A. 1992/7331.

S.T.S. 13 NOVIEMBRE 1992. R.J.A. 1992/9402.

S.T.S. 24 NOVIEMBRE 1992. R.J.A. 1992/9367.

S.T.S. 4 DICIEMBRE 1992. R.J.A. 1992/10393.

S.T.S. 25 ENERO 1993. R.J.A. 1993/361.

S.T.S. 9 MARZO 1993. R.J.A. 1993/2053.

S.T.S. 8 JULIO 1993. R.J.A. 1993/6326.

S.T.S. 17 JULIO 1993 (Sala de lo Social). R.J.A. 1993/5688.

S.T.S. 24 JULIO 1993. R.J.A. 1993/6479.

S.T.S. 14 OCTUBRE 1993. R.J.A. 1993/7320.

S.T.S. 20 DICIEMBRE 1993. R.J.A. 1993/9906.

S.T.S. 7 MARZO 1994. R.J.A. 1994/2197.

S.T.S. 18 MARZO 1994 (Sala de lo Social). R.J.A. 1994/2548.

S.T.S. 6 OCTUBRE 1994. R.J.A. 1994/7546.

S.T.S. 15 MARZO 1995. R.J.A. 1995/2654.

S.T.S. 3 ABRIL 1995. R.J.A. 1995/2929.

S.T.S. 29 JULIO 1995. R.J.A. 1995/6760.

S.T.S. 13 NOVIEMBRE 1995. R.J.A. 1995/8122.

S.T.S. 29 ENERO 1996. R.J.A. 1996/6248.

S.T.S. 8 FEBRERO 1996. R.J.A. 1996/864.

S.T.S. 12 JULIO 1996. R.J.A. 1996/5887.

S.T.S. 13 JULIO 1996. R.J.A. 1996/5584.

S.T.S. 10 FEBRERO 1997. R.J.A. 1997/667.

S.T.S. 11 FEBRERO 1997. R.J.A. 1997/669.

S.T.S. 22 FEBRERO 1997. R.J.A. 1997/1191.

S.T.S. 25 FEBRERO 1997 (Sala de lo Contencioso Administrativo). R.J.A. 1997/1226.

S.T.S. 26 ABRIL 1997. R.J.A. 1997/3542.

S.T.S. 9 MAYO 1997. R.J.A. 1997/3879.

S.T.S. 18 NOVIEMBRE 1997. R.J.A. 1997/7900.

S.T.S. 19 DICIEMBRE 1997. R.J.A. 1997/667.

S.T.S. 20 ENERO 1998. R.J.A. 1998/57.

S.T.S. 16 FEBRERO 1998. R.J.A. 1998/761.

S.T.S. 16 FEBRERO 1998. R.J.A. 1998/868.

S.T.S. 23 JUNIO 1998. R.J.A. 1998/4745.

S.T.S. 7 SEPTIEMBRE 1998. R.J.A. 1998/6395.

S.T.S. 1 MARZO 1999. R.J.A. 1999/2245.

S.T.S. 8 MARZO 1999. A.C. 1999, Nº 592.

B) SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

S.T.S.J. NAVARRA (Sala de lo Civil y Penal) 28 JUNIO 1995 R.J.A. 1995/5928.

C) SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS.

S.A.T. OVIEDO 14 NOVIEMBRE 1956. R.G.D. 1956, pág. 212.

S.A.P. PAMPLONA 16 ENERO 1992. R.G.D. 589-90, pág. 10691.

S.A.P. SANTANDER 5 OCTUBRE 1992. A.C. 1993-1, 239.

S.A.P. BARCELONA 25 MAYO 1995. A.C. 1995-4, 1988.

S.A.P. ASTURIAS 14 JUNIO 1996. A.C. 1996-4, 1450.

D) RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

R.D.G.R.N. 21 ABRIL 1949. R.J.A. 1949/546.

R.D.G.R.N. 2 DICIEMBRE 1964. R.J.A. 1964/5928.

R.D.G.R.N. 24 FEBRERO 1986. R.J.A. 1986/1017.

R.D.G.R.N. 20 MARZO 1986. LA LEY 1986-3, 148-RN.

R.D.G.R.N. 7 OCTUBRE 1991. R.J.A. 1991/7493.

E) RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS TRIBUTOS.

R.D.G.T. 23 MARZO 1999. Num. 2/1999 (B.O.E. 10 ABRIL 1999).

II. JURISPRUDENCIA ITALIANA

S. CORTE APELACIÓN DE VENECIA 13 JULIO 1915. Riv. Dir. Comm., 1915 II, págs. 726 y ss.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 14 MARZO 1930. Riv. Dir. Priv., 1931 II, págs. 3 y ss.

S. CORTE APELACIÓN DE BOLONIA 27 FEBRERO 1933. Dir. Fall., 1933, págs. 1256 y ss.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 23 FEBRERO 1948. Il Foro Italiano, 1948 I, c. 1130.

S. TRIBUNAL DE ROMA 28 MARZO 1949. Dir. Fall., 1949 II, págs. 130 y ss.

S. CORTE APELACIÓN DE ROMA 31 MARZO 1949. Riv. Dir. Comm., 1949 II, págs. 353 y ss.

S. TRIBUNAL DE MILÁN 19 DICIEMBRE 1949. Dir. Fall., 1950 II, págs. 45 y ss.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 11 MARZO 1954. Il Foro Italiano, Rep. 1954, voz "Comunione e condominio", nº 21.

S. TRIBUNAL DE MILÁN 13 JUNIO 1957. Il Foro Italiano, 1957 I, c. 1316 y ss.

S. CORTE APELACIÓN DE VENECIA 9 MAYO 1960. Dir. Fall., 1960 II, págs. 886 y ss.

S. TRIBUNAL DE ROMA 10 JULIO 1963. Riv. Dir. Comm., 1964 II, págs. 389 y ss.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 25 OCTUBRE 1965. Il Foro Italiano 1966, c. 264.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 12 NOVIEMBRE 1965. Il Foro Italiano, Rep. 1965, voz "Successione", nº 74.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 29 ENERO 1966. Giust. Civ., 1967 I, págs. 812 y ss.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 21 ABRIL 1966. Il Foro Italiano, Rep. 1966, voz "Comunione e condominio", nº 44-45.

S. CORTE APELACIÓN DE BOLONIA 8 JULIO 1966. Giur. It., 1968 I, c. 105 y ss.

S. CORTE SUPREMA DE CASACIÓN 10 JUNIO 1968. Il Foro Italiano, 1968 I, c. 2213 y ss.

S. TRIBUNAL DE BOLONIA 12 FEBRERO 1976. Giur. Comm., 1977 II, págs. 244 y ss.

S. CORTE SUPREMA CASACIÓN 6 AGOSTO 1979. Giust. Civ., 1980 I, págs. 2256 y ss.

S. CORTE SUPREMA CASACIÓN 21 FEBRERO 1984. Dir. Fall., 1984 II, págs. 418 y ss.

S. CORTE APELACIÓN DE GÉNOVA 16 ENERO 1987. Giur. Comm., 1988 II, págs. 381 y ss.

S. TRIBUNAL DE ROMA 14 ABRIL 1988. Dir. Fall., 1988 II, págs. 146 y ss.

S. TRIBUNAL DE NÁPOLES 28 FEBRERO 1989, Le Società, 1989 II, págs. 817 y ss.

ÍNDICE DE BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V. :

— "Comentario teorico pratico al Codice Civile", dirigido por Vittorio DE MARTINO, Libro I, Delle Persone e della Famiglia, Edizioni Penn, Roma, 1974.

A.A.V.V. :

— "Diccionario de Derecho Privado", voz "Empresa Mercantil", tomo I, Ed. Labor S.A., Barcelona - Madrid, 1950, págs. 1755-1761.

A.A.V.V. :

— "La transmission de l'entreprise familiale. L'avis des Experts et des Industriels", Colloque du 6 octobre 1993 organisé par le Barreau de Paris et l'Association pour la Pérennité de l'Entreprise. Ed. Economica, Paris, 1994.

A.A.V.V. :

— "L'entreprise familiale", en Revue Fiduciaire, nº 629, Juillet, 1980.

AGUILERA DE LA CIERVA, T. :

— "Actos de administración, de disposición y de conservación", Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1973.

ALBALADEJO GARCÍA, M. :

— "Dos aspectos de la partición hecha por el testador", Anuario de Derecho Civil, Julio-Septiembre 1948, págs. 922-980.

— "Sólo el testador puede partir su herencia", en "Estudios de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1955, págs. 317-334.

— "La partición realizada por el testador debe llevar a la práctica el acto dispositivo", en "Estudios de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1955, págs. 335-422.

— "La representación", Anuario de Derecho Civil, 1958, págs. 767-803.

— "Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario", Revista de Derecho Privado, 1978, págs. 737-739.

— "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", tomo XII, vol. 2º, arts. 892 a 911, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1979.

— Comentario del art. 785 C.c., en la obra colectiva "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1940-1942.

— "La distinción entre comunidad y sociedad", Actualidad Civil 1995-3, págs. 669-683.

— "Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones", 7ª edición, J. M. Bosch editor S.L., Barcelona, 1997.

ALFANDARI, E. :

— "Droit des affaires. Les cadres generaux. L'entreprise. Les activités", Ed. Litec, París, 1993.

ALONSO OLEA, M. :

— "La empresa desde el punto de vista social" , en "La Empresa, Estudios de Trabajo y Previsión", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 65-111.

ALPAÑÉS DOMÍNGUEZ, E. :

— "Albaceazgo de realización y albaceazgo de entrega", en "Estudios de Derecho Privado" II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, págs.588-642.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. :

— "Curso de Derecho Hereditario", Civitas, Madrid, 1990.

ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, F. : BONILLA Y SAN MARTÍN, A. ; MIÑANA Y VILLAGRASA, E. :

— "Tratado de Derecho Mercantil Español Comparado con el extranjero", tomo I. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1915.

ALVINO, E. :

— "La comunione incidentale ereditaria dell'azienda", Giustizia Civile, 1968 I, págs. 1989-2002.

AMATUCCI, A. :

— "Società e Comunione", Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1971.

ARANGO Y CANGA, L. G. :

— "Notas al margen del caserío o casería asturiana", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1952, págs. 661-674.

ARROYO I AMAYUELAS, E. :

— Comentario de la S.T.S. de 12 de Julio de 1996, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Enero-Marzo,1997, nº 1155, págs. 91-98.

ASCARELLI, T. :

— "Appunti di Diritto Commerciale", Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1936.

— "Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e teoria dell' impresa", Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1962.

ASQUINI, A. :

— "Corso di Diritto Commerciale. Parte Generale", D.U.S.A.., Roma - Città Universitaria, 1939-1940.

— "Profili dell' impresa", Rivista del Diritto Commerciale, 1943 I. Págs. 1-20.

ASQUINI, A. ; CARNELUTTI, F. ; MOSSA, L. :

— "Sulle nuove posizioni del Diritto Commerciale", Rivista del Diritto Commerciale, 1942 I. Págs. 65-71.

AULETTA, G. :

— "Impresa e azienda", Temi Napoletana, 1958. Págs. 20-30.

— "Note in tema di circolazione dell' azienda", Rivista delle Società, 1963. Págs. 457-480.

AZZARITI, G. :

— "Ambito normativo dell' art. 460 C.c. sui poteri del chiamato all' eredità prima dell' accetazione", Giurisprudenza di merito, 1990. Págs. 1-7.

BÁDENAS CARPIO, J. M. :

— "Apoderamiento y Representación Voluntaria", Aranzadi, Pamplona, 1998.

BARBERO, D. :

— "Sistema Instituzionale del Diritto Privato Italiano", UTET, Torino, 1958.

BARONE, R. y FERRERO, P. :

— "La successione dell'imprenditore individuale" en la obra colectiva : "Azienda ed impresa, individuale e collettiva nella succesione mortis causa : problemi di diritto civile e tributario", Giornata di studio organizzata dal Comitato Notarile Interregionale Piemonte e Valle d'Aosta. Torino, 23-1-1982, Supplemento a Vita Notarile N. 5/1983, Nuovi Quaderni, N. 2, págs. 17-64.

BAUER, M. :

— "Tra impresa e famiglia. Transmissione e successione nelle Piccole e Medie Imprese", La Nuova Italia Scienfica, Roma, 1997 (edición italiana de la obra del mismo autor : "Les Patrons de PME et le pouvoir, l'Entreprise et la Famille", InterEditions, Paris, 1993).

BAUMERT, H. :

— "Succession dans la PME familiale. Prevoir pour réussir", Collection PME. Les éditions d'organisation, Paris, 1992

BAYÓN CHACÓN, G. :

— "Presente y futuro jurídico de la empresa", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XVI, 1968, págs. 365-417.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. :

— "La comunidad de bienes en Derecho Español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

BENITO, L. :

— "Comerciantes menores de edad", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XCVIII, 1901, págs. 544-552.

— "Manual de Derecho Mercantil", tomo I, Madrid, 1924.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. :

— "Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos", Aranzadi, Pamplona, 1997.

BERGER, P. y LATXAGUE, J. A. :

— "La transmission des entreprises", Nouvelles Éditions Fiduciaires, 1984.

BERGER, P. :

— "La transmission de l'entreprise a titre gratuit", Revue de Jurisprudence Commerciale nº spécial. Novembre 1988. La transmission des entreprises. Colloque de Deauville organisé les 11 et 12 Juin 1988 par l 'Association Droit et Commerce, págs. 45-57.

BIENVENU, H. :

— "10 Conseils pour bien transmettre votre entreprise familiale", Publi - Union Editions, Paris, 1994.

BLANCO CONSTANS, F. :

— "Reformas que deben introducirse en el Código de Comercio vigente", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XCIII (1898), págs. 109 y ss. ; 340 y ss. ; 426 y ss.

— "Estudios Elementales de Derecho Mercantil I", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1901.

BOCCHINI, E. :

— "Beneficio d'inventario ed esercizio dell'impresa", Giustizia Civile, 1967 I, págs. 812-824.

BOIX RASPALL, J.M. :

— Voz "Derecho Mercantil" en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo I, Editorial Seix S.A., Barcelona, 1985, págs. 694-724.

BOLAFFIO, L. :

— "Derecho Comercial, Parte General, vol. II, De los Comerciantes - De los libros de comercio - De los mediadores" (en BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE), Ediar, Buenos Aires, 1974.

BONAVERA, E. E. :

— "Comunione d'azienda e società di fatto", Giurisprudenza Commerciale, 1988 II, págs. 381-398

BONEL Y SÁNCHEZ, R. :

— "Código Civil español comentado y concordado con el Derecho Foral vigente", tomo III, Barcelona, 1890.

BONET RAMÓN, F. :

— Comentario de la S.T.S. de 6 de Marzo de 1945, Revista de Derecho Privado, 1945, págs. 447-451.

BRACCO, R. :

— "L' impresa nel sistema del Diritto Commerciale", CEDAM, Padova, 1960.

BRAMA, R. :

— "Accettazione di eredità con beneficio di inventario", Giuffrè Editore, Milano, 1987.

BRANCA, G. :

— "Comunione. Condominio negli edifici", en la obra colectiva "Commentario del Codice Civile", dirigida por A. Scialoja y G. Branca, Libro III : Propietà artt. 1100-1139. 6ª edición, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma, 1982.

BRIOSO ESCOBAR, E. :

— "Cuestiones sobre la comunidad de Derecho Romano y la facultad de pedir la división", Revista de Derecho Notarial, 1980, págs. 7-116.

BROSETA PONT, M. :

— "La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1965 I. Págs. 603-630.

— "La transmisión de la empresa : compraventa y arrendamiento", Revista de Derecho Mercantil, 1968. Págs. 59-106.

— "Manual de Derecho Mercantil", Tecnos, Madrid, 1991.

BROX, H. :

— "Zweckmäßige Gestaltung der Erbfolge im Unternehmen", Juristische Arbeitsblätter, 1980, págs. 561-566.

— "Erbrecht", 17. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1998.

BRUNETTI, A. :

— "Corso di Diritto Commerciale. Parte Generale", Società Editrice del "Foro Italiano", Roma, 1934.

CABALLERO GEA, J. A. :

— "Ley de Arrendamientos Urbanos, 29/1994, de 24 de Noviembre", Dykinson, Madrid, 1995.

— "Ley de Arrendamientos Urbanos. Deshaucio por precario", Dykinson, Madrid, 1998.

CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R. :

— "Sociedad irregular y sociedad en formación. Una aproximación a su régimen jurídico", Editorial Praxis, Barcelona, 1997.

CALLU, A. :

— "Le chef d'entreprise et sa succession. Guide pratique", Entreprise Moderne d'édition. Les éditions ESF, Paris, 1981.

CALVO ALFAGEME, A. :

— "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo I, 1945, págs. 511-558.

CALVO VIDAL, F. M. :

— Comentario del art. 33 L.A.U., en la obra colectiva dirigida por V. GUILARTE GUTIÉRREZ : "La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos", Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 427-440.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. :

— "El legado de cosa ganancial", Anuario de Derecho Civil, 1952, págs. 467-551.

— "Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código Civil" en "Centenario de la Ley del Notariado", vol. I, Sección 3ª, Madrid, 1964, págs. 713-998.

— "Estudios de Derecho Mercantil", vol. I y II. Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972.

— "Estudio sobre la representación legal en Derecho Mercantil" en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro, I", Editorial Tecnos, Madrid, 1976, págs. 295-364.

— "La venta de la empresa mercantil : principales problemas que plantea", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXIV, 1984, págs. 281-391.

— "Compendio de Derecho Sucesorio", La Ley, Madrid, 1990.

— Comentario del art. 1051 C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2470-2473.

— Comentario del art. 1056 C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2478-2486.

— Comentario de los arts. 1061 a 1066 del C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2501-2506.

CAMPOBASSO, G. F. :

— "Diritto Commerciale, I. Diritto dell' impresa", 2ª edición. UTET, Torino, 1993.

CANDIAN, A. :

— "Nozioni Istitutizionali di Diritto Privato", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1946.

CAÑIZARES LASO, A. :

— "Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la S.T.S. de 26 de Julio de 1993)", Anuario de Derecho Civil, 1995, págs. 411-427.

CAPELLE - CANARIS :

— "Handelsrecht", 21 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1989.

CAPILLA RONCERO, F. :

— "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", coordinados por M. ALBALADEJO, tomo XXI, vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1986.

CARNELUTTI, F. :

— "Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione", Rivista del Diritto Commerciale, 1913 I, págs. 86-127.

— "La azienda commerciale in communione", Rivista del Diritto Commerciale, 1915 II, págs. 726-730.

— "Valore giuridico della nozione della azienda commerciale", Rivista del Diritto Commerciale, 1924 I. Págs. 156-173.

CARRARA, G. :

— "Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda", Rivista di Diritto Commerciale, 1926 I. Págs. 45-71.

CASALS COLLDECARRE, M. :

— "L'entreprise et le Droit Commercial", Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, tomo XIII, fasc. 2, 1965, págs. 75-93.

CASANOVA, M. :

— "Studi sulla teoria dell'azienda" Società Editrice del «Foro Italiano», Roma, 1938.

— "Beni inmateriali e teoria dell'azienda", Rivista del Diritto Commerciale, 1945 I. Págs. 76-95.

— "Azienda" en "Novissimo Digesto Italiano", Tomo II, U.T.E.T., Torino, 1958. Págs. 1-14.

— "Impresa" en "Novissimo Digesto Italiano", Tomo VIII, U.T.E.T., Torino, 1962. Págs. 348-358.

— "Impresa e azienda (Le imprese commerciali)", en Vasalli (dir.) : "Trattato di Diritto Civile", tomo X, vol. I. UTET, Torino, 1974.

CASAS VALLÉS, R. :

— Comentario de la S.T.S. de 21 de Julio de 1986, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1986, págs. 2967-3972.

CASTÁN TOBEÑAS, J. :

— "Derecho Civil Común y Foral", tomo VI, vol. 1º, 7ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960.

CASTELLI-AVOLIO, G. :

— "L'azienda commerciale nelle teorie e nella pratica del diritto", P. Federico e G. Ardia Librai-Editori, Napoli, 1925.

DE CASTRO GARCÍA, J. :

— Comentario del artículo 829 C.c. en la obra colectiva : "Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia", tomo III, dir. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y CASTRO GARCÍA, J., Trivium, Madrid, 1991, págs. 751-754

— Comentario del artículo 902 C.c. en la obra colectiva : "Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia", tomo III, dir. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y CASTRO GARCÍA, J., Trivium, Madrid, 1991, págs.936-942.

CAZORLA GONZÁLEZ, M. J. :

— "El Derecho Sucesorio Agrario Español", Ilustre Colegio Notarial de Granada (Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado), Granada, 1998.

CENDRIER, B. :

— "Cession et transmission d'entreprise. Quatre contextes, quatre réponses", Éditions NATHAN, Paris, 1993.

CHAMPAUD, C. :

— "La transmission de l'entreprise", en "La transmission de l'entreprise enjeux et perspectives", Secondes Journées René Savatier. Poitiers, 17 et 18 Mars 1988. Presses Universitaires de France, París, 1989.

CHAPUT, Y. :

— "Les transmissions d'entreprises", Presses Universitaires de France, Paris, 1993.

CHARTIER, Y. :

— "Droit des affaires. Tome I. L'entreprise commerciale", Ed. Puf, París, 1993.

CICU, A. :

— "Successioni per causa di morte. Parte Generale", vol. XLII, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1961.

CLEMENS :

— "La notion juridique d'entreprise", Journées de Droit Civil de Luxembourg, 9 et 10 Juin 1947. Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française III, 1947. Págs. 182-193.

COLIN, A. y CAPITANT, H. :

— "Curso Elemental de Derecho Civil", Editorial Reus, S.A., Madrid, 1927.

COLOMBO, G. :

— "L'azienda ed il suo trasferimento", en Galgano (dir.) : "Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'economia", III, 1979, págs. 4 y ss.

CORSI, F. :

— "Lezioni di Diritto dell' impresa", Giuffrè Editore, Milano, 1992.

DE COSSÍO Y CORRAL, A. :

— "Algunas consideraciones en torno al albaceazgo", en "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro I", Editorial Tecnos, Madrid, 1976, págs. 475-496.

COTTINO, G. :

— "Diritto Commerciale", volumen I, tomo I. 3ª edición. CEDAM, Padova, 1993.

CREMONA, N. :

— "Rassegna di Giurisprudenza sulle società di fatto", Il Quadrimestre, 1988, págs. 752-770.

D'AMELIO, M. :

— "L'azienda commerciale nella successione ereditaria", Rivista di Diritto Commerciale, tomo II, 1913, págs. 1-17.

DAUBLON G. :

— "Entreprise et droit de propiété" (rapport), 79º Congrès des Notaires de France, Tomo I, Avignon, 1983 : L'entreprise et ses partenaires.

DÁVILA GARCÍA, J. :

— "Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1945, págs. 649-667.

— "La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria", Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1946, tomo III, págs. 569-596.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. :

— "Droit Commercial. Activités commerciales. Commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation", 4ª ed. Montchrestien, París, 1995.

DELHAY, F :

— "La nature juridique de l'indivision. Contribution a l'étude de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personalité morale", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968.

DERRUPÉ, J. :

— "Le fonds de commerce est une universalité mobiliére de nature incorporelle", Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1993. Pág. 285.

— "Le fonds de commerce est une universalité mobilière insusceptible de cession partielle", Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1994. Págs. 37-38.

DESPAX, M. :

— "L'entreprise et le Droit", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1957.

DETTI, M. :

— "Minore, impresa commerciale, fallimento", Giustizia Civile, 1961, IV, págs. 93-101.

DÍAZ CRUZ, M. :

— "Los legados", Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1951.

DIDIER, P. :

— "Esquisse de la notion d'entreprise", Mélanges offerts a Monsieur le Professeur Pierre Voirin. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1966. Págs. 209-214.

DÍEZ BALLESTEROS, J. A. :

— "La empresa individual en el régimen de gananciales", Editorial Montecorvo, Madrid, 1997.

DÍEZ DOMÍNGUEZ, A. :

— "Tratado Elemental de Derecho Mercantil", tomo I, Granada, 1908.

DÍEZ PICAZO, L. :

— "Producción de los bienes y rendimiento económico", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1978, págs. 467-476.

— "La representación en el Derecho Privado", Civitas, Madrid, 1979.

— "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", en "Estudios de Derecho Privado", Editorial Civitas, Madrid, 1980, págs. 315-327.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. :

— "Sistema de Derecho Civil, vol. I, Introducción. Derecho de la Persona, Autonomía Privada. Persona Jurídica", Editorial Tecnos, S.A., Novena edición, Madrid, 1998.

— "Sistema de Derecho Civil, vol. III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral", Quinta edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1993.

— "Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones", Séptima Edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998.

DI PAOLA, L. :

— "Su alcuni poteri del chiamato all' eredità prima dell' accettazione : dispute vecchie e nuove", II Quadrimestre, 1992. Págs. 86-108.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. :

— "El pago en metálico de la legítima de los descendientes", Tecnos, Madrid, 1989.

— "La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)", Anuario de Derecho Civil, 1990, págs. 793-849.

— Comentario de la S.T.S. de 18 de Marzo de 1991, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1991, págs. 337-347.

DOSSETTO, M. :

— "Impresa, società, comunione", Rivista del Diritto Commerciale, 1949 II, págs. 353-360.

DUBREUCQ, R. :

— "Guide pratique de la transmission d'entreprise", ATOL Éditions, Paris, 1986.

DURAND, P. :

— "La notion juridique de l'entreprise" (rapport), Journées de Droit Civil de Luxembourg, 9 et 10 Juin 1947. Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française III, 1947. Págs. 45-60.

ESPEJO DE HINOJOSA, R. :

— "Curso de Derecho Mercantil", Barcelona, 1935.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A. ; ESPINOSA ANTA, J.L. ; LUCAS FERNÁNDEZ, F. :

— "La empresa y la función del Derecho ; sus necesidades jurídicas y contractuales. El papel del notario en su satisfacción", Revista de Derecho Notarial, nº 105-106, Julio-Diciembre 1979, págs. 77-225.

ESPÍN CÁNOVAS, D. :

— "Manual de Derecho Civil V, Sucesiones", 3ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

— "La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español", Revista de Derecho Privado, 1979, págs. 309-317.

ETCHEBERRY, R. A. :

— "Empresa y objeto social", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1980, págs. 781-801.

FADDA y BENSA :

— "Note al Diritto delle Pandette di Winscheid", vol. I, parte II, UTET, Torino, 1936.

FALCÓN, M. :

— "Código Civil español", tomo III, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1889.

FANELLI, G. :

— "Introduzione alla teoria giuridica dell' impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950.

FARIAS BATLLE, M. :

— "La influencia de la forma contractual en la calificación de la sociedad irregular (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de Noviembre de 1991)", La Ley, 1993-1, págs. 879-885.

FASSELT, T. :

— "Nachfolge in Familienunternehmen", Schaffer Poeschel Verlag, Stuttgart, 1992.

FAVARA, U. :

— "La comunione incidentale in una azienda commerciale", Vita Notarile, 1963, págs. 6-12.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. :

— "La eficacia protectora del Derecho Sucesorio en la continuidad de la explotación agrícola", Revista de Derecho Privado, 1979, págs. 31-42.

FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. :

— "Problemas de la transmisión de la empresa familiar", Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 1999.

FERNÁNDEZ NOVOA, C. :

— "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", Revista de Derecho Mercantil, 1965, págs. 7-40.

FERRANDIS VILELLA, J. :

— "La comunidad hereditaria", Bosch, Barcelona, 1954.

FERRARA, F. (sen.) :

— "Gli atti d'amministrazione", en "Scritti Giuridici I", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954, págs. 261-314.

FERRARA, F. :

— "La teoria giuridica dell'azienda", Dott. A. Giuffrè Editore, Milán 1982 (reimpresión de la segunda edición de Florencia, 1948).

— "Naturaleza jurídica de la hacienda mercantil", Revista de Derecho Privado, 1948, págs. 957-981.

— "Scritti Giuridici Minori I. Impresa e Azienda - Societá", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977.

FERRARI, G. :

— "Azienda" en "Enciclopedia del Diritto IV", Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 680-740.

FERRERO, P. :

— "Comunione incidentale di azienda e società di fatto", Giurisprudenza Commerciale, 1977 II, págs. 244-259.

FERRI, G. :

— "Revisione del Codice Civile e autonomia del DirittoCommerciale", Rivista del Diritto Commerciale, 1945 I. Págs. 96-102.

— "Società tra coeredi e partecipazione degli incapaci alla società", Il Foro Italiano, 1950 II, c. 322 y ss.

— "Manuale di Diritto Commerciale", Decima edizione a cura di C. Angelici e G.B. Ferri. UTET, Torino, 1996.

FERRI, L. :

— "Successione in generale", en "Comentario del Codice Civile" a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro II, Delle Sucessioni. Nicola Zanichelli Editore-Bologna, Società Editrice Foro Italiano, Roma, 1965.

FERRO-LUZZI, P. :

— "L' impresa", en "L' impresa", Quaderni Romani di Diritto Commerciale a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro-Luzzi. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985, págs. 7-41.

FONT GALÁN, J. I. :

— "La empresa en el Derecho Mercantil", en la obra colectiva coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ : "Derecho Mercantil I", 4ª edición, Ariel Derecho, S.A., Barcelona, 1997, págs. 52-70.

— "La empresa como objeto de negocios jurídicos", en la obra colectiva coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ : "Derecho Mercantil I", 4ª edición, Ariel Derecho, S.A., Barcelona, 1997, págs. 71-88.

FONT Y VIÑALS, R. :

— "Necesidad en ciertos casos de comerciar por cuenta de los menores o incapacitados. Insuficiencia de la forma legal actual. Reformas indispensables", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo LXXXV (1894), págs. 508-512, y tomo LXXXVI (1895), págs. 290-301.

FORCHIELLI, P. :

— "Della Divisione", en la obra colectiva : "Commentario del Codice Civile2, dirigida por A. SCIALOJA y G. BRANCA, Libro II, Delle successioni, Nicola Zanichelli Editore - Soc. Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma.

FORMIGGINI, A. :

— "Azienda Commerciale", Rivista di Diritto Civile, 1957. Págs. 57-79.

FOSAR BENLLOCH, E. :

— "La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil", Anuario de Derecho Civil, 1963, págs. 377-422.

— "Más sobre el artículo 1056.2º del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1971, págs. 225-271.

FOSCHINI, M. :

— "Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario e destinazione, da parte dei coeredi, dell'azienda ereditaria all'esercizio di un'impresa commerciale", Rivista del Diritto Commerciale, 1964 II, págs. 389-423.

FRAGUAS MASSIP, R. :

— "El concepto jurídico de empresa", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas VI", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 229-265.

FRANCESCHELLI, R. :

— "Imprese e Imprenditori", Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1970.

FUENMAYOR CHAMPÍN, A. :

— "La mejora de labrar y poseer", Anuario de Derecho Civil, 1948, págs. 878-921.

GALGANO, F. :

— "L'imprenditore", Zanichelli, Bologna, 1970.

— "Le società in genere. Le società di persone", en la colección : "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", dirigida por A. Cicu y F. Messineo y continuada por L. Mengoni, tomo XXVIII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.

— "Comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare", Contratto e Impresa, 1988, págs. 689-696.

GARCÍA GRANERO, J. :

— "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora", Revista de Derecho Privado, 1949, págs. 805-830.

GARCÍA MARTÍNEZ, R. :

— "La conservación de la empresa como principio del Derecho Concursal", Revista de Derecho Privado, 1986, págs. 420-432.

GARCÍA RODRÍGUEZ, C. :

— "La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho Común como solución antiminifundista", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1963, págs. 534.547.

GARCÍA URBANO, J. M. :

— Comentario al art. 1406 C.c., en el "Comentario del Código Civil" tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 637 ss. y 678-679.

GARRIDO DE PALMA, V. M. :

— "Oportunidad de un Derecho Sucesorio Agrario", Revista de Derecho Notarial, nº 104, págs. 211-233.

— "La sociedad limitada familiar. Su incidencia en la economía andaluza", Jornadas de Derecho de Sociedades, (Málaga, 14, 15 y 16 de Mayo de 1997),Ilustre Colegio Notarial de Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1998, págs. 221-237.

GARRIGUES, J :

— "Curso de Derecho Mercantil", S. Aguirre Imp., Madrid, 1936.

— "Aspetto giuridico dell'impresa", Nuova Rivista del Diritto Commerciale, 1949 II, págs. 51-47.

— "Curso de Derecho Mercantil", Madrid, 1955.

— "La empresa desde el punto de vista jurídico", en "La empresa, Estudios de Trabajo y Previsión", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 115-138.

GAULTIER, A. :

— "Pérennité et succession dans les entreprises moyennes familiales", Hommes et Techniques, 1980.

GHIDINI, M. :

— "Disciplina giuridica dell' impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950.

— "Lineamenti del Diritto dell' impresa", Dott. A. giuffrè Editore, Milano, 1978.

GHIRON, M. :

— "L' imprenditore, l' impresa e l' azienda", UTET, Torino, s.d.

GIARDINI, F. :

— "Poteri del chiamato e giacenza della eredità", La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata, 1992 I. págs. 294-297.

GINOT LLOBATERAS, F. :

— "La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho Común y Foral", Anuario de Derecho Civil, 1950, págs. 1057-1099.

GIRÓN TENA, J. :

— "Empresa", Jurisprudencia Comentada, S.T.S. de 23 de Marzo de 1946, Revista de Derecho Mercantil, 1946. Págs. 475-481.

— "Las sociedades irregulares", Anuario de Derecho Civil, 1951, pág. 1291-1347.

— "Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa", en "Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Antonio Polo", Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1981, págs. 281-306.

GITRAMA, M. :

— "Los supuestos de administración de la herencia", Revista de Derecho Privado, 1948, págs. 100-141.

— "La administración de herencia en el Derecho español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

— "El acto de administración en el Derecho Civil", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIX, págs. 331-356.

— Comentario del art. 999 C.c. en los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" (dir. M. ALBALADEJO), tomo XIV, vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 192-219.

— Comentario del art. 1024 C.c. en los "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" (dir. M. ALBALADEJO), tomo XIV, vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 400-408.

GÓMEZ MORÁN, L. :

— "Testamento-partición", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1949, nº 257, págs. 601-632.

GÓMEZ PÉREZ, J.M. :

— "Breves consideraciones sobre el concepto de establecimiento mercantil en el artículo 1413 del Código Civil", Revista de Derecho Notarial, 1963, págs. 211-223.

GONDRA, J. M. :

— "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)", Revista de Derecho Mercantil, Abril-Junio 1998, págs. 493-592.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M. :

— "Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto inter vivos", Revista de Derecho Privado, 1954, págs. 494-538.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. :

— "Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario", Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1989.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. :

— "Arrendamientos para uso distinto del de vivienda", en la obra colectiva : "Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 525-549.

GONZÁLEZ PALOMINO, J. :

— "Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo II, págs. 441-588.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. :

— "Sobre particiones verificadas por el testador en actos intervivos", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1927, págs. 166-174.

GORASINI, A. :

— "La organizzazione dei beni in universitas. Ancora una reflessione su impresa e azienda (con particolare riguardo all' azienda familiare)", Rassegna di Diritto Civile, 1987 I. págs. 297-331.

DI GRAVIO, D. :

— "Orfani e vedova in società di fatto", Il Diritto Fallimentare, 1988 II, págs. 140-150.

GRAZIANI, A. :

— "L' impresa e l' imprenditore. Lezioni di Diritto Commerciale", A. Morano Editore, napoli, s.d.

GRECO, F. :

— Comentario de los arts. 2555-2583, Libro V, Del Lavoro, en la obra colectiva : "Comentario Teorico Pratico al Codice Civile", dirigida por V. DE MARTINO, Edizioni Pem, Roma, 1974.

GRECO, P. :

— "Corso di Diritto Commerciale. Impresa-Azienda-Società", 2ª edición. Edizioni Universitarie Malfasi, Milano, 1948.

DE GREGORIO, A. :

— "Corso di Diritto Commerciale. Imprenditori- Società", 6ª edizione. Società Editrice Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli-Città di Castello, 1966.

GRIMALDI, M. :

— "Droit Civil. Successions", 5ª Edición, Litec, París, 1998.

GUIZZI, G. :

— "Il concetto di impresa tra Diritto Comunitario, legge antitrust e Codice Civile", Rivista del Diritto Commerciale, 1993 I. Págs. 277-313.

GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. :

— "El legado de usufructo en el Derecho Civil Común", Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GUYON, Y. :

— "Droit des affaires. Tomo I. Droit commercial général et sociétés", 9ª ed. Ed. Económica. París, 1996.

HAEGELE, K. :

— "Das Unternehmertestament", Heidelberg Musterverträge, Heft 15 a). Verlaggesellchaft und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1975.

HEBRAUD, P. :

— "L'entreprise et le Droit Civil", Annales de la Faculté de Droit de Toulouse. Tome XIII, fascículo 2º, 1965. Págs. 31-49.

HEINTZENBERG, R. :

— "Die Einzelunternehmung im Erbgang", Duncker & Humblot, Berlin, 1957.

HERNÁIZ MÁRQUEZ, M. :

— "El principio de unidad de la empresa", Revista de Derecho Privado, 1954, tomo XXXVIII, págs. 1003-1029.

HURTADO MUÑOZ, V. :

— "La ley de 13 de Diciembre de 1943 (mayoría de edad civil) y sus repercusiones sobre el artículo 4º del Código de Comercio", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1947, págs. 22-30.

ILLESCAS ORTIZ, R. :

— "El empresario mercantil individual : reglas generales", en la obra colectiva : "Derecho Mercantil I", coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ariel, Barcelona, 1997, 4ª edición, págs. 89-102.

INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND / ARBEITKREIS „UNTERNEHMERNACHFOLGE" :

— "Erbfolge und Erbauseinandersetzung bei Unternehmen", IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1995.

JAHRMARKT, M. :

— "Vorteilhafte Unternehmernachfolge", Rudolf Haufe Verlag, Freiburg im Breisgau, 1977.

JAUFFRET, A. :

— "Manuel de Droit Commercial", 23 ª ed. por Jacques MESTRE. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1997.

JOHANNSEN, K. H. :

— "Die Nachfolge in Kaufmännische Unternehmen und Beteiligungen an Personengesellschaften beim Tode ihres Inhabers", Familienrechtszeitung, 1980, Heft 12, págs. 1074-1083.

JORDANO BAREA, J. B. :

— "Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil y otras cuestiones", Anuario de Derecho Civil, 1964, págs. 941-960.

— "La explotación agrícola comunitaria", en "Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas", Tomo V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 363-379.

JUGLART, M. de et IPPOLITO, B. :

— "Traité de Droit Commercial", tome I. 4ª edition par E. de PONTAVICE et J. DUPICHOT. Monchrestien, París, 1988.

LACAL FUENTES, P. :

— "La prohibición de dividir la herencia en nuestro Derecho Positivo", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1931, tomo VII, págs. 577-581.

LACOSTE, J. :

— "La mejora" (obra traducida de la edición francesa por L. García Guijarro). Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1913.

LACRUZ BERDEJO, J. L. :

— "Derecho de Sucesiones, Parte General", Librería Bosch, Barcelona, 1961.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. :

— "Elementos de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 2º, Personas", Nueva Edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. :

— "Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho Subjetivo. Negocio jurídico", Nueva edición revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J. L. ; SANCHO REBULLIDA, F. ; LUNA SERRANO, A. ; DELGADO ECHEVERRÍA, J. ; RIVERO HERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. ; MENDOZA OLIVÁN, V. :

— "Elementos de Derecho Civil III, vol. II. Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad", 2ª edición. J. M. Bosch editor S.A., Barcelona, 1991.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. ; RAMS ALBESA, J. :

— "Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones", Quinta edición, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993.

LAGUNA IBÁÑEZ, F. :

— "La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones", Anuario de Derecho Civil, 1962, págs. 617-741.

LA LUMIA, I. :

— "Teoria giuridica dell' azienda commerciale", Rivista del Diritto Commerciale, 1940 I. Págs. 413-439.

— "Azienda e Impresa" en "Scritti giuridici in onore di A. Scialoja", vol. II. Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1953. Págs. 491-493.

LANGLE Y RUBIO, E. :

— "Manual de Derecho Mercantil Español I", Bosch, Barcelona, 1950.

— "El contrato de compraventa mercantil", Bosch, Barcelona, 1958.

LARRONDO LIZARRAGA, J. M. :

— "La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa (Análisis doctrinal y jurisprudencial)", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C. :

— "La fundamentación causal de las prohibiciones testamentarias de disponer", La Ley 1983-1, págs. 1122-1126.

LAUGIER, D. :

— "La mise en société de l'entreprise" (rapport), 64º Congrès des Notaires de France, 1966, Royan : Le droit des sociétés au service de l'evolution des entreprises.

LE FLOCH, P. :

— "Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1986.

LE NABASQUE, H. ; BOUSSIER, F. Y RICHEN, F. :

— "La transmission de l'entreprise familiale", Éditions Dalloz-Sirey, Paris, 1992

LE PERA, S. :

— "La empresa", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1970, págs. 187-206.

LETE DEL RIO, J. M. :

— Comentario del art. 999 C.c. en el "Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia", tomo III, dir. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y CASTRO GARCÍA, J., Trivium, Madrid, 1991.

LIAUZU, C. :

— "La transmission d'entreprise à titre gratuit", en "Assassinat et euthanasie des entreprises : ou les problèmes juridiques de leur transmission", Nº especial de la Semaine Juridique. Cahiers de Droit de l'entreprise, nº 51/52 de 27 décembre 1984, Sup. 6/1984, págs. 1-11.

LLEDÓ YAGÜE, F. :

— "Derecho de Sucesiones II", Primera Parte, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

LOJENDIO OSBORNE, I. :

— "Las sociedades mercantiles", en la obra colectiva dirigida por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ : "Derecho Mercantil", tomo I, Ariel S.A., Barcelona, 1997 págs. 159-174.

— "Las sociedades colectiva y comanditaria simple", en la obra colectiva "Derecho Mercantil", coordinada por G. J. Jiménez Sánchez, Ariel Derecho, S.A., Barcelona, 1997, págs. 175-185.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. :

— "La conmutación de la legítima", Editorial Tecnos, S.A., Colección Semilla y Surco, Madrid, 1989.

LÓPEZ JACOISTE, J. J. :

— "El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 204, 1958, págs. 471-536.

— "La idea de explotación en el Derecho Civil actual", Revista de Derecho Privado, 1960, págs. 351-371.

— "La mejora en cosa determinada", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1961.

— Comentario del art. 1024 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2412-2414.

— Comentario del art. 1026 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2416-2418.

LÓPEZ VILAS, R. :

— Comentario del artículo 355 C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 997-1101.

LUCAS FERNÁNDEZ, F. :

— Comentario del artículo 1581 C.c. , en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1166-1168.

LUNA SERRANO, A. :

— "Notas sobre la empresa y el empresario agrícola", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas V", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 415-456.

LYON-CAEN, CH. y RENAULT, L. :

— "Traité de Droit Commercial", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1923.

MAEIJER, J. M. M. :

— "La transmission d'entreprise aux Pays-Bas", en "La transmission de l'entreprise enjeux et perspectives", Secondes Journées René Savatier. Poitiers, 17 et 18 Mars 1988. Presses Universitaires de France, París, 1989.

MANRESA Y NAVARRO, J. M. :

— "Comentarios al Código Civil español", tomo III, 1976, 8ª edición revisada y puesta al día por F. RICO PÉREZ ; tomo VI, vol. I, 8ª edición revisada y puesta al día por L. MARTÍNEZ CALCERRADA, y vol. II, 1973 ; tomo VII, 7ª edición revisada y puesta al día por F. BONET RAMÓN, 1956, Instituto Editorial Reus, Madrid.

MARGHIERI, A. :

— "Il Diritto Commerciale Italiano", Ricardo Marghieri Di Gius., Napoli, 1886.

— "Manuale di Diritto Commerciale", Athenaeum, Società Editrice Romana, Roma, 1922.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. :

— "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 31 de Diciembre de 1993", Revista General del Derecho, 1994 (nº 601-602), págs. 11044-11052.

MARÍN LÁZARO, R. :

— "Sociedad y Comunidad", Revista de Derecho Privado, 1942, págs. 690-698.

— "La partición de la herencia hecha por actos inter vivos", Revista General de Legislación y jurisprudencia, 1944, págs. 213-238.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, L. :

— "La empresa y el Derecho Civil" en "Estudios de Derecho Público y Privado",vol. I. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario "Menéndez Pelayo" de Valladolid, 1965, págs. 585-603 ; publicado también en los Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, tomo XIII, fasc. 2, 1965, págs. 7-29.

MARTINELLI, P. :

— Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 25 de Octubre de 1965. Il Foro Italiano, 1966 I, c. 264 y ss.

MARTÍNEZ SANZ, F. :

— "Consideraciones en torno a la sociedad irregular. Comentario a la S.T.S. (Sala 1ª) de 9 de Marzo de 1992", La Ley 1992-4, págs. 182-188.

DE MARTINI, A. :

— "L'usufrutto d'azienda", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950.

MENDELSOHN, D. :

— "Succession et transmission de l'entreprise. Comment assurer sa stabilité", Éditions WEKA, Paris, 1986.

MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E. :

— "Variaciones sobre las legítimas", Revista de Derecho Notarial, 1969, págs. 165-215.

MERLANI, C. :

— "Lineamenti dell' impresa industriale e dell' impresa mercantile", 2ª edición. CEDAM, Padova, 1963.

MESSINEO, F. :

— "Derecho Civil y Comercial", tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954 ; y tomo VII, 1971.

METITIERI, G. :

— "I debiti aziendali e le disposizioni di ultima volontà", en la obra colectiva : "Azienda ed impresa, individuale e collettiva nella successione mortis causa : problemi di diritto civile e tributario", Giornata di studio organizzata dal Comitato Notarile Interregionale Piemonte e Valle d' Aosta. Torino 23-1-1982. Supplemento a Vita Notarile N. 5/ 1983. Nuovi Quaderni N. 2, págs. 1-15.

MILLÁN SALAS, F. :

— "Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola", EDIASA, Madrid, 1999.

MINERVINI, G. :

— "L' imprenditore. Fattispecie e statuti", Morano Editore, Napoli, 1970.

_ "L' evoluzione del concetto d' impresa (spunti per una ricerca)", Rivista delle Società, 1976. Págs. 496-504.

MINISTÈRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DU BUDGET. CHAMBRE RÉGIONALE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE NORD-PAS-DE-CALAIS :

— "La transmission de l'entreprise", Lille, 26 Octobre 1982.

MÍQUEL GONZÁLEZ, J. M. :

— Comentario del artículo 392 C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1067-1072.

MOLINER, M. :

— "Diccionario de uso del español", tomos I y II, 2ª edición, Editorial Gredos S.A., Madrid, 1998.

MONNASIER, B. :

— "Les techniques sociétaires au service de la transmission", en "La transmission de l'entreprise, enjeux et perspectives", Secondes Journées René Savatier, Poitiers, 17 et 18 Mars 1988, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, págs. 61-68.

MONTEMURRO, C. :

— "La conversione della comunione incidentale ereditaria in società", Informatore Pirola, 1977 II, págs. 773-775.

MONTERO RÍOS, J. B. :

— "Estudios sobre la ejecución testamentaria", Revista de Derecho Privado, 1970, págs. 215-243 y 307-344.

MORENO QUESADA, B. :

— "Los supuestos de administración legal en el Código Civil" en "Estudios de Derecho Público y Privado", vol. I. Publicaciones de los

Seminarios de la Facultad de derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario "Menéndez Pelayo" de Valladolid, 1965, págs. 669-705.

— "La naturaleza jurídica de la comunidad contractual", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje al Profesor Miguel Motos Guirao, II, nº 10, Granada, 1986 (2º cuatrimestre), págs. 279-292.

MOSSA, L. :

— "I problemi fondamentali del Diritto Commerciale", Rivista del Diritto Commerciale, 1926 I. Págs. 233-252.

— "Trattato del nuovo Diritto Commerciale secondo il Codice Civile del 1942", vol. I, Società Libraria, Milano, 1942.

— "Ensayo sobre empresa y sociedad", Revista de Derecho Mercantil, 1948, págs. 159-187.

— "Nozione del fondo di commercio e dell' impresa commerciale e sue prospettive avvenire", Nuova Rivista del Diritto Commerciale, 1950 III. Págs. 101-111.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. :

— "La partición de la herencia por el propio testador", Revista de Derecho Notarial, 1960, págs. 99-234.

— "Hacia un Derecho Sucesorio Agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código Civil, en los Derechos Forales y en el Derecho de Colonización", Anuario de Derecho Civil, 1974, págs. 523-561.

— "Propiedad, herencia y división de la explotación agraria: La sucesión en el Derecho Agrario", Ministerio de Agricultura, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones Agrarias, Madrid, 1977.

MUÑOZ CAMPOS, J. Y CEREZO CARRASCO, E. :

— "Concepto jurisprudencial de la empresa a efectos arrendaticios", Revista de Derecho Mercantil, 1955. Págs. 245-307.

MUÑOZ DE DIOS, M :

— "La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones : por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas", tomo VI, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 613-653.

MUÑOZ XANCÓ, J. :

— "El condominio español en su aspecto distintivo de la sociedad", Revista de Derecho Privado 1985, págs. 953-961.

NATOLI, U. :

— "L'amministrazione dei beni ereditari, vol. I, L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accetazione", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947.

NAVARRINI, U. :

— "Trattato teorico pratico di Diritto Commerciale", vol. IV, Fratelli Bocca Editori, Milano-Torino-Roma, 1920.

— "Lezioni di Diritto Commerciale. Vol. I, Parte Generale", Società Editrice del «Foro Italiano», Roma, 1940.

NICOLÒ, R. :

— "Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del Diritto Civile", Rivista del Diritto Commerciale, 1956 I. Págs. 177-195.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. :

— "Código Civil comentado y con jurisprudencia", La Ley - Actualidad, S.A., Madrid, 1996.

— "Compendio de Derecho Civil, tomo V, Derecho de Sucesiones", Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1999.

OLIVENCIA RUIZ, M. :

— "Los establecimientos mercantiles y el nuevo artículo 1413 del Código Civil", en "Centenario de la Ley del Notariado", Sección 3ª, Estudios Jurídicos Varios, vol. IV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963, págs. 163-226.

OPPO, G. :

— "Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano", Rivista di Diritto Civile, 1976 II. Págs. 591-608.

— "Diritto di Famiglia e Diritto dell'impresa", Rivista di Diritto Civile, 1977, I, págs. 365-394.

— "L' impresa come fattispecie", Rivista di Diritto Civile 1982 I. Págs. 109-126.

— "Patrimoni autonomi familiari e esercizio di attività economica", Rivista del Notariato, 1988 II, págs. 831-851.

— "Diritto dell' impresa" en "Scritti Giuridici I", CEDAM, Padova, 1992.

OREJAS, J. A. :

— "La sucesión testada en el Derecho Agrario", Revista de Derecho Agrario y Alimentario, 1994, págs. 44-52.

ORTI VALLEJO, A. :

— "Las facultades de disposición «mortis causa» de bienes gananciales". Anuario de Derecho Civil, 1989, págs. 665-715.

OSSORIO MORALES, J. :

— "Manual de Sucesión Testada", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

PAILLUSSEAU, J. :

— "Rapport de synthése sur la transmission d'entreprise", Revue de Jurisprudence Commerciale, numéro spécial Novembre 1988 : La transmission

des entreprises. Colloque de Deauville organisé les 11 et 12 Juin 1988 par L'Association Droit et Commerce. Págs. 162-180.

PALANDT :

— "Bürgerliches Gesetzbuch", Verlag C.H. Beck, München, 1997.

PALLARD, R. :

— "L'entreprise et le Droit Commercial", Annales de la Faculté de Droit de Toulouse. Tomo XIII, fascículo 2, 1965. Págs. 95-111.

PANTALEÓN PRIETO, F. :

— Comentario de los artículos 841-847 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia", vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1378-1457.

PANUCCIO, V. :

— "Impresa" en "Enciclopedia del Diritto XX", Giuffrè Editore, Milano, 1970, págs. 562-624.

— "Teoria giuridica dell' impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.

PASQUAU LIAÑO, M. :

— "La gestión de negocios ajenos", Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1986.

PAZ-ARES, C. :

— Comentario del art. 1669 C.c., en la obra colectiva "Comentario del Código Civil", Tomo II ; Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1352-1376.

PÉDAMON, M. :

— "Droit Commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce", Dalloz, París, 1994.

PELAYO HORE, S. :

— "El testamento y la ley como normas de la partición", Pretor, 1971, págs. 43-53.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. :

— "La herencia y las deudas del causante", Madrid, 1967.

— "La naturaleza de la legítima", Anuario de Derecho Civil, 1985, págs. 849-907.

— Comentarios a los arts. 1346, 1347 y 1360, en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 644 ss. y 678-679.

PETER, K. ; PETZOLDT, R. y WINKLER, K. :

— "Unternehmernachfolge, Testamente und Gesellschaftsverträge in der Praxis", 4. Auflage, Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 1977.

PITTALIS, M. :

— "Comunione di godimento e società di fatto", Le Società, 1989 II, págs. 817-823.

PLANIOL, M. y RIPERT, G. :

— "Tratado Práctico de Derecho Civil, tomo IV, Las sucesiones", La Habana, 1945.

POLO DÍEZ, A. :

— "La empresa como objeto del tráfico jurídico", Revista de Derecho Privado, 1943. Págs. 317-321.

— "La empresa como objeto del tráfico jurídico", Revista de Derecho Privado, 1946. Págs. 559-566.

— "Ensayo de un sistema de Derecho de la Empresa", Librería BOSCH, Barcelona, 1947.

— "Leyes Mercantiles y Económicas", tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

POLO SÁNCHEZ, E. :

— "La transmisión mortis causa de la empresa en el Derecho Catalán", Revista de Derecho Mercantil, 1972, págs. 7-39.

PORTERO MOLINA, J. A. :

— "Constitución y jurisprudencia constitucional", Tirant lo blanc, Valencia, 1997.

PORZIO, M. :

— "L'impresa commerciale del minore", Rivista di Diritto Civile, 1962 I, págs. 373-397.

POSADA, A. :

— "Concepto económico y régimen jurídico de la empresa", Revista de Derecho Privado, 1944, págs. 776-781.

PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P. :

— "El artículo 1056, párrafo 2º del Código Civil y las menciones legitimarias", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1970, págs. 907-942.

PUGLIATTI, S. :

— "Reflessione in tema di universitas", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1955. Págs. 955-1008.

PUIG BRUTAU, J. :

— "El testamento del empresario", Revista de Derecho Privado, 1960, págs. 845-858.

— "Fundamentos de Derecho Civil", tomo V, volumen 1º, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1990.

— "Fundamentos de Derecho Civil", tomo V, volumen 3º, 4ª edición, Bosch, S.A., Madrid, 1991.

PUIG FERRIOL, L. :

— "El albaceazgo", Bosch, Barcelona, 1967.

— Comentario del art. 902 C.c., en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil" tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, págs. 2193-2195.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C. :

— Comentario de la S.T.S. 6 de Octubre 1994, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1995, págs. 283-295.

RADAELLI, U. :

— "L'eredità iacente", Società Editrice Libraria, Roma-Milano-Napoli, 1948.

RAGUSA MAGGIORE, G. :

— "Successione nella titolarità dell'azienda, comunione incidentale e società di fatto", Il Diritto Fallimentare, 1984 II, págs. 418-423.

— "Comunione d'impresa e comunione d'azienda nella successione all'imprenditore defunto. Una separazione difficile", Il Diritto Fallimentare, 1987 II, 764-781.

RAVÀ, T. :

— "La nozione giuridica di impresa", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1949.

— "Il sistema del Diritto Civile di fronte all'azienda" en "Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli", IV. Jovene, Napoli, 1972, págs. 61-74.

— "Diritto Industriale, vol. I, Azienda - Segni distintivi -Concorrenza", 2ª edición. UTET, Torino, 1981.

REINHARD, Y. :

— "Droit Commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce", 4ª ed. Litec. París, 1996.

RICO PÉREZ, F. :

— "La empresa como objeto del Derecho", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez", Editorial Revista de Derecho Financiero, EDERSA, Madrid, 1978, págs. 671-695.

DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M. :

— "Comunidad de bienes y empresa", McGraw Hill, Madrid, 1997.

RIPERT, G. y ROBLOT, R. :

— "Traité de droit commercial", Tomo I, 16ª edición por M. GERMAIN. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1996.

RIVAS MARTÍNEZ, J . J. :

— "Derecho de Sucesiones común y foral", tomo II, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1992.

RIVOLTA, G. C. :

— "La teoria giuridica dell' impresa e gli studi di Giorgio Oppo", Rivista di Diritto Civile, 1987 I. Págs. 203-236.

ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A. :

— "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1947, págs. 585-599.

— "Derecho Mercantil", Madrid, 1950.

ROCA SASTRE, R. M. :

— "Naturaleza jurídica de la legítima", Revista de Derecho Privado, 1944, págs. 185-209.

— "Notas al Derecho de Sucesiones de KIPP", en ENNECERUS-KIPP-WOLF : "Tratado de Derecho Civil", tomo V, volumen II, Bosch, Barcelona, 1951.

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. :

— "Derecho Hipotecario", tomo VI. Octava edición, Bosch, Barcelona, 1997.

ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. :

— "La vida jurídica de la empresa individual" (Ponencia presentada en el XV Congreso Internacional del Notariado Latino, París, 1979), Revista de Derecho Notarial, 1980, págs. 145-253. También publicado por la Junta de Decanos Notariales, Gráficas Cóndor, Madrid, 1979.

— "Derecho de Sucesiones", tomo II, Bosch, S.A., Barcelona, 1991.

ROCCO, A. :

— "Diritto Commerciale. Parte Generale", S.A. Fratelli Treves Editori, Milano, 1936.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. :

— "La partición hecha por el testador", Revista de Derecho Notarial, 1970, págs. 209-231.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. :

— "Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1056 del Código Civil", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1952, págs. 307-347.

ROJO, A. :

"El establecimiento mercantil (II). Transmisión", en la obra colectiva dirigida por R. URÍA y A. MENÉNDEZ : "Curso de Derecho Mercantil I", Civitas, Madrid, 1999.

ROMERO VIEITIEZ, M. A. :

— "La mejora", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

ROTONDI, M. :

— "Trattato di Diritto dell' industria. Teoria Generale dell' azienda", CEDAM, Padova, 1929.

— "La nozione giuridica dell'azienda". Rivista del Diritto Commerciale, 1930 I, págs. 31-77.

— "Trattato di Diritto dell' industria. L'azienda come oggetto di negozi giuridici", CEDAM, Padova, 1931.

— "Continuazione dell'azienda ereditaria da parte degli eredi", Rivista di Diritto Privato, 1931 II, págs. 3-8.

— "Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil", Revista de Derecho Privado, 1958, págs. 723-731.

ROURA ROSICH, J. :

— "Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIII, págs. 67-105.

ROVIRA JAÉN, F. J. :

— "En torno a las deudas de la herencia", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1969-2, págs. 1573-1600.

ROYO MARTÍNEZ, M. :

— "Derecho Sucesorio «mortis causa»", Editorial Edelce, Sevilla, 1951.

RUBIO, J. :

— "El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho Español", Revista de Derecho Privado, 1935, tomo XXXII, págs. 288-306.

— "Introducción al Derecho Mercantil", Ediciones Nauta S.A., Barcelona, 1969.

SAINT-ALARY-HOUIN :

— "Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code Civil", Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1979, pág. 681 y ss.

SALANDRA, V. :

— "Manuale di Diritto Commerciale, vol I. L'impresa commerciale. Le società commerciali", Bologna, 1946.

SÁNCHEZ CALERO, F. :

— "Instituciones de Derecho Mercantil, tomo I, Introducción, Empresa y Sociedades", Vigésima segunda edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

— "Instituciones de Derecho Mercantil, tomo II, Títulos y valores, Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y marítimo", Vigésima segunda edición, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ CALERO, F. J. :

— Comentario del artículo 882 del Código Civil, en la obra colectiva : "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2157-2160.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. :

— "La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. :

— "Estudios de Derecho Civil", tomo VI, vol. 3º, 2ª edición, Madrid, 1910.

SANTAMARÍA, J. :

— "Comentarios al Código Civil", tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1858.

SANTI ROMANO :

— "A proposito dell' impresa e dell' azienda agricola", Rivista di Diritto Agrario, 1947. Págs. 19-27.

SANTINI, G. :

— "Le teorie sull'impresa (Civilisti e laburisti a cofronto" en "Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues", tomo III, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, págs. 217-246.

SANTORO - PASSARELLI, F. :

— "L'impresa nel sistema del Diritto Civile", Rivista del Diritto Commerciale, 1942 I. Págs. 376-405.

SANZ FERNÁNDEZ, A. :

— "La reforma de la Ley Hipotecaria", Revista de Derecho Privado, 1945, págs. 1-28.

SCÆVOLA, Q. M. :

— "Comentarios del Código Civil", tomo VII, 4ª edición revisada y puesta al día por F. ORTEGA LORCA, 1943 ; tomo XIV, 4ª edición, revisada y puesta al día por F. ORTEGA LORCA, 1944 ; tomo XV, 4ª edición revisada y puesta al

día por F. ORTEGA LORCA, 1945 ; tomo XVII, revisado y puesto al día por F. PUIG PEÑA, 1944 ; tomo XVIII, 2ª edición revisada y puesta al día por P. MARÍN PÉREZ, 1954, Instituto Editorial Reus, Madrid.

SCHMIDT, K. :

— "Handelsrecht", 5 Auflage, Carl Heymanns Verlag K. G., Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.

SIMO SANTONJA, V. :

— "Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa", Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1984, tomo XXIV, págs. 123-146.

SIRTOLI, M. :

— "Comunione ereditaria e società di fatto fra gli eredi", Informatore Pirola, 1980 II, págs. 1199-1201.

SPADA, P. :

— "Impresa" en "Digesto", IV Edizione, vol. VII, Commerciale. UTET, Torino, 1992.

— "Lezione sull' azienda" en "L' impresa", Quaderni Romani di Diritto Commerciale a cura di Bernardino Libonati e Paolo Ferro-Luzzi. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985.

STELLA RICHTER, M. y SGROI, V. :

— "Delle Persone e della Famiglia", en "Comentario de Codice Civile", Libro I, tomo II, UTET, Torino, 1967.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M. :

— "Naturaleza de la legítima y pago en metálico", La Ley 1984-4, págs. 997-1032.

SUDHOFF, H. :

— "Handbuch der Unternehmensnachfolge", CH Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1984.

TABELLINI, T. :

— "Il concetto d' azienda", Morano Editore, Napoli, s.d.

TABET, A. :

— "Ancora sull'azienda ereditaria e la società di fatto", Il Diritto Fallimentare, 1949 II, págs. 130-138.

TENA PIAZUELO, I. :

— "Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el art. 1670 del Código Civil", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1997 III, págs. 2029-2099.

TERRÉ, F. y LEQUETTE, Y. :

— "Droit Civil. Les successions. Les liberalités", 3ª edition, Dalloz, Paris, 1997.

THALLER, E. :

— "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence. Arthur Rousseau Editeur, 1910.

TOLOMEI, R. :

— "Brevi note in tema di comunione incidentale ereditaria e il esercizio d'azienda", Il Notare, 1985, págs. 87-89.

TOMMASINI, R. :

— "Contributo alla teoria dell' azienda come oggetto di diritti (Azienda e propietà)", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986.

TORRES GARCÍA, T. F. :

— "La explotación familiar, su conservación en la sucesión mortis causa del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario", Anuario de Derecho Civil, 1980, págs. 335-388.

TRASBOT, A. :

— "El acto de administración en Derecho Privado Francés" (traducción de F. Porrúa Pérez), Editorial Porrúa, S.A., México, 1945.

UGAS, A. P. :

— "Sui poteri del chiamato all'eredità", Rivista Giuridica Sarda, 1990, págs. 676.684.

URÍA, R. :

— "Derecho Mercantil", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., vigésimo cuarta edición, Madrid, 1997.

UTANDE IGUALADA, M. :

— "Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho Español", Revista de Derecho Privado, 1944, págs. 122-136.

VALERI, G. :

— "Elementi obbietivi de elementi subbietivi dell' azienda commerciale", Rivista del Diritto Commerciale, 1928 II. Págs. 108-128.

— "Manuale di Diritto Commerciale", Il Castellaccio, Firenze, 1945, volúmenes I y II.

VALÉRY :

— "Maison de commerce et fonds de commerce", Annales de Droit Commercial, 1902, págs. 209 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. :

— "Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1056 y del art. 863 del Código Civil", Revista General del Derecho, 1946, págs. 673-676.

— "La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo VIII, págs. 5-140.

— "Apuntes de Derecho Sucesorio", Anuario de Derecho Civil, Octubre-Diciembre 1951, págs. 1348-1457 ;Abril-Junio 1955, págs. 269-460.

— "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", Centenario de la Ley del Notariado, Sección III, vol. I, Madrid, 1964, págs. 399-712.

— "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil", Anuario de Derecho Civil, 1970, págs. 9-121.

— "Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, vol. LVIII. Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer", Tomo I : "Las Legítimas", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

— Comentario del art. 829 C.c. ; en la obra colectiva : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigida por M. ALBALADEJO, tomo XI, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1982, págs. 342-360.

— Comentario de los artículos 841-847 C.c., en la obra colectiva : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigida por M. ALBALADEJO, tomo XI ; Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1982, págs. 489-516.

— "Panorama de Derecho de Sucesiones, II. Perspectiva dinámica", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.

— Comentario del art. 1051 C.c., en la obra colectiva dirigida por M. ALBALADEJO : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo XIV, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 98-105.

— Comentario de los arts. 1061 y 1062 del C.c., en la obra colectiva dirigida por M. ALBALADEJO : "Comentarios al Código Civil y Compilaciones

Forales", Tomo XIV, vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 384-410.

— "Constitución testamentaria de sociedad anónima entre los descendientes del causante en el Derecho Común español", Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1991, tomo XXX, vol.1º, págs. 561-603.

— Comentario de los arts. 821 y 822 C.c., en la obra colectiva: "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2038-2039.

— Comentario de los artículos 841-847 C.c., en la obra colectiva "Comentario del Código Civil", tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 2077-2084.

VALLET MÁS, L. M. :

— "El empresario creador y el futuro de su empresa", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXIV, 1984, págs. 193-250.

VALSECCHI, E. :

— "Trasferimento d' inmobile o trasferimento d'azienda ?". Rivista del Dirittto Commerciale, 1947 II. Págs. 190-203.

VALVERDE MADRID, J. :

— "De los gremios al empresario individual", Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXIV, págs. 21-44.

VANZETTI, A. :

— "Trent'anni di studi sull'azienda", Rivista del Diritto Commerciale, 1958 I. Págs. 32-64.

VARELA AUTRÁN, B. :

— "La sucesión de empresas en el Ordenamiento Laboral Español: sucesión mortis causa y supuestos especiales", Revista General del Derecho, 1996, págs. 591-622.

VATTIER FUENZALIDA, C. :

— "El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudio de los artículos 841 y 844 del Código Civil", en "Libro Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia", 1984, págs. 737-765.

VERDOT, R. :

— "La notion d'Acte d'Administration en Droit Privé Français" (thèse). La penseé universitaire, Aix-en-Provence, 1960.

VICENT CHULIÁ, F. :

— "Introducción al Derecho Mercantil", 10ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.

VICENTE Y GELLA, A. :

— "Curso de Derecho Mercantil Comparado", tomo I. Zaragoza, 1944.

VIDAL MARTÍNEZ , J. :

— "La transmission a cause de mort de l'entreprise familiale en Droit Français", Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, tome XLI, 1993, págs. 213-227.

— "Algunos aspectos de la regulación de la sucesión mortis causa en el Código Civil español que favorecen la creación y el mantenimiento de las unidades agrarias", Revista de Derecho Privado, 1979, págs. 546-558.

VIGUERA RUBIO, J. M. :

— "Los efectos de la declaración de quiebra" en la obra colectiva : "Derecho Mercantil II", coordinada por G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ariel, Barcelona, 1992, 2ª edición, págs. 633-643.

VOCINO, C. :

— "Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1942.

WALDNER, W. y RAUSCH, G. :

— "Das Testament des Unternehmers", Beck-Rechtsberater im Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1997.

ZARANDIETA, E. :

— "El menor en el Derecho Civil", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo CXXXVI, 1920, págs. 398-408.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FUTURO DE LA EMPRESA : EL NUEVO EMPRESARIO

SEGUNDA PARTE

LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA

LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA EN LA HERENCIA YACENTE

TERCERA PARTE
LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

CAPÍTULO PRIMERO
EL TESTAMENTO DEL EMPRESARIO

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INEXISTENCIA DE UN REGLAMENTO TESTAMENTARIO PARA LA EMPRESA : LA SUCESIÓN NO ORGANIZADA

CUARTA PARTE

EL PASIVO EMPRESARIAL EN LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

LA TRANSMISIÓN DEL PASIVO DE LA EMPRESA