

REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL DE LA CONDICIÓN JURÍDICA DE ARAGONÉS

PONENTE:

D. Vicente Santos Martínez
Catedrático de Derecho Mercantil

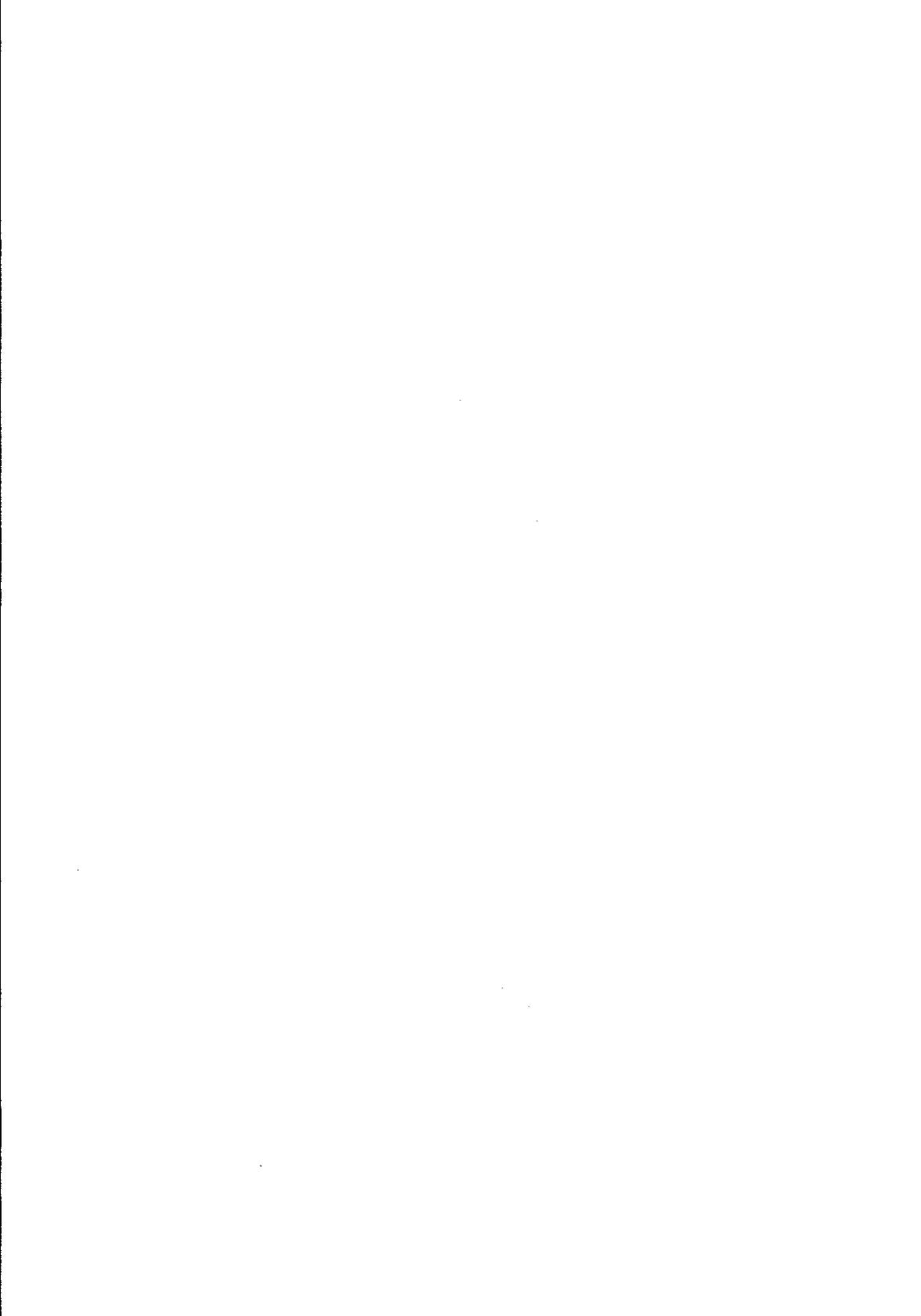
COPONENTES:

D. Pablo Casado Burbano
Registrador de la Propiedad

D. Eloy Jiménez Pérez
Notario

MODERADOR:

D. Honorio Romero Herrero
Notario



REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL DE LA CONDICIÓN JURÍDICA DE ARAGONÉS

por
Vicente SANTOS MARTÍNEZ (Ponente)
Pablo CASADO BURBANO y Eloy JIMÉNEZ PÉREZ (Coponentes)

Intervención de D. Vicente Santos Martínez

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA EDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL.

1. Planteamiento histórico y situación actual acerca de la edad requerida para el ejercicio de la actividad empresarial mercantil.
 - 1.1. Antecedentes históricos aragoneses y referencia especial al Código de comercio de 1829.
 - 1.2. El Código de comercio de 1885 y el Apéndice del Derecho foral de Aragón de 1925.
 - 1.3. La evolución posterior y la situación actual.
2. La capacidad del aragonés casado, menor de dieciocho años.
3. Las hipótesis del aragonés menor de dieciocho años, soltero, en relación con la titularidad de las actividades mercantiles.
 - 3.1. El menor que vive independientemente.
 - 3.2. El menor emancipado por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar o por concesión judicial.
 - 3.3. El menor continuador de la empresa adquirida *mortis causa*.

III. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PARA LOS CONTRATOS Y ACTOS MERCANTILES.

1. La aplicabilidad del Derecho civil propio de Aragón para determinar la capacidad en los contratos y actos mercantiles.
2. Problemas concernientes a la fundación de sociedades.
 - 2.1. Capacidad para fundar una sociedad o para participar en ella.
 - 2.2. Hipótesis del fundador casado.
 - A) Introducción y referencia al régimen paccionado.

B) Consideración especial del régimen matrimonial legal aragonés.

C) Sociedad entre cónyuges.

3. La capacidad cambiaria desde la óptica del Derecho aragonés.

IV. EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR PERSONA CASADA ARAGONESA.

1. Introducción y referencia a las fuentes aplicables.

2. El régimen económico matrimonial legal.

2.1. Consecuencias patrimoniales del ejercicio de la actividad empresarial.

2.2. Facultades dispositivas del empresario aragonés casado.

3. El respeto al régimen económico paccionado.

V. LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL.

1. Introducción y planteamiento.

2. El problema de la continuidad de la empresa: referencia a las soluciones.

3. El problema de la conservación de la empresa.

3.1. El legado de empresa.

3.2. El nombramiento de un heredero o sucesor único por medio de testamento.

3.3. El nombramiento de un heredero o sucesor único por medio de pacto sucesorio y la regulación de las situaciones transitorias en relación con la sucesión en la titularidad de la empresa mercantil.

3.4. La fiducia sucesoria.

3.5. La viudedad aragonesa en relación con la sucesión en la empresa mercantil.

3.6. La comunidad conyugal continuada.

Nota preliminar

El texto que aquí se transcribe corresponde a la ponencia que fue presentada en los *Encuentros* de 1997. En atención al objetivo y características de este escrito, se han eludido las notas a pie de página. No obstante, algunas que parecían inevitables, se han recogido, simplificándolas, dentro del texto que aquí se inserta. Un desarrollo más detallado, en parte reelaborado, del temario objeto de esta ponencia, con extremos y matices que aquí no se contienen, y con todo el aparato de notas a pie de página, será objeto de una edición especial.

I. INTRODUCCIÓN

En un momento, en 1945, en que el joven José Luis Lacruz Berdejo reflexionaba sobre la metodología del Derecho privado en Aragón (en *ADA* 1945, p. 105), formuló esta observación: «El Derecho aragonés es dificilísimo de conocer». Bastante tiempo después, otro indiscutible maestro del Derecho civil español, don José Castán Tobeñas —en un discurso que pronunció en la sesión académica del pleno de este Colegio de Abogados de Zaragoza con ocasión de la Compilación de 1967— reiteraba aquella observación de Lacruz sobre el Derecho aragonés y aun añadía: «Ello es cierto, y debo confesaros que yo no lo conozco a fondo». Si ofrece esa dificultad el Derecho aragonés —y así es, en efecto—, ¿qué puede hacer quien, como el ponente, no es más

que un modestísimo cultivador de otra área del Derecho? Sólo una gran osadía, junto con el deseo de atender a quienes han tenido la amabilidad de invitarle a participar en este Foro, podría explicar esta extraña situación de que venga a tratar de cuestiones en que entra en juego el Derecho civil aragonés quien ahora tiene la palabra.

Esto, no obstante, revela asimismo el sentido de mi comparecencia ante Vds. Acostumbrado como estoy al ejercicio de la función docente, debo decir abiertamente que no vengo aquí a ejercer tal función. Al contrario, vengo a aprender. Mi pretensión es bien sencilla: poner sobre el tapete unos cuantos datos, unas cuantas normas, unas cuantas cuestiones, y estar a la enseñanza que Vds. puedan proporcionarme para el mejor conocimiento del Derecho civil aragonés que, eso sí, desde mis años de recién licenciado ha suscitado mi interés.

¿Cuáles son esos datos y cuestiones, cuáles las instituciones sobre las que hemos de «encontrarnos» en este «encuentro»?

Hace años Jesús Delgado [*El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid (1974), p. 131] advertía que si se hiciera una investigación para señalar las normas de las Compilaciones cuya aplicación en materia mercantil pudiera en principio pretenderse, parece previsible que su resultado final mostraría que las líneas de incidencia más importantes, si no únicas, de los Derechos forales compilados en la materia mercantil se producen en temas de capacidad y ámbito de poder jurídico de la persona por razones familiares, es decir, consecuencias inmediatas del estado civil y de la organización familiar. No deben olvidarse los problemas de derecho sucesorio, aun cuando en ocasiones hayan de ser abordados desde el ángulo del Derecho de familia. En suma, a la vista de la Compilación del Derecho civil de Aragón, sin apartar la mirada del Derecho mercantil, parece obligado tratar de las cuestiones que figuran en el sumario.

II. LA EDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL

1. Planteamiento histórico y situación actual acerca de la edad requerida para el ejercicio de la actividad empresarial mercantil

Una de las manifestaciones más significativas de la repercusión que en el ámbito del Derecho mercantil pueda tener la condición jurídica aragonesa se halla, sin duda, a propósito de la edad requerida para lo que con la expresión tradicional se llama el «ejercicio del comercio» y que habría que designar hoy como «ejercicio de la actividad empresarial mercantil» (con expresión más acorde con el contenido que es obligado reconocer ahora en la «materia mercantil»). A cualquiera se le alcanza que particularmente va a interesar a este respecto la mayoría obtenida por matrimonio. Pero no se puede renunciar al examen del escalonamiento básico relativo al tratamiento de la edad —de las edades— en el Derecho aragonés. Con relación a ese entramado —con relación a las previsiones básicas de que se compone— debe ir interrogándose por la repercusión sobre la capacidad para el ejercicio de las actividades mercantiles. Y en un examen general resulta inevitable el recuerdo de los antecedentes históricos.

1.1. Antecedentes históricos aragoneses y referencia especial al Código de comercio de 1829

¿Cuál es, o cuáles son, las edades en las que el Derecho aragonés ha situado la mayoría?

No es procedente dar aquí detalles que han de quedar para mejor ocasión. Únicamente hemos de recordar que a la hora de concretar, teniendo en cuenta las fuentes históricas relativas a la edad, cuál sea aquella en que se alcanzara la mayoría en Aragón, se juega con dos edades: la de los catorce y la de los veinte años. Puede decirse que a los catorce años se adquiría una mayoría de edad imperfecta y se salía de la tutela, y a los veinte, o antes de esta edad al contraer matrimonio, se adquiría la mayoría plena. Y, como advierte Sancho Rebullida, tras una atenta revisión del Derecho histórico aragonés, la fijación de la mayoría de edad en los catorce años no implicaba un tránsito brusco de la incapacidad a la capacidad; significaba, «simplemente, el comienzo de una mayoría de edad restringida en que la capacidad es —al menos cualitativamente— la regla general»; una situación en la que comienza «una especie de *aprendizaje* o *entrenamiento* vigilado, aconsejado e intervenido, para así llegar mejor preparado y sin saltos bruscos a la plena capacidad de obrar fijada en los veinte años» («La edad en Derecho aragonés», en *Homenaje a Moneva*, p. 348).

Ahora bien, para los objetivos del presente trabajo, interesa situarse resueltamente en la época codificadora, época en la que en Aragón subsiste situado en los catorce años el comienzo de la mayoría de edad y en los veinte el comienzo de la mayoría de edad plena.

Y conviene advertir el contraste entre el empeño codificador y un ordenamiento como el aragonés. La codificación responde a la apetencia de constituir un sistema de normas basado en la razón, más que en la historia; la correspondiente rama del Derecho ha de quedar racionalmente concretada en un cuerpo legal. En España, como es bien sabido, la Constitución de 1812 estableció que «el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» (art. 258). Para los objetivos de este estudio, es la codificación mercantil española la que interesa tener presente ahora.

Cierto es que el impulso definitivo para la elaboración del Código de comercio y la promulgación de éste —por Real Cédula dada en Aranjuez el 30 de mayo de 1829— se producen cuando el régimen constitucional ha quedado abolido, esto es, ya en la llamada «década ominosa». Pero nuestro primer (y bien prestigioso) Código de comercio responde sin duda a la apetencia de una unificación que superara lo que se ha llamado «el estado caótico de la legislación mercantil española» de aquella época de finales del XVIII y comienzos del XIX (Langle, *Manual*, tomo I, pp. 200-201).

Pues bien, dentro de este marco histórico-legislativo, el art. 3 del Código de Sáinz de Andino establece: «Toda persona que según las leyes comunes tiene capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio.» El texto del art. 3 plantea la cuestión del sentido (en definitiva, del alcance) que haya de atribuirse a la expresión «leyes comunes».

En la literatura de la época puede advertirse la interpretación según la cual por tal habría que entender, sencillamente, el Derecho civil o las leyes civiles. Esto tal vez pueda inducir a un jurista de las postrimerías del siglo XX a pensar que el Código de Sáinz de Andino respetaba las peculiaridades que a propósito de la mayoría de edad pudieran existir en los derechos civiles de los territorios españoles, y, por tanto, las aragonesas. (Los veinticinco años como mayoría de edad parece que puede considerarse entonces generalizada en los territorios españoles, salvo en Aragón). Pero resulta muy difícil (por no decir imposible) mantener que fuera ése el sentido con que el texto del art. 3 utilizara la referencia a las «leyes comunes». Parece obligado enten-

der que la mayoría de edad en la que piensa el art. 3 del Código de 1829 es la de las Partidas, esto es, la de los veinticinco años que acabó por prevalecer en el Derecho común. (Cfr. art. 6 del mismo Código).

Ahora bien, frente a la mayoría de edad de los veinticinco años, que da por sentada el artículo 6, las previsiones especiales contenidas en los artículos 4 y 5 del mismo Código pueden ofrecer cierto interés para el jurista aragonés. En ellos, en efecto, entra en juego la edad de los veinte años, tan significativa en el derecho de esta tierra. El art. 4 admite la posibilidad de que ejerza el comercio el «hijo de familias mayor de veinte años», en quien concurran las circunstancias que indica. El art. 5 contempla la hipótesis del ejercicio del comercio por «la mujer casada, mayor de veinte años, que tenga para ello autorización expresa de su marido, dada en escritura pública, o bien estando separada legítimamente de su cohabitación» —mujer a la que el párrafo segundo del mismo artículo designa con el castizo nombre de «mercadera»—.

1.2. *El Código de comercio de 1885 y el Apéndice del Derecho foral de Aragón de 1925*

Promulgado en 22 de agosto de 1885 un nuevo Código de comercio, la mayoría de edad mercantil queda fijada directa y expresamente en los veintiún años. El art. 4 del Código de 1885, en su redacción inicial, decía:

«Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes:

- 1.º Haber cumplido la edad de veintiún años.
- 2.º No estar sujetas a la potestad del padre o de la madre ni a la autoridad marital.
- 3.º Tener la libre disposición de sus bienes.»

Dado que la primera fuente de la materia mercantil es la propia ley mercantil y, en particular, la ley mercantil por antonomasia, que es el Código de comercio (cfr. art. 2), la exigencia de los veintiún años para el ejercicio del comercio había de considerarse aplicable con independencia de la señalada como mayoría de edad por el Derecho civil. Esa «mayoría de edad mercantil» de los veintiún años supuso un recorte notable respecto a la edad que, según hemos visto, parece que puede considerarse generalizada cuando estaba vigente el anterior Código de comercio y cuando llega el de 1885: la de los veinticinco. Pero también supuso una rebaja en relación con la mayoría de edad que poco después —en 1888-1889— establecería el Código civil, que fue la de los veintitrés (art. 320).

La mayoría jurídico-mercantil, no llegó, como se ve, a la tradicional mayoría civil aragonesa de los veinte años. Con todo, no parece que sean muy diversas —salvando todas las distancias que haya que salvar— las concepciones de nuestro Código de comercio de 1885 —en cuya promoción jugó tan relevante papel la ideología liberal e individualista propias de la época— y las tradicionales concepciones aragonesas de la libertad civil, al amparo de las cuales es posible obtener una explicación satisfactoria de la mayoría de edad propia de este territorio.

Ahora bien, esto sentado, téngase en cuenta que art. 1.º del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 dispuso que el Código de comercio «se observará como Ley en la Península e Islas adyacentes, desde el primero de enero de mil ochocientos ochenta y seis». ¿Qué mayoría de edad iba a ser aplicable a los aragoneses a efectos del ejercicio del comercio, una vez en vigor el nuevo Código de comercio?

No hay que olvidar las pretensiones de la era codificadora: encerrar en un cuerpo legal toda una rama del derecho. No parece que los planteamientos de la segunda codificación mercantil española permitan hurtarse a la exigencia de los veintiún años para ejercer el comercio, explícitamente formulada en el art. 4, núm. 1.º, del Código de 1885. Ni siquiera cuando, unos cuarenta años después, en el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, aprobado por Real Decreto-Ley de 7 de diciembre de 1925 —en vigor desde el 2 de enero de 1926— viniera a quedar consagrada la mayoría de edad aragonesa en los veinte años (art. 10). No era prudente dejarse llevar por razonamientos voluntaristas forzando la nítida exigencia de los veintiún años para el ejercicio del comercio formulada en el Código de comercio.

1.3. *La evolución posterior y la situación actual*

La continuación de la historia es bien conocida: la unificación de la mayoría de edad en España en los veintiún años y la rebaja hasta los dieciocho actuales. Mas, aunque se trate de datos tan conocidos, es obligado dejar constancia de ellos y, en particular, tener bien presente el cambio producido en 1975 en el texto del art. 4 del Código de comercio, sin olvidar, en fin, las orientaciones actuales en cuanto al régimen jurídico de los menores.

El art. 1 de la Ley de 13 de diciembre de 1943 (BOE 15 dicbre.; RCL 1616) sobre fijación de la mayoría de edad civil, dispuso, en el art. 1: «A los efectos civiles, la mayor edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos.» Se unifica la mayoría de edad civil —aunque se deja a salvo la particularidad del Derecho aragonés, relativa a la mayoría por matrimonio— y se armonizan la mayoría civil y la mercantil. Lo que para otros españoles fue una rebaja en la mayoría de edad, supuso, en cambio, para los aragoneses el retraso en un año. De nada valió el voto en contra que al respecto formulara en las Cortes el Capitán General de Aragón.

En 1975, cuando se reforma el régimen jurídico de la mujer casada y se modifican los correspondientes artículos, tanto del Código civil como del Código de comercio, por la Ley 14/1975, de 2 de mayo (BOE 5 de mayo; RCL 913), se da también nueva redacción al artículo 4 del Código de comercio. El número 2.º de este artículo, en cuanto exigía a la persona que hubiera de ejercer el comercio que no estuviera sometida a la autoridad del padre o de la madre, carecía de sentido después de haberse igualado la mayoría de edad civil y la mercantil; y en cuanto exigía no estar sujeta «a la autoridad marital», no podía subsistir al suprimirse la licencia marital. Pero el legislador no se limita a eliminar ese número 2.º, sino que simplifica el texto del artículo, que pasa a decir, simplemente: «Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes.» Al reemplazar la directa expresión de la edad —veintiún años— por la referencia formal a la mayoría de edad, queda eliminada de raíz la posible discordancia entre el derecho civil y el mercantil en este punto.

En 1978 va a quedar fijado, en fin, el régimen vigente hoy en cuanto a la mayoría de edad. El Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad (BOE 17 noviembre; RCL 2494), dispuso en el art. 1: «La mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos.» Aparte de las modificaciones que produjo en los correspondientes artículos del Código civil y aun del Código de comercio (en éste, la relativa al art. 5), tiene este decreto-ley especial interés para el Derecho aragonés en cuanto estableció —en el art. 4— que los artículos 6.º, 27 y 99, apartado 1, de la Compilación de 1967 quedarán modificados sustituyéndose la expresión «veintiún años» por «dieciocho años».

La Constitución, en fin, declara, como es bien sabido, que «los españoles son mayores de edad a los dieciocho años» —art. 12—, pero con la salvedad que formula la disposición adicional 2.ª, a la que nos referimos dentro de poco.

Queda claro, pues, que no hay diferencia en el momento presente entre los aragoneses y el resto de los españoles en cuanto a la edad en principio requerida para ejercer la actividad mercantil, o, si así se prefiere, para ser titular ejerciente de un negocio o empresa mercantil.

2. La capacidad del aragonés casado, menor de dieciocho años

La mayoría de edad por razón de matrimonio, que hoy se nos muestra en consonancia con las actuales orientaciones acerca del tratamiento jurídico de la minoría de edad, constituye una peculiaridad del Derecho aragonés cuya más remota antigüedad no se halla determinada con certidumbre.

El Apéndice de 1925 recoge la tradición aragonesa y en el art. 10, núm. 2.º, afirma que son mayores de edad «los menores de veinte años desde el momento en que contraen matrimonio.» La Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre fijación de la mayoría de edad civil, que, como ya hemos recordado, estableció ésta en los veintiún años, declaró en el art. 3 subsistente lo dispuesto en aquel texto del Apéndice, si bien entendiéndose referida a los veintiún años la cita de los veinte. En fin, el art. 4 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, aprobada por la Ley 15/1967, de 8 de abril (y adoptada e integrada en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón), declara: «Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio.»

La subsistencia de esta peculiaridad del Derecho aragonés tiene el respaldo de la Constitución de 1978. En la disposición adicional segunda se advierte que «la declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado.» Esta adicional se introdujo en la tramitación parlamentaria por la vía de una enmienda *in voce* que defendió el senador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer en la sesión de la Comisión del Senado. Dentro del «Derecho privado» al que alude la disposición debe considerarse situado, a estos efectos, y sin duda, el Derecho mercantil, por muchas que sean las normas jurídico-públicas que asimismo se inserten hoy en el entramado de esta rama del Derecho.

Ahora bien, conviene advertir que el ámbito de aplicación del art. 4 de la Compilación podría quedar restringido a consecuencia del juego de normas del Código civil aplicables en Aragón (así, arts. 46.1.º y 48, párrafo 2.º, Cód. civ.) y también, cuando se trate del matrimonio canónico, a consecuencia de las normas propias de éste aplicables en España. Aunque el canon 1083 del Código de Derecho Canónico de 1983 admite que puedan contraer matrimonio *válido* el varón desde los dieciséis años y la mujer desde los catorce (párrafo primero), admite también que la Conferencia Episcopal establezca una edad superior para la celebración *lícita* del matrimonio (párrafo segundo). Y el Decreto General de la Conferencia Episcopal Española, de 26 de noviembre de 1983 (*recognitio* 26 de mayo de 1984) sobre las Normas complementarias al Nuevo Código, con el propósito (cabe pensarlo así) de armonizar en este punto el régimen del matrimonio canónico con el del matrimonio civil, dispone, en el art. 11: «No podrán contraer lícitamente matrimonio el varón y la mujer que no hayan cumplido 18 años.» Obsérvese, no obstante, que esta norma de la Conferencia Episcopal Española se refiere a la licitud, no a la validez del matrimonio.

Admitida la peculiaridad aragonesa de la consecución de la verdadera mayoría de edad por matrimonio, hay que reconocer que la argumentación que suele darse para justificarla resulta extensible, en principio, a cualquier otro territorio español. Se ha dicho que quien es capaz para uno de los actos más trascendentales de la vida, capaz ha de entenderse también para otros menos importantes y además necesarios para el cumplimiento de los deberes inherentes a su nuevo estado.

Conviene advertir, por lo demás, que en vez de la afirmación directa de la mayoría que contenía el Apéndice de 1925 —«Son mayores de edad»— la Compilación emplea una frase —«Tendrán la consideración de mayores de edad»— que pudiera plantear alguna dificultad interpretativa acerca de su verdadero alcance. Con ocasión de la elaboración de la que sería Ley de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985 se pensó corregir el texto de 1967. Debe entenderse éste, no obstante, en el sentido de que los casados aragoneses, menores de dieciocho años, han alcanzado, por el casamiento, la mayoría de edad.

Y éste es el sentido que ha de tenerse en cuenta a la hora de examinar las repercusiones que sobre el ámbito jurídico-mercantil proyecta la condición jurídica aragonesa. La situación jurídica del aragonés menor de dieciocho años y casado no es la situación de la emancipación proclamada por el Código civil en los arts. 314, núm. 2.º y 316 («El matrimonio produce de derecho la emancipación»). El aragonés casado no es un emancipado, sino, resultantemente, un mayor de edad, al que no afectan ninguna de las limitaciones que pesan sobre el emancipado. Es obligado entender que tiene la capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio a la que aluden el art. 1, núm. 1.º, y el art. 4 del Código de comercio. El art. 4 de la Compilación aragonesa integra el supuesto de hecho del art. 4 del Código de comercio, pues los aragoneses casados, sin distinciones por razón de la edad, son «mayores de edad».

El aragonés casado menor de dieciocho años, que se dedique al comercio, puede, por tanto, ser inscrito en el Registro Mercantil, si solicita la inmatriculación (cfr. arts. 16.1.1.º y 19.1 Cód. com. y arts. 87 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil —en adelante RRM— de 1996). Por supuesto, la inscripción para él —como para el mayor de dieciocho años que se dedique al ejercicio de actividades mercantiles— es, como regla general, potestativa. Obligatoria sería en el caso de que su actividad empresarial fuera la de naviero [art. 19.1 Cód. com. y art. 81.1.a) RRM]. Por otra parte, en la hipótesis de suspensión de pagos o quiebra, también habría que contar con la inscripción prevista en el art. 322.1 RRM. No hay que olvidar, además, que el cónyuge del empresario puede solicitar la inscripción de éste a los efectos de la repercusión patrimonial de la actividad mercantil (art. 88.3 RRM, de cuya aplicabilidad respecto al empresario aragonés trataremos más adelante). Pero todas éstas son previsiones comunes a todos los empresarios individuales españoles, esto es, derivadas de su condición de empresario y no ya de su condición de aragonés.

En la mayoría de los casos, faltará la inscripción en el Registro Mercantil y entrará en juego, sin más, la publicidad de hecho para reconocer a ese casado, como a cualquier otro ejerciente de la actividad mercantil, la condición de empresario. Pero hay que advertir que muy fácilmente se producirá asimismo una publicidad que también se puede calificar de legal o de derecho: la del art. 3 del Código de comercio. En efecto, si el casado anuncia su establecimiento por medio de «circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera», se dará la «presunción legal del ejercicio habitual del comercio» y debe entenderse, pues, que concurren en ese anunciante los dos requisitos para ser considerado empresario según el art. 1.1.º Cód. com.: el requisito subjetivo de la capacidad y el requisito objeti-

vo resuelto en la dedicación habitual al comercio. Si el empresario (por la razón que sea) se encuentra acogido a la publicidad registral mercantil, entrará en juego no simplemente la correspondiente inscripción, sino la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, como instrumentos asimismo de publicidad y prueba de la condición de empresario.

3. Las hipótesis del aragonés menor de dieciocho años, soltero, en relación con la titularidad de las actividades mercantiles.

No creemos que, en principio, pueda considerarse en posesión de la «capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio», requerida por el Código de comercio, al aragonés menor de dieciocho años, soltero, aunque viva independientemente de sus padres. Tampoco cuando haya sido emancipado por concesión. En rigor, la inequívoca posibilidad de que un aragonés menor y soltero llegue a ser verdadero titular de una empresa mercantil, hoy por hoy, viene de la mano del art. 5 del Código de comercio. Pero procede examinar en particular cada uno de estos supuestos.

3.1. El menor que vive independientemente

La situación estaba prevista particularmente en el Apéndice de 1925 (art. 3). En la Compilación de 1967 el art. 5.3 previene: «El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independientemente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes.» Es inevitable el recuerdo del art. 319 del Código civil, si bien deben advertirse igualmente las diferencias entre un texto legal y otro. Hay diferencias en cuanto a la delimitación del supuesto de hecho: catorce años en la Compilación, y dieciséis en el Código civil; «beneplácito» de los padres o mediación de «justa causa», en aquélla, y «consentimiento» en éste. También las hay en cuanto a la indicación de las consecuencias de derecho: «la libre administración de todos sus bienes» según la Compilación, y reputar al hijo «para todos los efectos como emancipado» según el Código civil. Por lo demás, por «vida independiente» debe entenderse, según la interpretación que parece más sólida, no necesariamente una separación de domicilio o residencia, sino una autonomía económica, que puede darse aun conviviendo el hijo con sus padres.

Pues bien, José Luis Merino Hernández mantiene que en el caso del aragonés mayor de catorce años que lleva vida independiente de sus padres nos encontramos «ante un claro, aunque encubierto, supuesto de mayoría de edad anticipada.» Ese aragonés mayor de catorce años y menor de edad, que vive con independencia de los padres o protectores, «no sólo tiene una total autonomía patrimonial (pues tiene la propiedad, el usufructo y la administración de todos sus bienes) y comercial, sino también una total y absoluta libertad y autonomía en el orden de las relaciones personales con sus padres o protectores.» «El aragonés de vida independiente —concluye Merino— es un mayor de edad.» [Véanse, de este autor: comentarios al art. 5 Comp., en los *Comentarios Cód. civ. y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo); «Mayoría de edad por vida independiente en el Derecho Aragonés», en *RCDI* núm. 532, pp. 587 y ss.; *Aragón y su Derecho*, 2.ª ed., pp. 37-38].

Se ha advertido, sin embargo, por Sancho Rebullida y De Pablo Contreras [en los *Comentarios a la Compilación* (dir. J. L. Lacruz)], que en el supuesto del menor que lleva vida independiente «subsiste la autoridad paterna (que no es algo rígido e inflexible, igual en todos los casos: el art. 9.1 habla, con gran propiedad, de "la adecuada au-

toridad familiar"») y que «el propio beneplácito de los padres y su posible revocación forman parte del deber de crianza y educación de los padres»; «la posibilidad de que se produzcan los efectos prevenidos en el art. 5.3 de la Compilación sin tal beneplácito, existiendo *justa causa*, conduce a entender esta última en relación con el deber de educación de los padres y presupone la subsistencia de la autoridad familiar y la consiguiente facultad de aquéllos para poner fin a la vida independiente del menor: aún sin asentimiento de sus padres puede el hijo seguir viviendo independientemente de ellos cuando tal cosa sea buena —objetivamente— para el menor.»

Sentado todo lo anterior, es obligado tener en cuenta el art. 319 del Código civil, que, según Delgado Echeverría (en *Elementos Dcho. civil* de J. L. Lacruz, I, *Parte general*, vol. 2.º, Barcelona, 1983, pp. 76-78), viene a configurar una clase de emancipación, equiparada a la que se alcanza por concesión de quienes ejercen la patria potestad, con los efectos genéricos de toda emancipación (los del art. 323), aunque «con notables peculiaridades». Es obligado tenerlo en cuenta porque, como indican Sancho Rebullida y De Pablo Contreras [en *Comentarios Compilación* (dir. J. L. Lacruz)], ese art. 319 del Cód. civ., que formula consecuencias jurídicas más favorables al menor que las que resultan del art. 5.3 de la Compilación, parece aplicable en Aragón (téngase en cuenta asimismo el art. 1.2 Comp.). Así las cosas, debe distinguirse, siguiendo a estos mismos autores, las tres situaciones o supuestos que seguidamente indicamos. Se trata de resolver, con respecto a cada una de ellos, si el menor de vida independiente tiene o no la «capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio» requerida por el art. 4 del Código de comercio:

1.º) Aragonés mayor de catorce años y menor de dieciocho que, con beneplácito de sus padres o mediando *justa causa*, viva independientemente de ellos. Tiene sin duda la libre administración de todos sus bienes, pero necesitará la asistencia prevista en el art. 5.1 de la Compilación para los actos de disposición. Tal situación, que puede considerarse la genérica del menor aragonés de vida independiente, es, a mi juicio, incompatible con la capacidad requerida para el ejercicio habitual del comercio o de la actividad empresarial mercantil. (Véase Ricardo Giménez Martín, en *Actas Primeros Encuentros Foro de Derecho Aragonés*, p. 59).

2.º) Aragonés mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que con el consentimiento de sus padres vive independientemente de éstos (como prevé el art. 319 del Código civil). Además de tener la libre administración de todos sus bienes, por aplicación del art. 5.3 de la Compilación, podrá «regir su persona y bienes como si fuera mayor» (art. 323 del C. civ.). En consecuencia, según Sancho Rebullida y De Pablo Contreras, no necesitará asistencia sino para celebrar los actos y contratos mencionados en el propio art. 323 del C. civ.: tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar inmuebles y establecimientos mercantiles, industriales u objetos de extraordinario valor; pero le bastará con la «asistencia» de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la junta de parientes, de acuerdo con el art. 5.1 de la Compilación (no precisa el «consentimiento» a que alude el art. 323 del C. civ.). Dada esa situación y ese tratamiento, resulta difícil considerarle como verdadero «mayor de edad» (el C. civ. le trata «como si» fuera mayor, lo que implica el reconocimiento de que no lo es realmente); no tiene la (completa) «libre disposición de sus bienes» propia de un verdadero mayor de edad. Así pues, cabe entender que tampoco está en posesión de la capacidad exigida por el art. 4 del Código de comercio para el ejercicio habitual del comercio. Recuérdesse, en efecto, que éste requiere «la libre disposición de sus bienes» sin hacer distinguos, de modo que el intérprete tampoco debe hacerlos. Téngase en cuenta, además, que dentro de la prohibición de que el emancipado tome por sí solo dinero a

préstamo pueden entrar operaciones de crédito propias de las actividades empresariales. No olvidemos, además, que la revocabilidad del «consentimiento» previsto por el art. 319 del Código civil, como del «beneplácito» a que alude el art. 5.3 de la Compilación, contienen un factor de inseguridad que induce asimismo a negar al menor que se halla en tal situación las condiciones exigidas para el ejercicio, como titular, de la actividad empresarial. Esta doctrina, por más que pueda disgustarnos, parece hoy por hoy la más sólida, la más respetuosa con el ordenamiento jurídico-positivo.

3.º) Aragonés mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que, sin el beneplácito de sus padres, pero mediando justa causa, vive independientemente de ellos. Como advierten Sancho Rebullida y De Pablo Contreras, no será de aplicación el art. 319 del C. civ., sino el art. 5.3 de la Compilación, con los efectos que éste previene, como se indica a propósito del supuesto 1.º. La conclusión, a efectos de la capacidad para el ejercicio habitual del comercio, debe ser, entonces (nos guste o no), la misma allí indicada, esto es, la carencia de la capacidad requerida por el Código de comercio para el ejercicio habitual del comercio.

No negamos que estas consecuencias, y especialmente las concernientes a las dos últimas situaciones, pueden resultar indeseables en muchos casos. Pero no se puede reemplazar lo que resulte *de lege lata* por lo que se prefiera *de lege ferenda*. Otra cosa sería, pues, la oportunidad de una revisión legislativa, incluso en el Derecho llamado «común», que llegara a mayores cotas en la equiparación de los menores que viven independientemente (y de los emancipados) con los mayores de edad, o —mejor aún— que contemplara expresamente a esos efectos la situación del menor empresario.

3.2. *El menor emancipado por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar o por concesión judicial*

El inciso «aunque no esté emancipado» que contiene el art. 5.1 de la Compilación, ha permitido a la doctrina admitir abiertamente la posibilidad de la emancipación en el Derecho aragonés, ya por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar, ya por concesión de la autoridad judicial. La cuestión no era fácil de resolver, dado que en Aragón *de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem* y, por tanto, parecía fuera de lugar regular la emancipación. Pero, en el estado actual del desarrollo del derecho civil aragonés, debe contarse con la posibilidad de la emancipación, bien que no sometida servilmente a la regulación del Código civil, sino adaptada a las características jurídico-civiles aragonesas. En esa adaptación se propugna sustituir la expresión «concesión de quienes ejerzan la patria potestad», que se halla en el art. 317 C. civ., por «concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar»; la edad de dieciséis años que figuran en los arts. 317 y 324 C. civ., por la de catorce años, a la que se refiere el art. 5 de la Compilación; y el «consentimiento» de que habla el art. 323 C.c., por la «asistencia» de las personas a que se refiere el art. 5 de la Compilación. (F. A. Sancho Rebullida y P. de Pablo Contreras, en los *Comentarios* cit. al art. 5, p. 367-368).

Ahora bien, el notario Merino Hernández ha llegado no sólo a admitir tal concesión en el Derecho aragonés, sino a considerarla como otro caso de acceso a la plena capacidad civil. No se trataría, según este punto de vista, de un supuesto de emancipación, sino de verdadera mayoría de edad. Entre otros argumentos (en cuyo detalle es imposible entrar aquí) interpreta la mención que el art. 5.1 de la Compilación hace de la emancipación en el sentido más amplio, esto es, «no en el sentido restrictivo de concesión limitada de los beneficios de la mayoría de edad, sino en el más amplio de

extinción total y absoluta de la autoridad parental sobre el menor beneficiario». [Para el pensamiento de José Luis Merino a este respecto, véanse: su comentario al art. 4, en los *Comentarios* cit. (dir. M. Albaladejo), pp. 64 y ss.; ya antes, su trabajo «Mayoría de edad en Aragón por concesión expresa», en *Boletín Colegio Abogados Zaragoza*, año XVIII, núm. 68, 1 enero 1978, pp. 5 y ss.; y su libro *Aragón y su Derecho* cit., pp. 36-37]. Pero, aparte de otros argumentos, la construcción misma del apartado 1 del art. 5 revela que la Compilación se está refiriendo a un «menor»; es —advierten Sancho Rebullida y De Pablo Contreras [en *Comentarios* al art. 5 (dir. J. L. Lacruz)]— como si se hubiera redactado diciendo «el menor de edad, cumplidos los catorce años, esté o no emancipado...». Aduce también Merino que «si el aragonés que lleva vida independiente de sus padres (art. 5, 3.º) con anterioridad a los dieciocho años, puede ser considerado como un mayor de edad «por concesión tácita» de aquéllos, ningún problema debe haber para admitir la «concesión expresa» de la mayoría de edad anticipada.» Pero ya hemos visto que el menor que vive independiente (con el alcance que hay que dar a este vocablo) no es, en rigor, un verdadero mayor de edad.

En definitiva, parece hoy por hoy opinión más sólida, y aunque no resulte inmune a la controversia, la que considera al menor emancipado, aunque sea aragonés, carente de la capacidad exigida por el Código de comercio (art. 4) para el ejercicio habitual, en concepto de titular, de la actividad empresarial mercantil: ser mayor de edad y tener la libre disposición de sus bienes.

En efecto, observemos, ante todo, que el emancipado no es, en rigor, un verdadero «mayor de edad». Está habilitado para regir su persona y bienes «como si» fuera mayor —por decirlo con las palabras del art. art. 323 C. civ.—, con lo que se está dando a entender que no es aún un verdadero «mayor de edad». No tiene tampoco la libre o completa disposición de sus bienes. Aunque haya que adaptar el art. 323 C. civ. a los principios jurídicos del ordenamiento aragonés y a los mecanismos en éste previstos, hay que contar con las limitaciones establecidas en ese artículo, que contiene, por decirlo con las autorizadas palabras Rodrigo Bercovitz, «el estatuto básico del menor emancipado» (prólogo al libro de Nazareth Pérez de Castro, *El menor emancipado*, p. 11). Así pues, no puede el emancipado, por sí solo, tomar dinero a préstamo, de modo que, en principio, no podría, mediante esa actuación suya aislada, obtener un préstamo bancario, por ejemplo; no debe ignorarse, además, que la expresión del Código civil —«no podrá tomar dinero a préstamo»— se ha entendido que alcanza a todos aquellos actos que tengan la misma finalidad como es, por ejemplo, la apertura de crédito en cuenta corriente (Lete del Río, en *Comentarios C. civ. y Compilaciones*, t. IV, p. 405), negocio jurídico tan socorrido en las actividades empresariales. No puede tampoco el emancipado, por sí solo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor —desde obras de arte hasta patentes, por ejemplo, como observa el prof. Illescas [en *Derecho mercantil*, coord. Jiménez Sánchez, tomo I (3.ª ed., Barcelona, 1995), p. 96]—. Si es aragonés, necesitaría para esos actos mencionados en el art. 323 C. civ., no el «consentimiento» de los padres o del curador que ese texto legal indica, pero sí la «asistencia» de uno cualquiera de los padres, del tutor o de la junta de parientes (art. 5.1 Compilación) (Sancho y De Pablo, en *Comentarios Compilación*). Aunque en aquel conjunto de previsiones del art. 323 C. civ. no falten las que sobrepasen el giro o tráfico ordinario de buen número de negocios mercantiles, la situación del menor emancipado, en suma, no se compagina bien con la autonomía económica requerida para el ejercicio de la empresa en cuanto titular.

3.3. El menor continuador de la empresa adquirida mortis causa

La posibilidad de que un menor sea titular de una empresa mercantil sí que está abierta para el caso de que llegue a ser sucesor *mortis causa* en tal titularidad. Se trata de la hipótesis expresamente contemplada por el art. 5 del Código de comercio: «Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o mas factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.» Como empresario que es (la empresa se ejerce en su nombre), el RRM prevé expresamente su inscripción, que deberá ser solicitada «por quien ostente su guarda o representación legal» (art. 88.2); inscripción a cuyo contenido el propio Reglamento dedica la correspondiente atención (art. 91).

La justificación de la previsión del art. 5 C. com. es bien conocida: se trata de posibilitar o asegurar la continuidad, en definitiva, la conservación, de la empresa, con lo que ello supone de atención a los intereses generales, aparte de atender asimismo al interés del propio menor o incapacitado. Es así como se explica esta excepción (que tal vez no sea la única) a lo establecido en el art. 4 del Código de comercio.

En la aplicación del art. 5 de este Código al ámbito jurídico aragonés se plantean aquí varias cuestiones:

a) En cuanto a los supuestos de hecho, comencemos por recordar que se trata de la sucesión *mortis causa* en la titularidad de una empresa mercantil (cfr. art. 91.3 RRM). Cabe que la sucesión sea intestada o testamentaria, a título de herencia o a título de legado. Pero, tratándose de Aragón, ¿deberá entenderse integrado asimismo en el (posible) supuesto de hecho la sucesión contractual o paccionada? La cuestión (que ya fue apuntada por el notario Ricardo Giménez Martín en los Primeros Encuentros de este Foro) entiendo que debe ser resuelta en sentido afirmativo.

b) ¿Qué significado que hay que atribuir en Aragón a los «guardadores» aludidos por el art. 5 Cód. com.? La vaguedad o imprecisión de ese vocablo parece responder a un buen propósito de política legislativa y permite, a mi juicio, englobar a aquellas personas a quienes, en virtud del Derecho aragonés, corresponda ejercer la autoridad familiar o la función protectora del menor. Por otra parte, es ésta una cuestión en la que procede aplicar la ley personal según el Código civil (arg. arts. 16.1.1.º, 14.1 y 9.1 C. civ.).

Mas para concretar quiénes sean los «guardadores» hay que hacerse cargo de los supuestos que abarca la primera proposición del art. 5 del Código de comercio, esto es, hay que distinguir según que los causantes sean los padres u otra persona:

- si quien fallece es uno de los padres, será el supérstite quien asuma la dirección del negocio mercantil, aunque, claro es, por cuenta y en nombre del hijo;
- fallecidos ambos padres, podrán ser los abuelos, los hermanos mayores o el cónyuge no progenitor del bñubo premuerto, salvo previsión en contrario de los mismos padres o de alguno de ellos (art. 10.1 Compilación); cabe pensar incluso en el tutor (art. 222 C. civ.);
- si el causante es persona distinta de los padres, habrán de ser éstos quienes asuman la dirección del negocio mercantil (arg. art. 12 Compilación).

En todo caso, los «guardadores» ejercerán la actividad mercantil por cuenta y en

nombre del menor (o incapacitado), de modo que es éste el «comerciante» o «empresario». Es él el titular de la empresa y quien como tal es inscrito, dado el caso, en el Registro Mercantil (arts. 88.2 y 91 RRM, ya citados).

En fin, si los «guardadores» carecieren de la capacidad para comerciar (supuesto extraño) o tuvieran alguna incompatibilidad (supuesto que es más fácil que se dé), recuérdese que el propio art. 5 C.com. ofrece la solución: «nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio».

c) Pero en el Derecho aragonés hay una previsión que ineludiblemente debe tenerse en cuenta: la relativa al menor que haya cumplido los catorce años. Entonces puede «celebrar por sí toda clase de actos y contratos», si bien con la «asistencia» (que no «consentimiento») de la persona o personas que se indican (véase el art. 5, apartados 1 y 2 Comp.). Es preciso, empero, a este respecto, contar con la distinción, tan significativa para el Derecho mercantil, entre los «actos» aislados y la «actividad», concepto este último jurídicamente relevante (véase V. Panuccio, *Teoría jurídica dell'impresa*, pp. 97 y ss.) que no se resuelve en una simple suma o yuxtaposición de actos, sino que alcanza una significación propia como tal conjunto. Para los actos y contratos aislados (que, claro es, pueden ser mercantiles) no cabe duda de que ese menor sea el protagonista jurídicamente legitimado, aunque necesite la asistencia indicada. Pero ¿cabe decir lo mismo respecto a la «actividad» empresarial mercantil? ¿Podrá acaso desarrollar esta actividad por sí solo, con tal de que cuente con una «asistencia» genérica, referida, en general, a todos los actos de que se componga esa actividad? En caso afirmativo, la solución que establece el art. 5 del C. com. quedaría abiertamente eludida: no serían ya los «guardadores», sino el propio menor el protagonista directo de las actividades mercantiles. La propia doctrina civilista encuentra dificultades para la admisibilidad de una asistencia general, ya con referencia al ejercicio del comercio (véase J. Delgado Echeverría, en *ADA* 1970-1971, pp. 103-104), ya para otras actuaciones jurídico-mercantiles (véase J. L. Merino, en *Comentarios*, art. 5, p. 75, con referencia a las actuaciones del hijo como socio o como administrador social). La solución que parece más sólida, en definitiva —aunque, como observa el prof. Delgado Echeverría, no resulte coherente con el Derecho aragonés—, es, a mi modo de ver, la que admita la aplicación del art. 5 C. com. integrando la invocación de los «guardadores» que en ese texto se contiene con la persona o personas a cuya asistencia se refiere el art. 5 Comp.

En fin, si el menor de dieciocho años que adquiere la empresa por vía *mortis causa* está casado, ya no hay lugar aplicar el art. 5 C. com. No se da el supuesto de hecho de este artículo, sencillamente porque ese sucesor *mortis causa* es ya un «mayor» (art. 4 Compilación). Puede, pues, continuar el comercio o empresa por sí solo, sin necesidad de «guardadores».

III. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PARA LOS CONTRATOS Y ACTOS MERCANTILES

1. La aplicabilidad del Derecho civil propio de Aragón para determinar la capacidad en los contratos y actos mercantiles

La capacidad para celebrar contratos y realizar actos mercantiles no debe ser confundida, a la vista de nuestro derecho positivo, con la capacidad para ejercer la

actividad mercantil como empresario. Atendida ésta por el art. 4 del Código de comercio, ahora hemos de tener en cuenta el art. 50 del mismo Código. Es menester recordar el texto de este artículo y observar la referencia que en él se hace a la capacidad: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común.» El antecedente de este texto legal de 1885 se halla en el art. 234 del Código de 1829.

En una primera lectura pudiera parecer que el artículo 50 del Código vigente no está en buena armonía con el art. 2, en donde el orden de prelación de las fuentes aplicables a la «materia mercantil» es: 1.º, Código de comercio, esto es, ley mercantil; 2.º, usos del comercio; y 3.º, derecho común. ¿Es que el art. 50 expulsa a los usos del cuadro de normas aplicables a esas cuestiones concernientes al derecho de la contratación? ¿Y no sería ello extraño cuando precisamente es en el ámbito de la contratación donde por excelencia se generan y configuran los usos de comercio y en particular los usos normativos, que son los que ahora interesan?

La solución hoy es (o debería ser) bien conocida: el art. 50 —como advierte, por ejemplo, Langle— no pretende establecer un cuadro de fuentes diverso del que formula el art. 2, como si reconociera tres para los «actos de comercio» y dos para los «contratos mercantiles»; se propuso únicamente indicar —explica Langle— que las reglas generales sobre obligaciones y contratos establecidas en el Código civil serán observadas también en el ámbito mercantil, de no contradecirlas el Código de comercio (deben estimarse como incluidas en este último); se trata de una simple referencia que no nos hace pasar —como el art. 2— de un peldaño a otro en la escala de las fuentes, sino que nos mantiene en el primero: la ley.

El Derecho civil cumple así una función complementaria de las leyes mercantiles. Junto a la función propiamente supletoria que le corresponde en materia mercantil, esto es, junto a su aplicabilidad a falta de ley y de usos mercantiles, el Derecho civil complementa a la ley mercantil aportando una normativa que, por su carácter primordial o primario —en rigor, ni civil ni mercantil, según observaba Vicente y Gella—, prevalece sobre los usos. Como dice el prof. Girón Tena, en el art. 50 C. com. se da, más que una omisión de los usos, «un llamamiento a la integración sistemática de los contratos mercantiles en la Parte General del Derecho de obligaciones que corresponde al Derecho civil.»

Pero reparemos mejor en el texto del art. 50 del Código de comercio. No emplea éste la locución «derecho civil», sino «derecho común». Y ¿qué significado hay que reconocer a ese «derecho común», como derecho «complementario» de la ley mercantil? Sin olvidar el alcance que tuviera o pudiera tener en la época codificadora, ¿cuál es el que procede entender que posee hoy, en el presente contexto jurídico español, esa locución que emplea el art. 50 del Código de comercio? ¿Por «derecho común» debe entenderse tan sólo el Código civil (que, por cierto, aún no se había promulgado cuando se redactó y promulgó el Código de comercio), o también, dado el caso, el Derecho civil propio de determinados territorios españoles —el tradicionalmente llamado «derecho foral»—?

Pensando ya resueltamente en el problema de la capacidad para la celebración de los contratos mercantiles, es este segundo sentido el que debe atribuirse al «derecho común». Es imprescindible contar con el cambio producido en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la Constitución de 1978. Aunque el Estado tie-

ne competencia exclusiva sobre la «legislación civil», ello es «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8.º CE). No debe cerrarse la puerta a la aplicación del derecho civil de una Comunidad Autónoma cuando en él se halle una norma propia sobre la capacidad de los contratantes, integrante del estatuto personal de éstos.

Hay que admitir, pues, sin duda la capacidad para celebrar contratos y realizar actos mercantiles al aragonés casado, aunque sea menor de dieciocho años, quien, como hemos visto, es mayor de edad sólo por el casamiento (art. 4 Comp.).

Para los supuestos del menor de edad soltero, pero mayor de catorce años, que vive independientemente de sus padres, con el beneplácito de éstos o mediando justa causa, nos remitimos a lo que hemos expuesto ya. Pero hay que tener en cuenta que ahora no se trata de resolver acerca de la capacidad para ser titular de una «actividad» empresarial, sino, sencillamente, para realizar actos o celebrar contratos aislados. Ese menor puede, en el ámbito mercantil, celebrar aquellos contratos o realizar aquellos actos jurídicos que entren dentro del marco de la administración de sus bienes (cfr. art. 5.3 Comp.), pero necesita la asistencia prevista en el art. 5.1 para los actos que entrañen disposición.

Si es mayor de dieciséis años y con el consentimiento de sus padres viven independientemente de éstos como prevé el art. 319 Cód. civ., «se [le] reputará para todos los efectos como emancipado». Recuérdese que se ha abogado por la aplicabilidad de ese texto en Aragón, aunque se haga de él la debida adaptación. Ese menor, además de tener la libre administración de sus bienes, por aplicación del art. 5.3 Comp., no necesitará la asistencia sino para celebrar los actos y contratos mencionados en el art. 323 del Código civil; pero le bastará con la «asistencia» de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la junta de parientes, de acuerdo con el art. 5.1 de la Compilación (no precisa el «consentimiento» a que alude el art. 323 del C. civ.).

En cuanto al menor de edad, mayor de catorce años, aunque no viva independientemente, la peculiaridad del Derecho aragonés reside en que *expresamente* se le atribuye, en principio, el protagonismo o la posible autoría de los actos jurídicos. Según el art. 5.1 de la Compilación, ese menor, «aunque no esté emancipado, puede celebrar *por sí* toda clase de actos y contratos», si bien con la salvedad que se indica. Esa salvedad se refiere a la necesidad de que cuente, «en su caso», so pena de anulabilidad, con la asistencia de uno cualquiera de los padres, del tutor o de la junta de parientes.

Respecto al menor emancipado por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar o por concesión judicial, nos remitimos también a lo que ya hemos expuesto en relación con el ejercicio de la empresa y la titularidad de las actividades empresariales mercantiles. Por otra parte, en cuanto se resuelva su condición jurídica en la aplicación del Código civil, escapa ya de los objetivos de esta ponencia el estudio de esas hipótesis.

Sentado todo lo que antecede, no se debe olvidar que la aplicación de las normas civiles sobre la capacidad de obrar, se halla condicionada por el art. 50 del C. com. a la ausencia de previsión de la ley mercantil. Estamos tratando de la aplicación «complementaria» que, dado el caso, corresponde al ordenamiento jurídico civil, no de una aplicación «sustitutiva» de la normativa jurídico-mercantil. El art. 50 C. com. se expresa con bastante claridad: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo ... a la

capacidad de los contratantes, se regirán, *en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales*, por las reglas generales del derecho común.»

Deben dejarse a salvo, pues, los (posibles, aunque serán escasos) supuestos en que la ley mercantil que haya de ser aplicada exija una determinada edad, ya directamente, ya mediante la referencia a la «mayoría edad» si esta referencia ha de ser entendida como alusiva precisamente a la mayoría común del art. 12 de la Constitución.

Como ejemplo de una exigencia expresa de edad, y aunque nos situemos ya en un ámbito en que el Derecho mercantil enlaza con el Derecho laboral, puede citarse el párrafo primero del art. 64 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (*Leyes Mercantiles*, Aranzadi, tomo III, vol. 2.º, § 250): «Los menores de dieciocho años no podrán ser contratados como personal volante.» Es claro que un aragonés casado menor de dieciocho años, por muy mayor de edad que deba ser considerado a los efectos civiles, no podrá ser contratado como personal volante, mientras ese precepto, así redactado, se halle en vigor.

Puede ocurrir que la legislación especial modalice (en cierto modo, altere) las previsiones del Derecho civil aragonés. El art. 44 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE 22 de abril; RCL 1382), bajo la rúbrica *Menores de vida independiente*, dispone: «Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.» Dado que la «legislación sobre propiedad intelectual» es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.9.º), parece obligado entender que si el autor es aragonés, habrá que estar, no obstante su vecindad civil, a la previsión de ese art. 44 de la Ley de Propiedad Intelectual, que modalizará, en cuanto a la edad (dieciséis años) y en cuanto a las facultades jurídicas (actuación sin necesidad de la «asistencia», si en este caso se considerara necesaria) su posición jurídica.

Observemos, en cambio, y por volver al puro Derecho mercantil, el art. 234 del Código de comercio: «En la liquidación de sociedades mercantiles en que tengan interés personas menores de edad o incapacitadas, obrarán el padre, madre o tutor de éstas, según los casos, con plenitud de facultades como en negocio propio...» En este caso si el menor es aragonés y casado escapa al supuesto de hecho de este artículo (pues ya no es «menor»), y si es mayor de catorce años, soltero, la consecuencia de derecho establecida en ese artículo del Código de comercio habrá de atemperarse al estatuto jurídico que para ese menor configura el art. 5 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, de modo que no tendrá el padre, madre o tutor esa «plenitud de facultades» a que alude el Código de comercio. Repárese en que en este caso el legislador mercantil no señala, concretando los años, una determinada edad, sino que alude sencillamente a los «menores de edad».

2. Problemas concernientes a la fundación de sociedades

La sociedad, se considere o no —en el consabido planteamiento doctrinal— como un verdadero contrato, entraña en todo caso un negocio jurídico y, así, requiere la actuación de la voluntad. El consentimiento —o la declaración unilateral de voluntad, si se trata de una sociedad unipersonal— presupone la capacidad para obligarse. De nuevo nos hallamos, pues, ante situaciones en las que, si el sujeto de derecho —en este caso, el fundador de la sociedad— tiene la condición jurídica de aragonés, ha de

dejarse oír la voz de su propio Derecho civil. También la atención a este Derecho ha de estar presente si quien pretende fundar una sociedad está casado, y no por problemas concernientes a la capacidad, sino porque han de tenerse en cuenta las limitaciones o condicionamientos que tal estado pueda suponer, especialmente en cuanto a las aportaciones que hayan de hacerse a la sociedad.

2.1. Capacidad para fundar una sociedad o para participar en ella

Para que una persona física pueda fundar (o constituir) una sociedad se requiere, en principio, la necesaria capacidad de obrar, o, como acaba de recordarse, la capacidad para obligarse. Y, a falta de previsiones especiales de Derecho mercantil, esa capacidad es la que resulta del Derecho civil. Como es obvio, tal requisito de índole subjetiva juega tanto si la sociedad que pretendiera constituirse fuera pluripersonal como si fuera unipersonal.

Recuérdese que el art. 1263 C. civ. establece que no pueden prestar consentimiento (contractual) los menores de edad no emancipados y los incapacitados. En caso de menores o incapacitados, habrá que contar, para fundar la sociedad, con la representación legal o el complemento de capacidad que se requiera según el Derecho civil.

A propósito de los menores de edad, en un planteamiento general de Derecho español, procede distinguir no sólo según que estén o no emancipados, sino también según que hayan de tener o no responsabilidad personal ilimitada por las deudas sociales. Hipótesis esta última que se da en el caso de la sociedad colectiva, o de los socios colectivos de la sociedad comanditaria —simple o por acciones—, o de los socios de las agrupaciones de interés económico, tanto la española como la europea.

Pero la cuestión, a la vista de las particulares previsiones que ofrece el Derecho aragonés, debe ser objeto de un especial replanteamiento.

Ante todo, hay que recordar que como mayor de edad —en posesión, por tanto, de la capacidad requerida para fundar una sociedad— ha de ser considerado no sólo el aragonés que ha cumplido los dieciocho años, sino también el que no ha llegado a esa edad desde que contraiga matrimonio (art. 4 Compilación). El aragonés casado puede fundar una sociedad mercantil, sea del tipo que sea, a no ser que alguna norma especial, para alguna modalidad de sociedad, impusiera un límite particular de edad.

Si el aragonés menor de edad ha cumplido los catorce años, dada la amplitud de posibilidades de actuación jurídica que pone en su mano el art. 5 Comp., resulta obligado admitir que podrá participar en la fundación de una sociedad mercantil, si bien con la «asistencia» de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la junta de parientes, como en el mismo artículo se prescribe. Téngase en cuenta lo que ya hemos expuesto a propósito de esta «asistencia». La diferencia con el resto de España es bien relevante. En Aragón no son los representantes o protectores del menor quienes han de actuar al constituir la sociedad, sino que puede ser el propio menor, mayor de catorce años. (Véase J. L. Merino, *Aragón y su Derecho*, pp. 38-39).

Ahora bien, conviene no olvidar la distinción según el tipo de sociedad y, especialmente, según el sistema de responsabilidad a que haya de quedar sometido ese menor. Frecuentemente se tratará de sociedades de capitales en las que no contraiga el menor responsabilidad personal, y sociedades, además, de carácter familiar. Mas si el menor de edad, mayor de catorce años, quiere participar en la fundación de una sociedad de personas, como la ley no distingue (el art. 5 Comp. le faculta para «cele-

brar por sí toda clase de actos y contratos») el intérprete tampoco puede distinguir. Es para supuestos como éste —en general, para la fundación de una sociedad en la que haya de tener responsabilidad personal ilimitada— para los que, sin olvidar los demás, resulta muy especialmente indicada la función de consejo o asesoramiento —en definitiva, de colaboración— que la «asistencia» puede desempeñar en el ámbito interno familiar. Pero, como ya hemos visto, esta «asistencia» del art. 5 no se resuelve *jurídicamente* en esa función, sino que la trasciende. Se trata de un «asentimiento», a través del cual pueden cumplir el padre, o la madre, o el tutor (o la junta de parientes, dado el caso) incluso una función de *vigilancia activa* —como dirían Sancho Rebullida y Pablo Contreras—, esto es, con la «posibilidad de impedir la eficacia del acto mediante disentimiento expreso.» No se olvide, en fin, que para el supuesto de que el menor no obtuviera el asentimiento que pretende de ninguno de sus protectores ni de la junta de parientes, cabe pensar, según una autorizada doctrina, en la posibilidad de acudir al juez, quien, por supuesto, podría negarle asimismo el asentimiento.

En el caso de la sociedad fundada por un aragonés menor de edad, mayor de catorce años, puede darse la paradoja que hace años detectara José Luis Merino. Ese menor, pese a estar facultado para fundar una sociedad, sí que encontraría obstáculos para participar y votar en la junta general o en el órgano de administración, en cuanto necesitara la presencia en esas reuniones del protector que hubiera de prestar la asistencia. Tal presencia estaría dificultada por el sistema mismo de legitimación para asistir a las juntas y atentaría contra del secreto de las deliberaciones del consejo. Las posibles soluciones para este problema son apuntadas por el propio José Luis Merino. Si el padre o la madre son socios de la sociedad y como tales asisten a la junta general, pueden prestar allí la necesaria asistencia. Lo mismo se diga si el padre o la madre son, junto con el hijo, miembros del consejo de administración o coadministradores con él. Mas si esas hipótesis no se dan, cabe pensar en una previsión *ad hoc* de los estatutos de la sociedad —de modo que éstos permitan la presencia de los padres en las correspondientes reuniones a los efectos de prestar la preceptiva asistencia—, y también en una asistencia previa, documentada fehacientemente y con referencia a la reunión de que se tratara. (J. L. Merino, en *Comentarios Cód. civ. y Compilaciones*) Tal vez cabría pensar también, aunque la solución resultara disfuncional, en la posibilidad de que la asistencia (en definitiva, el asentimiento) se prestara posteriormente a la reunión de que se trate.

Por último, si el aragonés es menor de catorce años, me remito a la exposición que hará ante Vds. el notario don Eloy Jiménez Pérez.

2.2. Hipótesis del fundador casado

A) Introducción y referencia al régimen paccionado

No se trata ahora ya, como es obvio, de un problema de capacidad: «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges» —como decía el art. 62, párrafo primero, del C. civ. en la redacción que le dio la Ley 14/1975, de 2 de mayo, y como está ahora en la base de nuestro ordenamiento jurídico (cfr. arts. 32.1 y 14 Constitución y art. 66 C. civ.)—. De lo que se trata es de contar con la delimitación de la actuación jurídica que para la aportación de bienes a una sociedad resulte de la inserción del casado en un determinado régimen económico. En cuanto a la aportación de industria, es claro que cada cónyuge está legitimado, en uso de su libertad personal, para obligarse a ella y llevarla a cabo.

Situándonos resueltamente en el Derecho aragonés, hay que dejar sentada, ante todo, la posibilidad —y la conveniencia en muchos casos— de otorgar las capitulaciones matrimoniales, a las que significativamente alude la primera de las previsiones que la Compilación dedica al «régimen económico conyugal» (art. 23.1). De los capítulos que se hayan otorgado —antes del matrimonio o durante éste (cfr. art. 26 Comp.)— resultará cuáles sean las facultades o posibilidades que un cónyuge u otro, o ambos de consuno, tengan para llevar a cabo la aportación patrimonial a la sociedad que se funde.

Pero hemos de referirnos, en particular, al régimen matrimonial legal, del que se ocupan los arts. 36 y siguientes de la Compilación.

B) Consideración especial del régimen matrimonial legal aragonés

a) Aportación de bienes comunes

Según la primera redacción de la Compilación del Derecho civil de Aragón, aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril (BOE 11 de abril, RCL 704), había que entender que el cónyuge administrador, que en principio era el marido (art. 48), podía aportar bienes comunes, si bien para aportar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles necesitara el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, aprobación de la junta de parientes, o, dado el caso, autorización judicial (v. art. 51). Pero una normativa que reconociera al marido «un papel preferente y predominante sobre la mujer», y, con ello, «la posibilidad de disponer unilateralmente de los bienes comunes», había de chocar con los principios de la Constitución de 1978 [José Manuel y Rosa María Bandrés, comentarios al art. 48, en los *Comentarios Cód. civ. y Compilaciones* (dir. M. Albaladejo)]. Y así, en la reforma de 1985 —Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón— se asume el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio. A la luz de este principio han de entenderse los arts. 48 y siguientes que, referidos a la «gestión de la comunidad» (tal es su rúbrica común), interesan ahora especialmente.

En cuanto se trate de aportar a una sociedad mercantil bienes comunes, la pertinente decisión y disposición corresponde, en principio, a ambos cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro (art. 48.1 Comp.). Hay que tener presente que, en cuanto la aportación se refiera a bienes inmuebles o a los muebles como sitios del art. 39.1.º, ingresados en el patrimonio común de los cónyuges, el consentimiento de ambos cónyuges —o la disposición de uno consentida por el otro— es indispensable para evitar la amenaza que sobre la adquisición por parte de la sociedad supondría el derecho expectante de viudedad: habrá que contar, en definitiva, con la renuncia al derecho expectante (cfr. art. 76, apartados 1, 2 y 3).

Mas ¿qué ocurre si no hay acuerdo entre los cónyuges para decidir la aportación a la sociedad? En tal caso, tal como prevé el art. 49.1 Comp., decidirá «la Junta de Parientes o el Juez de Primera Instancia del domicilio familiar, a elección de los cónyuges, sin ulterior recurso. A falta de acuerdo en la elección, decidirá siempre el Juez».

b) Aportación de bienes privativos.

En cuanto se trate de bienes privativos o propios de un cónyuge, lógicamente es en éste en quien residirá la facultad de aportarlos a una sociedad. Expresamente de-

clara la Compilación aragonesa que «corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes» (art. 51, prop. primera), si bien hay que tener presentes las limitaciones o condicionamientos que el propio texto compilado indica (art. 51, prop segunda).

Pero debe tenerse en cuenta el derecho expectante de viudedad del otro cónyuge. De modo que si se aportan bienes inmuebles o muebles como sitios de los indicados en el art. 39, número 1.º, habrá de concurrir la renuncia de ese cónyuge para que tal aportación ofrezca la debida solidez o seguridad a la sociedad en cuyo patrimonio haya de quedar integrada. Debe contarse a este respecto con el ya citado art. 76 Comp. Ahora bien, quedaría a salvo la solidez o firmeza de la incorporación de esa aportación al patrimonio social si se dieran las condiciones del art. 16.2, párrafo segundo, del C. civ. El problema de la repercusión que pueda tener sobre el patrimonio de la sociedad la aportación de bienes privativos por un cónyuge aragonés sin contar con la renuncia del consorte titular del derecho expectante de viudedad fue objeto de la RDGR de 5 de agosto de 1977.

C) Sociedad entre cónyuges

Finalmente, en cuanto a la cuestión clásica, ya superada, acerca de si los cónyuges pueden celebrar entre sí un contrato de sociedad mercantil, la respuesta ha de ser afirmativa. Téngase presente el art. 24 Comp., que declara expresamente que los cónyuges pueden «celebrar entre sí toda clase de contratos» (cfr. art. 1323 C.civ.)

3. La capacidad cambiaria desde la óptica del Derecho aragonés

No hay en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (en adelante LCCh) ninguna previsión especial *directa* sobre la capacidad para obligarse mediante firma puesta en un documento cambiario (cfr., no obstante, art. 98, párr. 1.º, sobre «conflictos de leyes»). Hay que tener en cuenta, pues, la ley civil. Y si el firmante es aragonés, obligado será acudir a la Compilación del Derecho civil de Aragón. (Véase sobre este particular la comunicación del notario Don Ricardo Giménez Martín en los *Primeros Encuentros* de este Foro).

Sin duda tiene plena capacidad para obligarse cambiariamente el aragonés no sólo desde que cumple los dieciocho años, como los demás españoles, sino también desde que, aun siendo menor de esa edad, contrae matrimonio (art. 4 Comp.).

¿*Quid* respecto al menor emancipado? Ya hemos visto que la emancipación por concesión de quienes ejercen la autoridad familiar puede ser admitida también en el ámbito jurídico aragonés, si bien aplicando las previsiones del Código civil con las debidas adaptaciones. Pues bien, adaptando al Derecho aragonés la posición a la que, a mi juicio, debe llegarse en el Derecho común, cabe admitir la posibilidad de la suscripción cambiaria por parte del emancipado por concesión, y cuando necesite del «consentimiento» requerido por el Código civil (art. 323) habrá de contar con la «asistencia» de uno cualquiera de los padres, del tutor o de la junta de parientes (art. 5.1 de la Compilación). La «asistencia» deberá quedar expresada sobre el título cambiario bajo la firma de quien la presta.

En Derecho aragonés debe plantearse en general la cuestión de la capacidad cambiaria con referencia al menor de edad que ha cumplido los catorce años, «aunque no esté emancipado». Es la persona cuyo estatuto jurídico se halla en el citado artículo 5 de la Compilación. A mi juicio, debe reconocerse a este menor —que «pue-

de celebrar por sí toda clases de actos y contratos», según dice el texto compilado— la capacidad cambiaria, si bien habrá de contar con la «asistencia» que acabamos de recordar. Así pues, la firma puesta por él sobre la letra irá acompañada de la firma de una de esas personas, bajo la expresión «Con mi asistencia» (o expresión equivalente).

Si el menor de edad, mayor de catorce años, vive con independencia de sus padres, ya porque cuenta con el beneplácito de éstos, ya porque media justa causa (art. 5.3 Comp.), necesitará asimismo la indicada asistencia para asumir la obligación cambiaria. Pero si ese aragonés tiene más de dieciséis años y sus padres consienten en su vida independiente, por aplicación entonces del art. 319 C. civ. se le reputa «para todos los efectos como emancipado» (según dice ese art. 319), «podrá regir su persona y bienes como si fuera mayor» (según dice el art. 323 del propio Código) y, consecuentemente, la situación es la que se ha visto acerca del emancipado del régimen común, aunque con la debida adaptación al derecho aragonés. En principio, habrá que reconocerle, pues, la capacidad para suscribir por sí solo letras de cambio, pero si ello entraña «tomar dinero a préstamo», su firma habrá de ir acompañada de la firma, en concepto de «asistencia», de uno cualquiera de sus padres, del tutor, o de la junta de parientes (art. 5 Comp.).

En fin, si se trata de un menor de catorce años, téngase en cuenta la comunicación que ha de presentar don Eloy Jiménez Pérez.

Lo expuesto hasta ahora estaba referido primordialmente a la capacidad y legitimación para asumir las obligaciones cambiarias por medio de la suscripción de letras de cambio. Pero, con las debidas adaptaciones, es predicable asimismo de los pagarés (cfr. arts. 96 y 97 LCCh).

En cuanto al cheque, también cabe aplicar, *mutatis mutandis*, lo que se ha expuesto. A falta de previsiones especiales sobre capacidad en la propia LCCh, hay que contar, sencillamente, con las previsiones del Derecho civil. Y por tal debe entenderse el que corresponda según la vecindad civil o regionalidad del suscriptor. Apoyándonos en los ya citados arts. 16.1 y 9.1 C. civ., es obligado tener en cuenta las previsiones del Derecho aragonés relativas a la capacidad. Si acaso, será fácil que aquí hayan de aplicarse las restricciones por razón de edad con una mayor elasticidad, dada la significación institucional y funcional del cheque. Ya que éste no es (no debe ser) de suyo un instrumento de crédito en sentido estricto, sino un instrumento de pago, los supuestos de hecho en los que se pueden plantear cuestiones como, por ejemplo, las concernientes a la utilización del título cambiario como medio para «tomar dinero a préstamo», no se plantearán aquí, en principio. Otra cosa es que en algún caso se utilice el cheque como soporte documental de un crédito. Pero esto supone adular la función que institucionalmente corresponde a este título.

IV. EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR PERSONA CASADA ARAGONESA

1. Introducción y referencia a las fuentes aplicables

Eliminada de nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de la licencia marital para el ejercicio del comercio por la mujer casada, sentada la igualdad de derechos entre el marido y la mujer (recuérdese el art. 66 C. civ.), la condición de casado plantea, no obstante, particulares problemas, concernientes, por un lado, a las facultades dispositivas del «comerciante» y, por otro, a los bienes que resultan «afectados» por

el ejercicio del «comercio». Éstos son los dos problemas básicos que hay que tener a la vista en la pesquisa de la norma aplicable. Junto a ellos hay otras cuestiones no carentes de importancia, como, por ejemplo, las relativas a la publicidad legal del comerciante casado. Y antes de seguir adelante conviene advertir, una vez más, que los términos «comercio» y «comerciante» no se emplean (no deben emplearse) aquí en su sentido restringido. Por «comercio» debe entenderse cualquier actividad empresarial —sea «comercial» en sentido estricto o no lo sea— que se halle dentro de lo que ha venido a integrar el heterogéneo conjunto de los supuestos de hecho sobre los que versa hoy el llamado Derecho «mercantil». Por «comerciante», el titular de cualquiera de las actividades que han venido a integrar esos supuestos de hecho reunidos en lo que convencionalmente se llama «materia mercantil».

Pues bien, cuando el «comerciante» o empresario individual está casado y es aragonés, ¿a qué fuente o fuentes habrá que acudir para hallar la solución a los problemas apuntados?

Habrà que recordar de nuevo que cuando se trata de una materia que forma parte del estatuto personal y familiar de un aragonés, es obligado tener en cuenta su propio derecho, más precisamente la Compilación (recuérdense, una vez más, los arts. 16.1.1.ª, 14.1 y 9.1, entre otros textos, del Código civil, sin olvidar el art. 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón). Por otra parte, hay que tener presente que la Constitución, por un lado, deja a salvo «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8.º); pero, por otro, reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre la «legislación mercantil» (art. 149.1.6.º); asimismo la normativa concerniente al Registro Mercantil es de aplicación general a toda España (cfr. art. 149.1, núms. 6.º y 8.º de la Constitución, pero especialmente téngase en cuenta el primero de esos números). (Sobre la ordenación del Registro Mercantil como competencia exclusiva del Estado, véase Pablo Casado Burbano, *Derecho mercantil registral*, pp. 37-38). Sobre la base de estos presupuestos, veamos qué solución dar al problema de la determinación de la fuente o fuentes aplicables.

En la Compilación del Derecho civil de Aragón se halla, en efecto, el régimen jurídico de la «economía del matrimonio» —por decirlo bajo la evocación del maestro Lacruz Berdejo—. No habrá más remedio que contar con ese régimen, en el que no faltan previsiones concernientes a la explotación de los negocios por una persona casada (véase especialmente el art. 42 de la Compilación). Máxime teniendo en cuenta que se hallan en un texto asumido y, dado el caso, reelaborado en 1985 por las Cortes de Aragón en virtud de las competencias que hoy corresponden en la materia a la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, aparte las coincidencias (apreciables más o menos fácilmente) que puedan darse entre la Compilación y el Código de comercio, éste también tiene algo que decir, particularmente en extremos no atendidos por aquélla (téngase en cuenta el art. 1.2 de la propia Compilación), como, por ejemplo, en cuanto a la forma y publicidad de determinados consentimientos o autorizaciones. Cuando se trata del ejercicio del comercio por un aragonés casado no sería legítimo olvidarse por completo del Código de comercio ni, por supuesto, del Reglamento del Registro Mercantil. En general, para todo aquello que no esté referido a las materias de derecho civil —responsabilidades derivadas de la «explotación» de la empresa que lleva a cabo una persona casada, facultades gestoras y dispositivas de esta persona—, habrá que contar con las previsiones del Derecho mercantil.

La publicidad registral merece especial atención, dada la repercusión que la actividad mercantil tiene para los terceros. Pero, como es obvio, esa actividad interesa asimismo al cónyuge del comerciante. Por eso se explica que, siendo en principio potestativa la inscripción del empresario individual en el Registro Mercantil (art. 19.1 C. com.), el art. 88.3 RRM establezca que «el cónyuge del empresario individual podrá solicitar la inscripción de éste en los casos y a los efectos de los artículos 6.º al 10 del Código de Comercio.» Deben tenerse bien en cuenta, en general, las previsiones concernientes a la publicidad registral que se hallan en los arts. 11 y 12 del mismo Código, así como en el art. 87.6.º RRM de 1996.

2. El régimen económico matrimonial legal

Del régimen matrimonial legal trata la Compilación en los arts. 36 y siguientes. Y antes de entrar en el detalle de ese régimen, recordemos que con referencia especial a lo que ahora interesa —el ejercicio de la actividad mercantil por persona casada— establece una normativa supletoria de la autonomía privada el Código de comercio en los artículos 6 y siguientes.

Los problemas básicos sustantivos que hay que resolver cuando se trata del ejercicio del comercio por persona casada son dos: cuáles son las facultades administrativas y dispositivas del empresario casado y cuáles, las consecuencias patrimoniales derivadas del ejercicio de la actividad mercantil. Pues bien, parece procedente, para una mayor claridad expositiva y argumental, comenzar por el examen de estas consecuencias y dejar para después el tratamiento de aquellas facultades.

2.1. Consecuencias patrimoniales del ejercicio de la actividad empresarial

Se trata de saber qué bienes «quedan obligados» —por decirlo con la expresión del Código de comercio— por el ejercicio de la actividad mercantil del casado. Sobre qué bienes recaen, frente a los terceros, las responsabilidades derivadas de la actividad mercantil del empresario casado.

La respuesta del Código de comercio puede expresarse en estos tres enunciados:

1.º) Quedan «obligados a las resultas» del ejercicio del comercio «los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas» (art. 6, proposición primera).

2.º) «Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges» (art. 6, proposición segunda) —lo que debe entenderse en el sentido de que basta el consentimiento del cónyuge del comerciante, pues éste ya presta su consentimiento tácitamente al desempeñar la actividad empresarial—.

3.º) Para que queden obligados los bienes propios del cónyuge del comerciante, se necesita el consentimiento expreso de ese cónyuge —titular de los bienes— (art. 9).

Sentada la regla acerca del mínimo de bienes que quedan «obligados» a las resultas de la actividad mercantil (art. 6, prop. 1.º), el Código de comercio trata de la posible afección de otros bienes, sobre la base del régimen común de la sociedad de gananciales. Como hemos recordado ya, para que esa afección se produzca, es menester el consentimiento —o asentimiento— del otro cónyuge (véase al art. 6, proposición segunda). Mas, de acuerdo con las previsiones del Código de comercio, es muy fácil que se pueda entender producido ese supuesto. El propio Código establece un juego de presunciones bien conocidas —arts. 7 y 8— que propician esa afección

patrimonial. De tal modo que ha podido decirse que será este sistema de extensión de la responsabilidad el más frecuente en la práctica, aparte de ser «el más correcto en la medida en que desaparece la división interna de los gananciales que el supuesto anterior suponía» (Illescas). El consentimiento del otro cónyuge, por otra parte, es libremente revocable (art. 10 del propio C. com.). En fin, para que queden obligados los bienes propios del cónyuge del comerciante, el Código exige el consentimiento expreso (art. 9).

Mas, dejando a un lado el régimen «común» referido a la sociedad legal de gananciales, veamos cuál es el que establece el Derecho civil aragonés.

Sienta la Compilación, como norma básica que primordialmente interesa aquí —de la que hemos de partir, aunque no debemos detenernos en ella—, la afección de todos los bienes comunes. «Cada cónyuge, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a terceros de buena fe, a los bienes comunes» (art. 42). No hay lugar, pues, a distinguir entre los bienes comunes adquiridos por el ejercicio de la actividad mercantil (véase el art. 37-2.º Comp.) y los demás bienes comunes, sino que todos ellos quedan sujetos a la responsabilidad por el ejercicio del comercio. Repárese además en el adverbio «siempre», que contribuye asimismo a configurar adecuadamente la protección de los terceros. Se protege al tercero que confía en la apariencia y, con ello, se protege al tráfico.

El sistema de la Compilación es, en general, preferible al del Código de comercio. Junto al mérito no desdeñable de su sencillez y claridad, atiende mejor a los intereses de los terceros —en definitiva, del tráfico—. Sería deseable que, como puede predicarse de otras previsiones del Derecho civil aragonés, se extendiera extra muros de Aragón, como régimen común que fuera asumido, en este caso, por el Código de comercio. Téngase en cuenta, por lo demás, lo establecido para la sociedad de gananciales por el art. 1365.2.º del Código civil.

Conviene reparar en las puntualizaciones que contiene el art. 42 Comp. para definir la afección de los bienes comunes frente a los terceros. Ha de tratarse —para lo que aquí principalmente interesa— de una «explotación *regular* de sus negocios», calificativo («regular») que no acompaña, en cambio, a la mención, que también se hace, del «desempeño de su profesión». Y los terceros han de ser «de buena fe».

El ejercicio de la actividad empresarial mercantil de un cónyuge —que es lo que aquí nos ocupa— entra sin dificultad en la noción de «explotación de los negocios». Y ¿qué sentido hay que reconocer en el adjetivo «regular»? Esa poco afortunada expresión debe tomarse, sencillamente, en el sentido de «explotación ordinaria», que era la dicción, más clara, que se empleó en los últimos textos del Seminario de la Comisión Compiladora y en el Anteproyecto aragonés. En ellos se hablaba, en efecto, de las deudas que un cónyuge contrae en «la explotación ordinaria de sus negocios» o en «el ejercicio corriente de su profesión». De modo que entonces había dos calificativos —«ordinaria», «corriente»— que podían fácilmente entenderse situados en una misma línea calificadora. Hay que contar, por lo demás, con la posibilidad de que la actividad «mercantil» del casado entre en el concepto de «desempeño de la profesión».

Las deudas procedentes de la explotación irregular o no ordinaria de los negocios no determinarán, pues, la afección de los bienes comunes tal como la establece el art. 42 —no se da entonces el supuesto descrito en este artículo—. Sin embargo esto no quiere decir que queden tales bienes al margen de la correspondiente respon-

sabilidad. Lo que ocurre es que entonces, al no poder darse ya por sentada la afectación de los bienes comunes, habrá de probarse por el tercero que la actuación de su contraparte, el empresario casado, ha producido un resultado útil o beneficioso para la masa común, de modo que la deuda contraída por ese empresario casado pueda considerarse una «carga de la comunidad» de acuerdo con el art. 41.5.º de la Compilación.

La buena fe del tercero es, como hemos apuntado, otro ingrediente que tiene en cuenta el legislador a los efectos de la afectación de los bienes comunes. Ahora bien, esa buena fe, según la autorizada opinión del maestro Lacruz, «tiene que ser activa, es decir, abarcando también el deber de conocer las circunstancias, aunque de hecho, crasamente, se ignorasen» («El Dcho. familia en la nueva Compilación aragonesa», en *ADC* 1967, p. 743). Podemos decir —aplicando al supuesto de la actividad mercantil lo que en un planteamiento general ha indicado Sancho-Arroyo (comentario al art. 42, en *Comentarios*, dir. Albaladejo, p. 479)— que el tercero no tiene que entrar a considerar si el débito que contrae el comerciante puede o no quedar comprendido dentro de alguno de los supuestos del art. 41; le bastará con apreciar si el empresario mercantil con quien contrata actúa, al menos en apariencia, dentro de la esfera de atribuciones que le son propias normalmente y desde un punto de vista objetivo. Por otra parte, ha de presumirse, o darse por sentada, en principio, la buena fe del tercero.

Ahora bien, sentada esa responsabilidad *ad extra* de los bienes comunes, cabe preguntarse qué ocurriría si éstos no fueran suficientes. En tal hipótesis —«en defecto de bienes comunes», según la expresión del art. 43.1.—, responderá cada cónyuge —en nuestro caso el cónyuge comerciante—, si bien «podrá repetir del otro la mitad de lo pagado, si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común», como dice el art. 43.2. En otros términos: responderá *erga omnes* el comerciante, de modo que el otro cónyuge no podrá ser demandado por el acreedor, si bien queda a salvo la correspondiente distribución del costo en el ámbito interno.

En fin, por lo que respecta a la afectación de los bienes privativos del cónyuge no comerciante, una solución como la del Código de comercio —necesidad del consentimiento de tal cónyuge— puede considerarse existente en Aragón. Corresponde a cada cónyuge, según el art. 51 de la Compilación aragonesa, la administración y disposición de sus propios bienes. En ejercicio de esta facultad hay que admitir que pueda prestar un consentimiento como el previsto en el art. 9 del Código de comercio. Y la publicidad legal que a este respecto establece el art. 11 del propio Código será, como ya hemos mantenido, aplicable igualmente en Aragón como en el resto de España.

2.2. Facultades dispositivas del empresario aragonés casado

Hay que comenzar por recordar que el Código de comercio parece estar pensando en el régimen común de la sociedad legal de gananciales o, genéricamente, en un régimen de comunidad limitada de bienes. (Cfr. M. de la Cámara, *Estudios Dcho. mercantil*, 2.ª ed., I, vol. 1.º, pp. 139 ss.). Sobre esta base reconoce inequívocamente al comerciante casado la facultad de «enajenar e hipotecar» los bienes propios y los adquiridos con las resultas del comercio (art. 6); pero calla, en cuanto a esas facultades, acerca de los demás bienes que puedan quedar, según sus propias previsiones, «obligados» a tales resultas: los demás bienes gananciales o comunes y los bienes privativos del cónyuge. ¿*Quid* en cuanto a los demás bienes gananciales, si por consenti-

miento expreso o tácito (más bien presunto) del consorte del comerciante, puede éste dejarlos «obligados» (arts. 6, 7, 8 C. com.)? ¿Y en cuanto a los bienes propios del otro cónyuge, si éste otorga su consentimiento expreso para «obligarlos» según el art. 9 C. com.? La solución más segura es entender que el consentimiento para dejar «obligados» unos u otros bienes no implica la «autorización» o legitimación al comerciante para que disponga, por eso sólo, de tales bienes. No obstante, hay que contar con las posibilidades de disposición que puedan resultar del puro Derecho civil, como las que contemplan los arts. 1382, 1384 y 1385 del C. civ. (Al respecto, véase Manuel-Ángel López Sánchez, «La empresa mercantil y las sociedades de gananciales tras la ley de 13-5-1981», en *Rev. Jur. Cataluña*, 1983, pp. 611-612).

Si pasamos al Derecho aragonés, hemos de tener en cuenta particularmente a este respecto la sección cuarta —«Gestión de la comunidad» (arts. 48 a 51)— del capítulo dedicado al régimen matrimonial legal. Sección que ha sido objeto, toda ella, de una redacción nueva en virtud de la Ley aragonesa de 1985. Y no es ocioso tener en cuenta, ante todo, que la llamada «gestión de la comunidad» está concebida en el texto compilado en los términos más amplios, referida a cualquiera de las masas patrimoniales, y que —como observa el profesor Delgado— «no equivale a administración —la técnica legislativa, a este respecto, es muy depurada en los arts. 48 a 51—, sino que abarca ésta y la disposición, sin agotarse en ellas.» (J. Delgado Echeverría, «La gestión de la comunidad legal aragonesa», en los *Estudios Dcho. civ. homenaje al Prof. Lacruz*, vol. I, p. 285).

Pero a propósito del comerciante casado también juega su papel un artículo, ya examinado, situado fuera de esa sección: el art. 42. Reconoce éste al cónyuge ejerciente de actividades empresariales o profesionales la posibilidad de realizar determinados actos jurídicos —los que entrañan el ejercicio ordinario de esas actividades— y dejar responsables por ellos a los bienes comunes. Se reconoce así, con ello, la correspondiente autonomía al casado en el manejo de sus negocios y en el ejercicio de su profesión. (Cfr. J. Delgado, «La gestión de la comunidad...», p. 293).

Mas, junto a estas consideraciones en torno al art. 42, no se debe olvidar, por otra parte, y sobre todo, que la propia Compilación, al tratar de la gestión de la comunidad, establece que «frente a terceros» estará «legitimado» cada cónyuge para realizar los actos «de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio» (art. 48.2.1.º). Por otra parte, la ley aragonesa legitima asimismo a cada cónyuge, frente a terceros, «en cuanto a los bienes que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder, para realizar cualesquiera otros actos de administración o conservación, ejercitar los derechos de crédito y disponer del dinero o títulos valores» (art. 48.2.2.º). Observemos que es de buen sentido entender que dentro de la delimitación del supuesto de hecho que hace el art. 48.2.2.º queden subsumidos tanto los bienes aportados al negocio mercantil del casado como los adquiridos a consecuencia de la actividad empresarial desarrollada por él.

No podemos dejar de hacer nuestra la observación del profesor Delgado en el sentido de que el ámbito de gestión individual de los bienes comunes que se reconoce a cada cónyuge, a propósito del ejercicio de la profesión, arte u oficio, es muy amplio y abarca incluso los actos de disposición de bienes comunes, aun de inmuebles, cuando tales actos están incluidos en el tráfico habitual: es el caso del constructor o contratista de obras respecto de los edificios que va construyendo y vendiendo a terceros. Cabe admitir también amparadas por la legitimación del empresario algunas

disposiciones a título gratuito, como los regalos o premios de promoción de ventas. (J. Delgado Echeverría, «La gestión de la comunidad conyugal aragonesa», p. 293).

En caso de desacuerdo entre el cónyuge empresario y su consorte acerca de la administración o disposición de bienes comunes, ténganse en cuenta las vías para resolverlo que prevé el art. 49.

Por otra parte, no hay que olvidar que la Compilación declara expresamente que «corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes» (art. 51, prop. primera). Explica a este respecto Rams Albesa que cada cónyuge, para la administración de sus bienes privativos, sin necesidad de calificarla como ordinaria o como extraordinaria, y para la disposición de tales bienes (para gravarlos con derechos reales o enajenarlos), «no requiere de la intervención de su consorte, porque tales actos son de su de su plena competencia y responsabilidad» [J. Rams Albesa, comentario al art. 51, en *Comentarios* (dir. Lacruz y Delgado), vol. 2.º, p. 269]. Pues bien, esto que se dice del casado aragonés en general, tiene especial interés cuando el casado ejerce una actividad profesional como es la actividad empresarial mercantil, dada la trascendencia que ello tiene para los terceros. Hay que contar, no obstante, según la naturaleza de los bienes, con la incidencia del derecho expectante de viudedad del consorte y, así, con la conveniencia, o más bien la necesidad, del consentimiento de éste para la estabilidad del acto dispositivo que pudiera verse afectado por tal derecho. (Cfr. J. Rams Albesa, comentario al art. 51, en *Comentarios* cit., vol. 2.º, pp. 269 y 271. Véanse también J. Delgado Echeverría, «La gestión de la comunidad...», cit., p. 289; J. M. y R. M.ª Bandrés Sánchez-Cruzat, comentario al art. 51, en *Comentarios*, dir. M. Albaladejo, p. 44).

2. El respeto al régimen económico paccionado

La delimitación, por un lado, de las facultades del empresario mercantil casado y, por otro, de las consecuencias patrimoniales derivadas de esa actuación empresarial, debe hacerse teniendo en cuenta, ante todo, lo que se haya establecido en las «capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil», como dice el art. 12 del Cód. com. Esta actitud de respeto a lo pactado concuerda con el Cód. civ. (arts. 1315, 1316 y 1325) y con lo que previene el art. 23.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón: «El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que se otorguen y los pactos que se celebren acerca de los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación».

Pero el art. 12 Cód. com. alude asimismo a la inscripción de las capitulaciones en el Registro Mercantil. Dada la trascendencia que para los terceros tiene el régimen económico del matrimonio cuando se ejerce la actividad mercantil, es bien razonable esa previsión. Sobre los terceros repercute la solución que, desviándose del régimen legal, los cónyuges hayan dado a su economía. Por eso puede decirse que la inmatriculación del comerciante constituye en este caso, si no una obligación (lo que entrañaría una excepción a la regla general de la potestatividad), sí, al menos, una carga. Pues hay que pasar por ella si se pretende obtener el efecto deseado de que el régimen económico paccionado tenga la repercusión propia de la publicidad material registral o de la «oponibilidad» respecto a los terceros —sin olvidar a estos efectos, claro es, la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*— (cfr. arts. 21 C. com. y 9 RRM). (Acercas de la oponibilidad del Registro Mercantil y de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, véase, en la literatura reciente, Pablo Casado Bur-

bano, *La eficacia de los pronunciamientos registrales mercantiles*, discurso ingreso en la Acad. Aragonesa de Jurispr. y Legislación, Zaragoza, 1997, pp. 54 y ss., especialmente, por lo que concierne al régimen vigente, pp. 59 y ss.)

A propósito de las capitulaciones matrimoniales, y teniendo en cuenta su raigambre histórica, se ha observado —así, el prof. Delgado Echeverría— cómo todavía prestan buenos servicios, tanto en la sociedad agraria tradicional como en las nuevas condiciones de vida urbana. Y se aducen ejemplos como la sociedad universal entre cónyuges que van a llevar juntos un negocio común, o los capítulos que pretenden conservar en una rama familiar una explotación mercantil que uno de los cónyuges aporta al matrimonio, o el pacto de separación de bienes para que las negociaciones del marido no comprometan el patrimonio de la mujer, o viceversa, para que ésta se dedique al comercio con plena autonomía... (J. Delgado Echeverría, *El Derecho aragonés*, pp. 99-100). No cabe duda, en suma, del interés que los capítulos ofrecen para ordenar del modo que parezca más adecuado a las circunstancias de la familia y del entorno de ésta, los presupuestos entre los que va a discurrir la actividad mercantil de uno o de ambos cónyuges.

Dentro de las posibilidades del régimen paccionado cabe pensar que ocupe un lugar de preferente elección el sistema a que acaba de aludirse: el de separación de bienes. Marido y mujer pueden pactar tal separación de modo que quien de ellos haya de dedicarse a la actividad mercantil (si no ambos) se hallará facultado, claro es, para ejercer la libre disposición de sus propios bienes, y hará que queden éstos «obligados a las resultas» del comercio (como diría el C. com.), pero sin que soporten tales consecuencias los bienes del otro consorte. Cuestión distinta es la de los inconvenientes que tal régimen pueda acarrear, como el peligro de confabulaciones entre los esposos. (Véase M. de la Cámara, *Estudios Dcho. mercantil*, 2.ª ed., I, vol. 1.º, pp. 61 y ss., 117 y ss.).

Dentro de las previsiones de la Compilación aragonesa, debe recordarse la que declara expresamente la validez de «aquellos pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o a éstos la de muebles» (art. 29). Conviene recordar también que, celebrado el matrimonio, puede producirse la llamada «novación de capitulaciones», si bien en los términos que establece el art. 28 de la Compilación.

V. LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA MERCANTIL

1. Introducción y planteamiento

La transmisión *mortis causa* de la empresa o negocio mercantil da lugar a un conjunto de cuestiones para cuya solución confluyen una vez más el Derecho civil y el Derecho mercantil. Cuestiones diversas y en ocasiones difíciles de resolver, vano sería el intento de dar aquí y ahora una exposición de tan complejo contenido con pretensiones de que fuera completa. No hay que olvidar los límites en que debe mantenerse esta ponencia en atención a los objetivos que le son propios.

Dos problemas básicos, no obstante, deben ser recordados cuando se aborda el estudio de la sucesión *mortis causa* en la titularidad del negocio mercantil: el de la continuidad y el de la conservación de la empresa. Los dos han sido planteados hace

tiempo por la doctrina española. Así, por Luis Díez-Picazo con referencia al Derecho común (en *RDM* núm. 96, abril-junio 1965, pp. 293 y ss.; hay otros trabajos anteriores al de Díez-Picazo sobre los problemas de la sucesión *mortis causa* en la empresa), por Eduardo Polo respecto al Derecho catalán (en *RDM* núm. 123, enero-marzo 1972, pp. 7 y ss.) y por Manuel-Ángel López Sánchez con relación al Derecho aragonés. (*La transmisión «mortis causa» de la empresa en el Derecho aragonés*, memoria de Licenciatura, Zaragoza, septiembre 1981).

Debe hacerse una observación previa de carácter sistemático-expositivo y que se muestra indispensable en cuanto se trata de las parcelas del Derecho aragonés en que hemos de movernos. Aunque el concepto básico que corresponde a esta parte de nuestra ponencia esté referido a la sucesión *mortis causa* en la titularidad de la empresa mercantil, hay que contar con que las soluciones institucionales que entren en juego pertenezcan más al Derecho de familia que al Derecho de sucesiones, o que se muevan en una zona indecisa entre un sector y otro del Derecho civil aragonés. No se pretende aquí, ni mucho menos, transgredir las delimitaciones que la doctrina civilista aragonesa haya establecido. Se pretende simplemente recoger un cuadro de soluciones que cabe hallar en ese Derecho para los problemas que plantea la sucesión en la titularidad de la empresa mercantil, aunque entren en juego figuras, normas y conceptos propios del Derecho aragonés familiar, no siempre puramente sucesorio.

2. El problema de la continuidad de la empresa: referencia a las soluciones

El problema de la continuidad de la empresa —el objetivo de que ésta no deje de funcionar como consecuencia del fallecimiento de su titular, o que la interrupción sea lo más breve posible— se plantea en cuanto la aplicación del Derecho civil de sucesiones da lugar a hiatos o espacios de tiempo en blanco. Así, desde los planteamientos del Derecho civil común, Díez-Picazo advierte: habrá que dar publicidad al testamento, para lo cual se exige la demostración de que es el último y, en su caso, una serie de operaciones adicionales para averarlo: protocolización, etc.; se necesitará la aceptación por parte del llamado o llamados a la herencia, pero tras el *spatium deliberandi* o tiempo para decidir la aceptación; si el llamado a la herencia adopta decisiones que permitan la continuidad de la empresa, puede incurrir en la *pro herede gestio* y, así, entenderse que se produce una aceptación tácita irrevocable... («La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», en *RDM* cit., pp. 296-297).

Pues bien, hay que dejar sentado, ante todo, que una adecuada solución, proporcionada por el Derecho mercantil, consistiría en que el empresario hubiera nombrado un factor o apoderado general, ya que, según el art. 290 C. com., «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».

Pero ¿qué hacer si el *decius* no nombró factor? Habrá que pensar en diversas posibilidades (cfr. los cits. L. Díez-Picazo, E. Polo, M.-A. López Sánchez), que pueden ser más o menos problemáticas, en cuyo detalle no sería oportuno entrar en este trabajo, pero que conviene dejar apuntadas:

- habrá que enfrentarse con el problema de si el albacea puede, o en qué casos puede, administrar el negocio mercantil;
- a falta de factor y de albacea con facultades de administrar la empresa, habrá que plantearse la cuestión de que el llamado o los llamados a la herencia puedan (e incluso deban) realizar los actos provisionales de gestión de la empresa (para evitar

una ruptura en la continuidad de esa gestión) sin que por ello se entienda producida la *pro herede gestio* y, con ella, una aceptación aún no decidida; cuestión que permite, en principio, una respuesta afirmativa (cfr. art. 999, último párrafo, C. civ.);

— a falta de factor y de albacea-gestor, y contando con que el llamado a la sucesión en la empresa adopte una actitud de inhibición (o con que los llamados a la sucesión no logren ponerse de acuerdo para esa gestión provisional) habrá que pensar en la posibilidad de acudir al nombramiento de un administrador judicial de la empresa (art. 1020 C. civ.), que pueda atender a la conservación interina del negocio mercantil.

En el supuesto de que el sucesor *mortis causa* fuera un menor o un incapacitado, la solución, ya examinada, que el Derecho mercantil aporta, puede servir para atender al doble objetivo de la continuidad del negocio mercantil —en cuanto la tramitación sucesoria lo permita— y de la conservación de la empresa. La solución consiste —recordémosla— en la actuación, ya de los «guardadores» del sucesor, ya, dado el caso, de uno o más factores (art. 5 C. com.).

3. El problema de la conservación de la empresa

El problema se plantea especialmente con referencia al supuesto, tan frecuente por lo demás, de que sean varios los llamados a la sucesión en la empresa. Se habla de conservación —como explica Díez-Picazo— porque el desenvolvimiento normal de una sucesión hereditaria en la cual hay varios herederos conduce a la formación de una comunidad —la comunidad hereditaria— y finalmente a la división o partición de los bienes, con lo que ello supone de desintegración de una unidad productiva organizada.

Ahora bien, el Derecho aragonés es especialmente sensible al interés en la conservación de la empresa como unidad productiva, aun cuando esa sensibilidad haya sido motivada tradicionalmente por los problemas inherentes a los patrimonios familiares agrarios y especialmente en zonas donde la pobreza o escasez de medios ha inducido a vertebrar soluciones que eviten la disgregación de las unidades productivas familiares. Es, a estos efectos, la «casa» una noción de obligada referencia cuando se trata del Derecho civil aragonés, al menos del Derecho configurado en determinados lugares y momentos históricos. (Recuérdese la monografía de Luis Martín-Ballestero Costea, *La Casa en el Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1944, junto con los estudios o referencias que a la «casa» se hacen en otras fuentes). El interés en la conservación de la casa, junto con el objetivismo desde el que cabe entender el patrimonio según Martín-Ballestero, pero también un substrato sociológico-jurídico de libertad y pragmatismo asimismo característicamente aragoneses, permiten explicar determinadas «respuestas» jurídico-institucionales para los problemas familiares y sucesorios, como el flexible sistema de legítimas, con la posibilidad de nombrar un heredero o sucesor único; o la funcionalidad de la sucesión paccionada; o la fiducia sucesoria; o el usufructo viudal; o la comunidad conyugal continuada..., por citar las que ahora particularmente nos interesan. (Cfr. Mariano Alonso Lambán, «Un punto en el tema de la fiducia sucesoria aragonesa», en *Rev. Jur. Cataluña* 1961, pp. 553-554, y «Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa», en *Temis* 1962, pp. 118-119).

Pues bien, lo que aquí y ahora debe tenerse preferentemente en cuenta es la posibilidad de aplicar esas soluciones, aunque puedan haber surgido en el marco de las economías agrarias y pecuarias, a la realidad contemporánea de las empresas mercantiles e industriales. Especialmente, al menos, a aquellas empresas de las que —por

sus dimensiones y por la significación que en ellas tengan los lazos familiares— podría decirse que participan, en cierto modo, de las características —por lo demás, actualizadas— que han concurrido en la tradicional «casa» aragonesa. Este objetivo está en consonancia con la sugerencia de revitalizar la tradicional «casa» aragonesa, de modo que dentro de la institución se dé cabida, como ha apuntado José Luis Merino, no sólo a los patrimonios agrícolas y ganaderos, sino también a los comerciales e industriales (e incluso a los profesionales). (Véanse de este autor: *El derecho de abolitor aragonés*, pp. 64 y ss.; *Aragón y su Derecho*, pp. 57 y ss.; *La fiducia sucesoria en Aragón*, pp. 95 y ss.).

Veamos, concretando, con qué soluciones cabe contar para evitar la desintegración de la unidad productiva mercantil, o de lo que podríamos llamar «la casa» mercantil, utilizando una terminología —«la casa»— que, sobre ser característica al menos en determinadas zonas de Aragón, tantas veces es utilizada también en el tráfico mercantil para designar a la empresa como unidad organizada de producción y cambio.

3.1. *El legado de empresa*

Pensemos, ante todo, en el legado de empresa. (Es la primera solución que exponen L. Díez-Picazo y M.-A. López Sánchez). Entraría en juego el art. 882 C. civ., aplicable en Aragón a falta de previsión especial al respecto en la Compilación. Si la empresa o negocio mercantil, como conjunto organizado de bienes, puede ser objeto de tráfico jurídico en general, ningún inconveniente debe haber en admitir el legado de empresa.

La exposición de los problemas que se plantean para el supuesto del legado de empresa —régimen de las deudas dimanantes de la gestión empresarial desarrollada por el testador; incidencia sobre los contratos relativos a la empresa y que se hallen en curso de ejecución; reducción del legado— excedería con mucho de los límites en que debe mantenerse esta ponencia y, por otra parte, se situarían, en principio, fuera del Derecho civil aragonés. Por lo que deben dejarse así, simplemente apuntados. Indiquemos, no obstante, que el legado puede quedar establecido al amparo de una especial previsión del Derecho aragonés por la vía de los pactos sucesorios. El art. 100 Comp. contempla con tal amplitud el posible contenido de los pactos sucesorios, que hay que contar con la hipótesis (expresamente mencionada, por lo demás, en el texto legal) de una disposición *mortis causa* a título singular a favor de uno de los contratantes. Cabe, así, que se pacte la asignación de una empresa mercantil a título de legado en favor de uno de los hijos, participante del pacto. (Cfr. los ejemplos que al respecto ofrece J. L. Merino Hernández, en su didáctica obra *Aragón y su Derecho*, p. 128).

3.2. *El nombramiento de un heredero o sucesor único por medio de testamento*

Lógicamente el problema de la conservación de la empresa, tal como se plantea cuando se da una sucesión *mortis causa*, esto es, el problema derivado de la pluralidad de sucesores, quedaría eludido a *radice* si el comerciante, al testar, pudiera instituir a un solo heredero como continuador del negocio mercantil. Pues bien, ésta es una solución característicamente viable en el Derecho aragonés, debido a la flexibilidad de la sucesión forzosa según este derecho.

La Compilación del Derecho civil de Aragón distingue, como es bien sabido, en-

tre una «legítima material colectiva» y una «legítima formal». Respecto a la primera, el art. 119 establece: «Dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código Civil, deben recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. Esta legítima colectiva puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo, con las modalidades establecidas en este Capítulo.» Cabe, pues, la posibilidad de que el empresario atribuya la empresa o negocio, como un todo indiviso, a uno solo de los hijos: al que considere más idóneo para la continuidad y conservación de la empresa. Asimismo, podría nombrar sucesor en la empresa a un nieto, aun viviendo el padre de éste y aun teniendo el instituido tíos, hijos del causante. Lo que debe cuidar el testador es evitar la preterición. Los «descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya» —como dice el apartado 1 del art. 120 Comp., artículo dedicado a la llamada «legítima formal»—. En suma, el sistema de legítimas del Derecho aragonés permite la conservación de las unidades productivas familiares también en el ámbito de las explotaciones urbanas mercantiles.

Ahora bien, el nombramiento de sucesor por medio de testamento padece la inseguridad propia de las declaraciones de voluntad revocables. Recuérdese que *ambulatoria est enim voluntas hominis usque ad vitae supremum exitum* (Digesto, frag. 17, tít. IV, lib. XXXIV). De modo que es oportuno contar con la posibilidad de la sucesión establecida por medio de contrato.

3.3. *El nombramiento de un heredero o sucesor único por medio de pacto sucesorio y la regulación de las situaciones transitorias en relación con la sucesión en la titularidad de la empresa mercantil*

La flexibilidad del Derecho aragonés se manifiesta en efecto a este respecto en cuanto la institución de heredero puede hacerse no sólo en testamento, sino también en capítulos matrimoniales o en contrato sucesorio. Es bien expresivo a este respecto el art. 99.1 de la Compilación, texto que ha venido a tomar partido en la cuestión acerca de si habían de admitirse sólo los pactos sucesorios concertados en capitulaciones matrimoniales o también los establecidos fuera de éstas. Ambas vías son admitidas expresamente por la Compilación, que, por lo demás, remite a la costumbre para determinar el alcance de estos pactos (art. 99.2; cfr. art. 107).

En cuanto a la primera de esas vías, obsérvese que se declara expresamente la validez de «los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales». Esta vía capitular se halla concebida como la regla general [*vide* Ángel Cristóbal Montes, en *Comentarios Compilación* (dir. J. L. Lacruz y J. Delgado), vol. 3.º, p. 274]. Recuérdese, por lo demás, que los capítulos matrimoniales, que pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio y durante él (art. 26 Comp.), y que han de constar en escritura pública (art. 25.2), pueden contener, según la propia Compilación, «cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio» (art. 25.1). Asimismo hay que tener en cuenta que si, celebrado el matrimonio, se pretende la novación de capítulos, se necesitará la concurrencia de los ascendientes que hubieran asistido al otorgamiento anterior para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, en cuanto la novación afecte a los bienes y derechos recibidos (art. 28). Para lo que ahora interesa, debe contarse, en

suma, con el instrumento de los capítulos matrimoniales como vehículo adecuado para ordenar la sucesión en la titularidad del negocio mercantil de los aragoneses casados.

En cuanto a la segunda de las vías apuntadas, esto es, la de los pactos sucesorios extracapitulares, la Compilación (art. 99.1 citado) admite expresamente, por un lado, la posibilidad general de establecerlos en escritura pública, dentro del marco subjetivo-familiar que se concreta —«por mayores de dieciocho años que sean consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos»— y, por otro lado, los que «se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias». Se distinguen, así, dos posibilidades, y las dos pueden ofrecer interés a los efectos de ordenar la sucesión en la titularidad de un negocio mercantil.

Para los objetivos de esta ponencia cabe reparar, por lo demás, en el posible contenido que a los pactos sucesorios asigna el art. 100 Comp.(véase). En este marco de tan amplia libertad caben diversas soluciones para ordenar, del modo que parezca más adecuado a los fines de la subsistencia y mejora de la empresa mercantil, la futura titularidad de ésta. No es extraño, por ello, que hayamos de volver pronto a ese artículo. Observemos ahora, no obstante, cómo, a través de las posibilidades que ofrece ese texto compilado, habiendo varios hijos se puede nombrar a uno solo de ellos como sucesor, a título de heredero —o a título de legado, según se ha indicado más arriba—, de la empresa mercantil y continuador del padre o madre titular.

No hay que olvidar, por otra parte, por la utilidad que pueda tener para los objetivos de la conservación de la empresa, la posibilidad de la donación universal de bienes, habidos y por haber, la cual equivale a la institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario (art. 101.1 Comp.).

Sentado lo que antecede, conviene que contemplemos algunas de las soluciones prácticas que el Derecho aragonés admite para regular por medio de la autonomía privada la situación que podríamos llamar «transitoria», o también «provisoria» —procurando dar a este adjetivo una significación, más que puramente cronológica, funcional—. Se trata de proveer a una determinada situación con la previsión de que se resuelva ésta al fin mediante la definitiva y plena atribución de la titularidad del negocio mercantil a una sola persona. Así, piénsese en las posibles «reservas» que puedan hacerse en los pactos sucesorios —cfr. art. 100 Comp., ya citado—. Las modalidades con que se puede ordenar adecuadamente la sucesión en la titularidad de la empresa pueden ser muchas. Aquí se pretende, sencillamente, dar cuenta, ejemplificativamente, de algunas de ellas.

a) Reparemos, ante todo, en la posibilidad de que se nombre sucesor en la titularidad de la empresa mercantil a uno de los hijos, pero sin que coetáneamente se le transfiera la empresa, sino que se remita la efectividad de esa sucesión para el momento en que fallezcan los instituyentes. Se puede hablar de un «contrato de nombramiento de heredero *post mortem*», esto es, un nombramiento cuyos efectos (definitivos) se posponen para después de la muerte del instituyente o instituyentes. [Véase sobre el particular Ángel Cristóbal Montes, «El contrato de nombramiento de heredero en Aragón», en *ADC* 1978, pp. 729 y ss. (especialmente pp. 734 y ss.); asimismo su participación en los *Comentarios* cit. (dir. J. L. Lacruz y J. Delgado), vol. 3.º, pp. 288 y ss.] El nombramiento del sucesor, no obstante, tiene la firmeza (la irrevocabilidad) propia del contrato. El sucesor es, por decirlo con palabras del profesor Cristóbal Montes, «un heredero electo y, como tal, tiene la seguridad de que, producido el óbi-

to de los instituyentes pasarán a corresponderle los bienes que integren la herencia de los mismos».

b) Como figura en cierto modo contrapuesta a la que acabamos de exponer, hemos de contar con el «nombramiento de heredero de presente». En este caso el instituido, ya antes de la apertura de la sucesión, adquiere la condición de heredero e incluso el dominio de los bienes del disponente, si bien habitualmente reducido a la nuda propiedad; el disponente suele reservarse el usufructo, pero también la administración de los bienes. (A. Cristóbal Montes, «El contrato de nombramiento de heredero...», p. 739, y *Comentarios cit.*, p. 293). Aplicada esta modalidad al ámbito jurídico-mercantil, habrá que plantear la cuestión de determinar quién es el empresario: ¿el instituyente o el instituido?

Es obligado recordar que estamos en el campo de la autonomía de la voluntad, amparada especialmente por el art. 100 de la Compilación, de modo que pueden darse diversas situaciones significativas a este respecto. Si, con la titularidad del negocio o explotación mercantil, pasa al instituido la facultad de administrar o gestionar la empresa, cabe pensar que él mismo habrá de ser considerado empresario. Pero si el instituyente se ha reservado la administración y el usufructo de los bienes, de modo que siga ejerciendo la actividad mercantil en propio nombre, habrá razones de peso para mantener que sobre él recae la calificación de empresario. No se debe ignorar el relevante papel que cumple en Derecho mercantil la determinación de la persona en cuyo nombre se desarrolla la actividad mercantil para identificar al empresario.

3.4. La fiducia sucesoria

La fiducia sucesoria, una de las figuras más interesantes del Derecho aragonés, puede ser útil también para resolver los problemas concernientes a la sucesión en la titularidad de la empresa mercantil. Ahora no se trata del nombramiento ya producido de un sucesor en esa titularidad, nombramiento sobre el cual pueden pesar unas u otras reservas o limitaciones, como hemos visto. Ahora se trata de desplazar en el tiempo el propio nombramiento. De suyo la fiducia sucesoria no lleva consigo necesariamente la conservación del patrimonio familiar indiviso; pero no cabe duda que puede ser un medio útil para combinar la pretensión de conservar la unidad patrimonial-empresarial con la designación de quien —dentro de las personas elegibles— resulte más idóneo para alcanzar ese objetivo.

Aunque quepa relacionar esta figura con las circunstancias propias de determinadas economías familiares rurales, especialmente aquellas en las que la pobreza o la limitación de posibilidades imponen la conservación de la «casa», hay que reconocer la utilidad que puede tener en la actualidad en ciertos casos de empresas mercantiles individuales, en los que o es necesario, o es conveniente, esperar a un momento ulterior para conocer cuál de los hijos o descendientes —pongamos por caso— sea el más capacitado para continuar el negocio.

La Compilación contempla la posibilidad de que «cada cónyuge» nombre fiduciario al otro «para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado» (art. 110.1). Hay que admitir tanto la posibilidad del encargo o mandato que un cónyuge confiere al otro, como la hipótesis de un encargo o mandato recíprocos. Si nos atenemos al texto de ese art. 110, sólo un caso puede ser el instituyente y sólo su cónyuge puede ser el instituido fiduciario. Sin embargo, en la doctrina que trabaja sobre el texto compilado se ha hecho un esfuerzo de interpretación y reconstrucción, teniendo en cuenta el sistema de fuentes (arts. 1 y

2) y el juego del principio *standum est chartae* (art. 3), que ha permitido llegar a la conclusión de que «cabe en derecho aragonés una fiducia sucesoria instituida por cualquier causante capaz, en favor de un tercero, para que regule su sucesión en la forma que tenga por conveniente, salvando siempre la intangibilidad de las legítimas» [Fernando Zubiri Salinas, en el *Comentario Compilación.*, vol. 3.º (dir. J. L. Lacruz y J. Delgado), pp. 377-381; téngase en cuenta también la actitud abierta mantenida por J. L. Merino, *La fiducia sucesoria*, pp. 105 y ss.].

La designación del fiduciario puede hacerse por medio de testamento o por pacto instrumentado en escritura pública (cfr. art. 111 Comp.); en el primer caso, habrá que contar especialmente con la posibilidad de que se trate de testamento mancomunado; en el segundo caso, normalmente se tratará de capitulaciones matrimoniales.

Aparte de aquellos supuestos en que el nombramiento del sucesor pueda hacerse y se haga en vida por ambos cónyuges, debe advertirse que en virtud del negocio jurídico —obra de la autonomía privada— que ha instituido la fiducia, cuando fallece el concedente de ésta (el que ha «confiado» en el sobreviviente), se abre para el fiduciario (cónyuge sobreviviente, en el supuesto-tipo) la posibilidad de determinar el heredero o herederos en el momento que le parezca más oportuno. El art. 112 Comp. es bien expresivo a este respecto. De modo que, con relación al problema de la titularidad de la empresa mercantil, puede ésta seguir, de momento, en manos del sobreviviente, quien puede elegir, cuando llegue el momento adecuado, al hijo que haya demostrado mayores aptitudes para los negocios como sucesor o titular de tal empresa.

Por el interés que asimismo puede ofrecer para el Derecho mercantil, debe tenerse en cuenta también la posibilidad de la fiducia colectiva (arts. 114 y ss. de la Compilación).

3.5. *La viudedad aragonesa en relación con la sucesión en la empresa mercantil*

Aun cuando la viudedad se considere en Aragón como una institución de Derecho de familia, más que de Derecho de sucesiones, para los propósitos del presente trabajo es imprescindible examinarla ahora, al tratar de los problemas consecutivos al fallecimiento del titular de la empresa mercantil.

Ha de tenerse en cuenta especialmente el usufructo viudal como instrumento jurídico a través del cual, pese a ese fallecimiento, se puede atender al interés en la continuidad y conservación de la empresa mercantil. Pero no se puede prescindir de una referencia a la primera fase de la viudedad, esto es, al «derecho expectante de viudedad», del que se ocupan los arts. 76 y siguientes de la Compilación, y que, en cuanto recaiga sobre la empresa —o «explotación» (como dice el texto compilado)— mercantil o industrial, adquiere una configuración jurídico-real.

El art. 76 prescribe (en su apartado 1) que los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39 «quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos», derecho que, a menos que se renuncie, «no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación» de cualquiera de esos bienes (apartado 2, donde se dan otros detalles al respecto). Establece también el mismo artículo (en su apartado 4) que «tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho». Y hay que advertir que aquellos muebles como sitios aludidos por el apartado 1 de ese artículo son precisamente «las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercanti-

les e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras». Conviene no olvidar, además, que por voluntad de uno de los cónyuges, expresada en testamento o instrumento público, puede reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones que acabamos de indicar, esto es, para lo que ahora interesa, a las mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a ellas, y que «si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad» (arts. 72.2 y 39.1.º Comp.).

Pues bien, llegado el fallecimiento del cónyuge empresario mercantil, el sobreviviente ve transformado su derecho expectante en el usufructo sobre los bienes afectos, cuya posesión asimismo adquiere (art. 79 Comp.). Esto significa, con referencia a la empresa mercantil de la que era titular el difunto, que el sobreviviente pasa a ser poseedor y usufructuario. Se ha entendido que hay aquí un caso de «posesión civilísima». En virtud de ella corresponde al viudo usufructuario la tenencia material de los bienes que integran la empresa o negocio mercantil y la legitimación para ejercitar las acciones a fin de hacerla efectiva. [Cfr. F. A. Sancho-Rebullida y P. de Pablo Contreras, en *Comentarios*, cit. (dir. Lacruz y Delgado), p. 780]. Es, sin duda, una interesante solución para resolver el problema de la conservación de la empresa.

Hay que contar también particularmente con las previsiones de la Compilación sobre el comienzo y el desarrollo del usufructo. Tiene interés desde el punto de vista de los intereses en juego —y, por supuesto, reconociendo entre ellos los de la propia empresa mercantil—, la obligación que, dado el caso, pese sobre el usufructuario de formalizar el inventario y prestar la fianza en los supuestos del art. 80, así como las medidas cautelares previstas por el art. 81 y la sanción a la que se refiere el art. 82. Igualmente, las previsiones contenidas en el art. 84 sobre frutos y gastos, expensas y mejoras, reparaciones y alimentos.

La posesión y el ejercicio de la empresa por el cónyuge usufructuario constituye, en suma, una solución, como hemos apuntado, para subvenir a la continuidad y la conservación de la unidad productiva, en nuestro caso, la empresa mercantil o industrial. El usufructuario queda al frente de ésta como titular. Pero si hay aquí una solución para la pervivencia y conservación de la empresa, no quiere ello decir que tal solución sea buena en todos los casos. ¿*Quid* si el sobreviviente usufructuario carece de las aptitudes necesarias para la gestión mercantil, o se halla imposibilitado de ejercerlas, aunque las tenga?

Hay que admitir la posibilidad de que nombre un factor (posibilidad a la que ya aludió explícitamente Manuel-Ángel López Sánchez, *La transmisión «mortis causa» de la empresa en el Derecho aragonés*, cit., p. 41), como cualquier otro comerciante. El factor podría ser cualquiera de los hijos o descendientes, lo que contribuiría, dado el caso, a preparar una ulterior sucesión en el pleno dominio.

Pero, haya o no haya nombramiento de un factor, hay que contar especialmente con las indicaciones que, en determinados casos, los nudo-propietarios puedan hacer ante el usufructuario. El legislador se ha hecho cargo de esta posibilidad en un artículo, el 85. (Véase, así como el art. 87).

3.6. La comunidad conyugal continuada

Regulada hoy en el título V del libro primero de la Compilación aragonesa (arts. 60 y ss.), la comunidad conyugal continuada constituye una institución jurídica de la

que se ha podido decir que es «genuina y característicamente aragonesa» (J. L. Merino). Ofrece especial interés para el ámbito mercantil. No hay más que ver, para advertirlo, la significativa referencia que a las explotaciones mercantiles se contiene en el art. 60. Gracias a estas previsiones compiladas, se produce algo así como si fuera una prolongación de la comunidad económica matrimonial que existía cuando ambos cónyuges vivían, con la ventaja de evitar la liquidación de la sociedad matrimonial y el subsiguiente reparto de los bienes: el cónyuge sobreviviente va a ocupar una posición similar a la que tenía cuando su consorte vivía, y los herederos —generalmente los hijos— van a ocupar la posición que tenía el fallecido. Basta con estas observaciones elementales para comprender el interés que ofrece la comunidad conyugal continuada en orden a la permanencia de la empresa mercantil como unidad económica de producción y como comunidad de trabajo.

El art. 60.1 ofrece una delimitación básica de la figura cuando establece que «continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto la comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges, siempre que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles». Esa continuación puede ser, según los casos, obligatoria o potestativa. Así, según las previsiones del propio art. 60.1, será obligatoria «si así se hubiera pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado por ambos cónyuges», y potestativa «si, aun sin pacto o disposición, hubiese quedado descendencia del matrimonio». No se debe olvidar, por lo demás, en cuanto a las posibilidades abiertas a la comunidad continuada, que, en caso de no haberse pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado, la continuación de la comunidad con los descendientes ha de contar con «la voluntad concorde de todos los interesados»; pero se entiende «que hay acuerdo tácito de continuarla si en el término de un año, a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario» (art. 61.1); y «no surtirá efecto la voluntad en contrario si entre los descendientes que sucedan en todo o en parte de la explotación hubiera algún menor de edad y no quedaran descendientes de uno solo de los cónyuges» (art. 61.2). (Jesús Delgado Echeverría, teniendo en cuenta diversas previsiones de la Compilación, ha podido puntualizar, en resumen esquemático, las hipótesis de continuación de la comunidad conyugal: véase su estudio «Comunidad conyugal continuada», en *RCDI*, núm. 465, julio-agosto 1968, pp. 405 y ss., especialmente p. 435).

En cuanto se trate de una empresa mercantil, uno de los puntos más importantes, por su repercusión en el tráfico, ha de ser, sin duda, el relativo a la gestión y representación de la comunidad. La Compilación (art. 65) atribuye al cónyuge superviviente la función de «gestor administrador de la comunidad continuada», gestión respecto a la cual establece un flexible *standard*: «En dicha función deberá prestar su actividad adecuadamente a sus circunstancias personales y a la índole del patrimonio». Pero cuenta con la posibilidad de que a los partícipes que reciban alimentos o que sean atendidos con cargo a la comunidad se les exija «una colaboración similar».

Pues bien, cabe deducir que el cónyuge sobreviviente ha venido a ocupar el puesto del difunto y es el continuador de una empresa individual, esto es, ha quedado convertido en «comerciante» o «empresario mercantil», si no lo era ya antes. Pero la colaboración de los demás podría dar lugar a pensar, y especialmente en cuanto se manifieste ante los terceros en el tráfico mercantil, que nos hallamos ante un supuesto de hecho distinto del que encarna en la figura de empresario individual; un supuesto que sobrepasa esa figura. Recuérdese que la agrupación de unas personas

que, sin inscribirse en el Registro Mercantil, comparece en el tráfico dedicándose a actividades empresariales (supuesto que ahora interesa), habrá de ser tratada como sociedad en cuanto se dé, en efecto —o deba deducirse de hechos concluyentes—, la voluntad societaria (elemento negocial indispensable a todo concepto de sociedad), más allá de la simple comunidad incidental. Estaríamos en presencia de una sociedad irregular, con lo que esto supondría en cuanto a la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los partícipes, por aplicación de las normas de la sociedad colectiva.

Por todo ello pienso que una buena medida de precaución, si quiere evitarse que la comunidad hereditaria dedicada a una actividad jurídicamente calificable de mercantil se deslice hacia el tratamiento de la sociedad (mercantil) colectiva, ha de ser la inscripción del sobreviviente en el Registro Mercantil como empresario mercantil individual y dar la publicidad que legalmente corresponda a los poderes que confiera a alguno o a algunos de los herederos, que actuarán, según el caso, como «factores», como «dependientes», o como «mancebos», por seguir la arcaica, pero delimitadora, terminología del Código de comercio. El RRM de 1996 subviene en buena medida a la solución de estos problemas. En la hoja abierta al empresario individual —según el art. 87 RRM— se inscribe «la identificación del empresario y su empresa» (núm. 1.º), y asimismo, entre otros posibles datos, «los poderes generales, así como su modificación, revocación y sustitución» (núm. 2.º). (Téngase en cuenta también el art. 22.1 C. com.). La publicidad del alcance de los poderes conferidos a quienes sólo actúen como dependientes o mancebos (si no son objeto de inscripción, aunque fuera voluntaria, en el Registro Mercantil) queda encomendada a los medios que el Código de comercio prevé: avisos públicos o circulares a los corresponsales (art. 292 C. com.).

Hay que advertir, no obstante lo dicho, que la circunstancia de estar determinado en la Compilación aragonesa con precisión —así, por ejemplo, en cuanto a las facultades y responsabilidades— el estatuto jurídico aplicable a esta unidad económica familiar que sobrevive al cónyuge premuerto, acaso reduzca significativamente las posibilidades de que ese estatuto se vea reemplazado por el régimen aplicable a lo que, en otro caso, podría ser una sociedad irregular.

* * *

El ponente es consciente de las muchas lagunas que su exposición ha dejado sin cubrir. Lo es, asimismo, de su falibilidad. Pero se permite un consuelo y una esperanza:

— El consuelo de contar con la valiosísima colaboración que nos van a prestar el registrador y académico don Pablo Casado Burbano y el notario don Eloy Jiménez Pérez; no puede el ponente dejar de manifestar su satisfacción y gratitud por tan grata y fructífera compañía, a la vez que felicita a los asistentes, pues en verdad salen ganando al quedar reemplazada la exposición que aquí acaba por estas otras más autorizadas y mejor conocedoras de las realidades prácticas.

— La esperanza de que tantos estudiosos como hay mejor equipados que el ponente no sólo corrijan los yerros en que éste haya incurrido, sino que avancen en el conocimiento del Derecho aragonés en su relación con los problemas jurídico-mercantiles.

Intervención de D. Eloy JIMÉNEZ PÉREZ
(Coponente)

**CUADRO DE CONCORDANCIAS-DIVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL
COMÚN Y EL FORAL ARAGONÉS EN LOS OTORGAMIENTOS MÁS USUALES
DEL ÁMBITO MERCANTIL**

A.— CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL CON APORTACIÓN DINERARARIA

	DERECHO COMÚN	DERECHO ARAGONÉS
Menor de 14 años	Representan los padres (Art. 156 y 162 C.C.)	Representa el padre o madre (Arts. 12 y 13 Compilación)
Entre 14 y 16 años	Representan los padres (Art. 156 y 162 C.C.)	El menor con asistencia (Art. 5.1.º Compilación)
Entre 16 y 18 años	Si está emancipado él solo (art. 323 C.C.) Si no le representan los padres (Art. 162 C.C.)	El menor con asistencia (Art. 5, 1.º Compilación)
Estado Civil	No influye	No influye. Pero el casado se convierte en mayor de edad (Art. 4 Compilación).

B.— CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL CON APORTACIÓN DE INMUEBLE O ASIMILADOS

	DERECHO COMÚN	DERECHO ARAGONÉS
Menor de 14 años	Representan los padres con autorización judicial (Art. 166 C.C.)	Representa el «padre» con autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia (Art. 13 Compilación).
Entre 14 y 16 años	Igual que menor de 14	El menor con asistencia del padre (Art. 5.1.º Compilación).
Entre 16 y 18 años	Si está emancipado o vive independiente, él con consentimiento paterno (Art. 319 y 323 C.C.) Si no, los padres y él consiente (Art. 166 C.C.)	El menor con asistencia del «padre» (Art. 5, 1.º Comp.)
<i>Excepción</i> Títulos Valores del menor	Si se invierten en valores seguros no necesitan licencia judicial (Art. 166 C.C.)	Valen lo mismo dicho según edad del menor
Títulos Valores Gananciales	Titular (Art. 1384 C.C.)	Titular (Art. 48-2.º Compilación)
Bien Inmueble Ganacial	Ambos cónyuges (Art. 1377 Código Civil)	Ambos cónyuges (Art. 48-1.º Compilación)
Bien Inmueble Privativo	El titular (Salvo el caso que sea la vivienda habitual (art. 1320 C.C.))	El titular con renuncia del cónyuge al Derecho expectante o vivienda habitual (art. 51 y 76-2 Comp.)

C.— NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR

DERECHO COMÚN

DERECHO ARAGONÉS

Debe recaer en mayor de edad	Debe recaer en mayor de edad
------------------------------	------------------------------

D.— TRANSMISIÓN DE ACCIONES

DERECHO COMÚN

DERECHO ARAGONÉS

Menor de 14 años	Los padres con autorización judicial. Los padres reinvertiendo en valores seguros (Art. 166 C. Civil)	Padre con autorización Junta Parientes o con autorización judicial (Art. 13 Compilación).
Entre 14 y 16 años	Igual que en el caso anterior	El menor con asistencia del padre (Art. 5 1.º de la Compilación)
Entre 16 y 18 años	Si está emancipado o vive independiente, transmite él. Si no lo está, los padres y él consiente en la escritura (Art. 319, 323 C.C.)	El menor con asistencia de su padre (Art. 5-1.º Comp.)
Bienes Privativos	Titular	Titular (Art. 51 Comp.)
Bienes Gananciales	Titular (Art. 1384 C.C.)	Titular (Art. 48-2.º 2.ª Comp.)

E.— TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES DE SOCIEDAD LIMITADA

1.— MENORES. VALE LO DICHO PARA LAS ACCIONES. (Aun cuando no sea indubitada su inclusión en el Artículo 166 del Código Civil o 13 de la Compilación Aragonesa, debe entenderse lo están quizá como valores mercantiles.

2.— GANANCIALES: Transmiten ambos (Art. 1377 C.Civil).

3.— PRIVATIVOS: En derecho común el titular.

En derecho aragonés el titular con la renuncia del cónyuge al derecho expectante de viudedad (Art. 76 Compilación).

F.— LA LETRA DE CAMBIO

— Notarialmente no producen problemas de capacidad por no constar tales circunstancias (edad, regionalidad, régimen matrimonial) en la Letra.

— Los problemas, de plantearse, serían en la esfera judicial.

G.— TRANSMISIÓN DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL AGRICOLA GANADERO O INDUSTRIAL

— MENORES igual que apartado B. Aportación inmueble. Aunque un establecimiento agrícola o ganadero no sea mercantil —stricto sensu—, creo pueda asimilarse aquí su tratamiento.

— GANANCIAL: Transmiten ambos cónyuges.

— PRIVATIVO: Derecho común: propietario.

Derecho Aragonés: Propietario con renuncia al Derecho expectante de Usufructo del Cónyuge (Art. 76 en relación al Art. 39, 1.º Compilación).

Voy a intentar ser breve por razones obvias y son solo unas palabras para presentar el cuadro que, por escrito, os he entregado. Y luego tratar un par de puntos que en el mismo cuadro se tocan.

En un principio no estaba previsto que Pablo Casado ni yo hablásemos, en principio como decía Pablo, íbamos a ir de acólitos y a estar únicamente como oyentes en primera fila, pero después de la primera reunión que tuvimos, decidimos que algo

teníamos que hacer, citar algunos puntos de nuestros respectivos campos profesionales, de notario y registrador y hablar algo sobre estos temas.

Entonces decidimos que, tras la exposición que tan brillantemente ha hecho Don Vicente, tocáramos algunos puntos de esta materia y que el tiempo de exposición, para no alargarse, fuese de cinco minutos para Pablo y cinco minutos para mí.

Cuando me enfrenté al tema de qué decir en cinco minutos, con carácter práctico, como se deriva de mi manera de entender el Derecho y de vivirlo, ante tan amplio campo, me puse a resumir ideas, a hacerlas cada vez más concretas y, poco a poco, lo que fue surgiendo fue un cuadro sinóptico, un cuadro comparativo entre ambos derechos, el Común y el Foral Aragonés.

Y entonces, cuando este cuadro surgió, me asusté, dije: no vas a decir nada nuevo y encima te vas a comprometer en cada palabra que pongas.

Pero, sin embargo, pensé: bueno es un divertimento, y quizás pueda servir a quienes se inicien en la materia, y si lo reparto, ya escrito, gano tiempo de exposición y, por otra parte, a mí en otros campos que domino menos, o en otros derechos, podría servirme de comparación, tener algo similar.

Y por eso, quizá como fruto de esa osadía, me decidí a presentaros el cuadro que os han repartido al principio de la exposición.

He añadido también los textos positivos, que son fáciles de localizar para cualquiera, pero que, estando incorporados es más fácil, y me facilitan, por una parte, el no tener que transcribirlos y por otra parte, que el cuadro sea menos confuso y menos repetitivo.

Respecto al contenido del cuadro, y por razones de brevedad, solamente quisiera, decir que es lo que parece, simplemente un cuadro que ayuda, que te ratifica lo que sabes y que te ayuda a localizar las cosas, nada más, ninguna otra cosa pretende ser.

En el cuadro hay dos temas que quisiera comentar. Por una parte el punto primero se refiere al carácter un poco escurridizo de las participaciones sociales, en un doble aspecto, al querer colocarlas dentro del cuadro, en primer lugar en cuanto a si la transmisión de participaciones de sociedad limitada entra dentro de los supuestos que requieren licencia judicial o de junta parientes en su caso, de acuerdo con los artículos 166 del Código Civil y 13 de la Compilación de Derecho Foral Aragonés.

Para mí, y por lo que he consultado a otros compañeros, parece clara su inclusión dentro de tales artículos, es decir, que la transmisión de participaciones sociales de un menor haría necesaria la licencia. Sin embargo, en lo que hay disparidad de criterios es al fijar en qué punto, de esos artículos pueden entrar las participaciones de una sociedad limitada : como parte de un establecimiento mercantil, como valor mercantil, en definitiva todo el mundo está de acuerdo en su inclusión.

Y también otro punto que me plantee fue si era necesario o no, la renuncia del Derecho expectante de viudedad Foral Aragonés, de su consorte cuando un cónyuge transmita participaciones de carácter privativo suyo, teniendo ambos la regionalidad aragonesa.

En principio he tomado la tesis positiva, en base a los artículos que regulan esta materia y quizá nuestra opinión no sea unánime, quizá mi propio componente, Pablo Casado opina que, quizás no sea necesaria, también José Luis Merino, consulté con él y decía que quizá fuera más progresiva la opinión de defender la no necesidad por-

que son bienes muebles y no son, en sentido estricto, una parte de un establecimiento mercantil.

Sin embargo, yo he considerado incluirlos dentro de esos supuestos de necesidad de renuncia al usufructo de viudedad aragonés, al expectante por considerar mas segura dicha opción.

El segundo tema, el segundo tema es el que más dolores de cabeza me ha planteado, y es el que se refiere a la representación del Aragonés menor de catorce años. Concretamente en su colocación en el apartado A, cuando se habla de representación del menor para constitución de una sociedad mercantil con aportación dineraria.

El supuesto hecho que yo quería recoger y que quiero concretar aquí para que sirva un poco, por lo menos de acotar el tema, es por una parte cuando me refiero a sociedades mercantiles, me refiero a las usuales, concretamente hoy casi siempre limitada y también algunas anónimas, y no a las otras, ni a la colectiva ni a la comanditaria cuyo supuesto podría ocasionar varios problemas, fundamentalmente si puede ser el menor socio colectivo.

En segundo lugar, en cuanto a concretar que son aportaciones dinerarias, me refiero a que las aportaciones dinerarias lo son las de todas las personas que van a constituir la sociedad, porque la aportación no dineraria, en sede limitadas, de un tercero puede llevar consecuencias en cuanto a responsabilidad solidaria de todos los partícipes.

Y, en tercer lugar, me refiero a un supuesto normal de constitución, en la que ni el representante ni su padre son nombrados administradores.

Con respecto a ese concreto supuesto en Derecho Común he adoptado la posición más segura al decir que son los padres los que le representan, quizá porque los artículos del Código Civil, el 162, 164 y 166, comienzan siempre «los padres» en los tres supuestos. Aunque quizá la tesis de una representación separada de uno de ellos, podría entrar dentro de los supuestos más amplios del artículo 156.1.º.

Pero lo que más me preocupa, lógicamente a mí, es dar la solución con respecto al Derecho Aragonés.

Y ahí en este supuesto, que en Derecho Aragonés se refiere, lógicamente sólo al menor de 14 años, porque los mayores de 14 años ya entran dentro de los supuestos del artículo 5.1.º, prefiero tomar la solución arriesgada de pedir la representación por el padre la madre, en vez de dar la solución más segura de decir que los dos padres fueran los que intervinieran.

No obstante queda claro que la posibilidad de que, en este foro se discuta y la posibilidad de tomar otra nueva posición, y quien tome la contraria le bastará con corregir el cuadro y poner una «y» donde yo pongo una «o».

Las razones que me han motivado dicha posición en este tema son, por una parte, la duda que surge por el juego de los artículos y sus remisiones, el 13 que se limita al 12 y éste al 9, y en el fondo dicen que, tanto el poder de disposición como la administración o la autoridad familiar la ejercerán los padres conjunta o separadamente según los usos sociales o familiares. Y trasladan al campo patrimonial los problemas que, en principio, estaban dentro del personal.

De todas formas nos dejan abierta siempre la posibilidad que el uso decida estas cuestiones de hecho en los supuestos prácticos.

Por otro lado, como ya apuntaba el profesor Delgado, hay un tema a considerar y es el de que a veces la Compilación Aragonesa, con bastante frecuencia, se utilice la actuación separada de un cónyuge, por ejemplo en el artículo 5.1.º para la asistencia y en el artículo 27 con respecto a los capítulos del menor.

Quizá también ha influido en mi ánimo el artículo 13 que nombra, habla del administrador en singular, aunque lógicamente es una remisión que por el juego de los artículos 9 y 12, llega a la conclusión que hemos apuntado.

Y también adoptar la solución contraria, la de que tengan que representar los dos cónyuges la conjunta en todos los supuestos, llevaría consigo a que ésta fuese imprescindible prácticamente en todos los actos de adquisición y también los de enajenación, tanto con licencia o sin licencia y prácticamente en todas las intervenciones del menor, lo cual complicaría, de hecho grandemente, la solución de estos supuestos en la práctica diaria.

Termino apuntando también un posible tema que podía ser objeto de estudios en otros encuentros posteriores, cual es la posibilidad de que se estudien aquellos artículos de la Compilación Aragonesa que han inspirado otros textos legales, tanto el Código Civil como otras compilaciones y, por razones de brevedad, paso la palabra a mi compañero Pablo Casado.

Intervención de D. Pablo CASADO BURBANO
(Coponente)

LA CARACTERIZACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL ARAGONÉS

En un ordenamiento jurídico como el aragonés, tan exuberante en titularidades expectantes, en posibles patrimonios en tránsito y en llamamientos coordinados y subordinados, se hace especialmente necesario determinar el carácter de los bienes inmuebles de los empresarios individuales al objeto de fijar su régimen o estatuto.

Con independencia de su carácter propio y tradicional, en la actualidad y así se reconoce genéricamente por doctrina y jurisprudencia, los bienes inmuebles pueden ser objeto de tráfico mercantil y, por tanto, estimados, como inmuebles-mercadería o mercancía y, por otra parte, los bienes inmuebles pueden considerarse como elementos integrantes de esa universalidad que llamamos empresa, sin perder, en cierta medida, su individualidad, pero quedando asociados a los avatares de ésta, que, como es bien sabido, se halla muy deficitaria de regulación en nuestro Derecho.

A uno y otro aspecto me voy a referir brevemente.

A) El inmueble-mercadería

Conforme al art. 48.2.1.º, la Compilación legitima a cada cónyuge para realizar actos de disposición de los bienes consorciales «incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio», por lo que el cónyuge empresario podrá enajenar los inmuebles, propios de su giro o tráfico. Del mismo modo, los bienes inmuebles-mercancía no están sujetos al derecho expectante de viudedad, que no afecta a los bienes destinados al tráfico o especulación mercantil, como comúnmente es aceptado.

El problema se plantea a la hora de acreditar esa condición o carácter de inmuebles-mercancía a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad del correspondiente acto dispositivo realizado por el empresario constructor. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 1986 se ocupó de esta cuestión y, tras reconocer que no es necesario el consentimiento del consorte para enajenar, ni es precisa la renuncia de su derecho expectante de viudedad, cuando el bien enajenado, en este caso, vendido, «es resultante de una actividad mercantil ... o que la venta constituye un acto propio del género de comercio a que viene dedicándose su autor»; sin embargo, entendió que no es inscribible tal acto dispositivo, por no haberse acreditado aquellos extremos, que «son datos de hecho que escapan a la calificación registral, que solamente puede apoyarse en el título presentado y en el contenido del Registro». En el caso planteado se habían presentado al Registro, como documentos complementarios a efectos de dicha acreditación, la licencia fiscal, la constancia en el listín telefónico y la inscripción en la Cámara de Comercio.

Ciertamente, para que los pronunciamientos registrales puedan presumir de exactitud y validez, conforme a los arts. 38 de la Ley Hipotecaria y el 20 del Código de Comercio, los Registradores poco o nada deben presumir, pero ello no quiere decir, al menos en nuestro caso, que se requieran especiales medios de prueba para acreditar la peculiar condición de aquellos inmuebles.

La prueba genuina suficiente sería la certificación de la inscripción en el Registro Mercantil del empresario individual inmobiliario, en la que se expresase «el objeto de

su empresa», de necesaria consignación en la inmatriculación o primera inscripción del mismo (art. 90 del reglamento del R.M.). No obstante, este tipo de inscripciones es voluntaria y la realidad práctica es que no se efectúan.

En el extremo contrario, es decir, facilitando al máximo la prueba, estaría la postura de entender como bastante la simple declaración del cónyuge enajenante, contenida en la escritura, en el sentido de que el bien en cuestión tiene tal carácter. Por sí sola, me parece insuficiente esta declaración, si bien, entiendo que, acompañada de certificación de algún Registro administrativo o precedida de otras inscripciones en el Registro de la Propiedad, en las que se hubiese hecho constar su condición de empresario inmobiliario, indicando que tal situación no ha cambiado, —extremos todos ellos reflejados en la correspondiente escritura—, sería bastante para que el Registrador inscribiese la enajenación sin intervención del consentimiento o renuncia del otro cónyuge.

Podríamos preguntarnos si se precisa, para gozar de la condición de empresario inmobiliario, el ejercicio habitual de tal actividad o si basta la realización o promoción de una construcción aislada. Creo que basta esto último, en forma análoga a como acontece con el empresario naviero (cfr. art. 595 y concordantes del C. com.), aunque, indudablemente se dificulte la prueba o acreditación de tal extremo.

En otro orden de cosas, pero siguiendo el mismo criterio, cuando se trate de bienes inmuebles-mercancía enajenados por el heredero de un empresario individual aragonés, entiendo que tal heredero no responderá con su propio patrimonio, a efectos del beneficio legal de inventario, si es que se producen pérdidas perjudiciales para los acreedores de la herencia, como consecuencia de aquellas enajenaciones, siempre que no sean fruto de actuaciones negligentes (cfr. art. 128).

B) El inmueble integrado en una empresa mercantil

La Compilación no utiliza el término empresa, aunque sí los de «negocio mercantil o industrial» (art. 12), «explotaciones ... mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos» (art. 39.1, 60 y 72.2), o «explotación de ... negocios» (art. 42). Por su parte el Código civil, sí que utiliza como indistintos o, al menos, como equiparables, los términos «empresa», «explotación» o «negocio» (cfr., entre otros, los arts. 1347, 1360 o 1903). Pienso que no hay inconveniente, a pesar de las reticencias del legislador aragonés a utilizar el término «empresa», para equiparar, a nuestros efectos, unas y otras expresiones.

No son sustancialmente diferentes los problemas que plantea la empresa como objeto de tráfico jurídico en el Derecho común o en el aragonés, por lo que me voy a limitar a hacer algunas consideraciones en lo referente a los bienes inmuebles afectos a la empresa en relación con el derecho expectante de viudedad.

No se trata aquí, a diferencia de lo visto en el apartado anterior, de los inmuebles-mercancía, que, ciertamente, podrían estimarse como elementos accidentales o accesorios de la empresa, en tanto que productos de la misma, sino de lo que llamaríamos elementos esenciales, —así lo hace, por ejemplo, la Compilación navarra, en sus arts. 64, 68 y 86—, en tanto que contribuyen a la obtención del producto o beneficio que sea.

El problema central radica en determinar el alcance de la afección de un inmueble a una empresa y su consiguiente acreditación.

Por una lado, la empresa en sí misma, comprenda o no bienes inmuebles, está afecta al derecho expectante de viudedad (cfr. art. 76.1). La cuestión se nos plantea, sin embargo, cuando se enajena por un cónyuge, sin el consentimiento o la renuncia del otro, un bien inmueble, —la nave, el local o la tienda— afecto a la empresa. En tales casos creo que no se extingue el derecho expectante de viudedad, salvo que se acredite que el inmueble va a ser sustituido simultáneamente por otro equivalente o más valioso, es decir que un nuevo bien inmueble va a subrogarse en el lugar que, en la universalidad de la empresa, ocupaba el bien enajenado. Con ello se neutralizarían posibles abusos por parte del otro cónyuge, al negarse injustificadamente a prestar su anuencia a posibles mejoras en el desenvolvimiento de la empresa, que precisasen nuevas sedes físicas. A efectos de prueba ante el registro, pienso que bastaría la declaración del interesado en la correspondiente escritura, acompañada de acreditación bastante del título de la inmediata adquisición del otro inmueble.

Finalmente quisiera referirme a una cuestión que, creo, no puede eludirse a la altura que estamos en nuestra legislación mercantil y es el tema de la protección del derecho expectante de viudedad frente a las posibles agresiones de lo que se viene llamando ingeniería societaria. Esta «ingeniería» o «picaresca» no es otra cosa, —como reconocían nuestros clásicos—, que obtener con arte y disimulo aquello que queremos aunque no esté amparado por la ley.

Ciertamente puede lograrse esto en detrimento, en su caso, de aquel derecho expectante, a través de sociedades irregulares, determinadas fusiones y escisiones, uni-personalidades sobrevenidas inscritas y no inscritas, cesiones globales de activos y pasivos, etc., figuras todas ellas acogidas en nuestro ordenamiento con mayores o menores efectos. La problemática que pueden plantear es amplia y compleja, pero, en todo caso, ha de tenerse la sensibilidad suficiente para invocar, apreciar y aplicar, cuando el aludido fraude llegue a intentarse, la doctrina del «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica aparente, —ampliamente acogida por nuestra jurisprudencia—, a fin de desenmascarar al empresario individual que, por medio de estos procedimientos, se dispone a eludir aquel gravamen.

COLOQUIO

Moderador: D. Honorio ROMERO HERRERO
Notario

Después de la exposición del ponente y de los coponentes, queda abierto el coloquio, para el cual se han aportado muchos datos y planteado diversas cuestiones. El que pida la palabra que levante la mano y se le pasará el micrófono a efectos de que pueda formular la correspondiente pregunta.

Rogamos, como de costumbre, que se identifique la persona que pregunta.

Gabriel García Cantero, catedrático de Derecho Civil.

En primer lugar, he de felicitar a todos los miembros de la mesa, especialmente al profesor Vicente Santos, por ese exhaustivo tratamiento que nos ha hecho del tema. Y también a los demás por lo incisivo de las cuestiones que han planteado.

Me gustaría plantear dos cuestiones muy concretas al profesor Santos, a las que ha aludido; no sé si le era posible profundizar, evidentemente; pero me parece con- vendría insistir, porque hay dudas.

En primer lugar, la naturaleza de la asistencia del artículo 5 de la Compilación cuando el menor que tiene 14 años realiza cualquier acto o contrato. El profesor Santos ha hecho suya la opinión del profesor Sancho Rebullida, que yo comparto, pero la realidad puede plantear muchas cuestiones. Me gustaría profundizar en ellas si es posible, o aclarar un poco más su pensamiento.

La inclinación inicial es la de identificar esta asistencia con el asentimiento del Código Civil. Yo creo que no, yo creo que es cosa distinta. Pero entonces el asentimiento no es una mera presencia pasiva de los padres, o de la Junta de parientes en el acto, en el contrato que está otorgando personalmente el menor aragonés que ha cumplido los 14 años.

Primera hipótesis. Imaginemos un contrato formalizado ante notario. ¿Bastaría, por ejemplo, que el notario al redactar el acta diese fe de que ha estado presente todo el acto, durante todo el otorgamiento el padre, aunque el padre no haya dicho nada?

Segunda hipótesis: ¿Sería posible que el hijo manifestase: «sí, sí, cuento para este acto con el asentimiento de mi padre, o de mis padres», pero que el padre o los padres no dijese nada?

Tercera hipótesis: El notario, a lo mejor, se ha olvidado, o ha tenido un pequeño lapsus, y simplemente se limita a dar fe de que el padre ha estado presente en el otorgamiento del contrato.

Es decir, a mí me parece que ahí habría dos cosas que son muy claras. Si el acto se realiza sin la presencia física del padre que debe asentir, evidentemente no se ha cumplido el requisito del artículo 5. O bien, si en el acto de otorgamiento la persona manifiesta que niega su licencia, evidentemente es claro que no se cumple el requisito.

Pero me planteo el problema del silencio activo. Es decir, en un acto, en un otorgamiento ante notario, en el cual está presente desde el principio hasta el final, y, por ejemplo, firma el acta; aunque no diga nada, entiendo que ha asentido tácitamente.

Ésta sería la primera cuestión.

La segunda cuestión en relación con la comunidad aragonesa continuada, sobre la que ha hecho referencia a la posibilidad de una sociedad irregular. Me ha parecido entender que estaba pensando en la sociedad irregular mercantil. La pregunta mía es si además de una sociedad irregular mercantil, lo que puede configurar esa comunidad continuada puede ser una sociedad civil: una sociedad civil irregular, que puede que sea lo más frecuente.

Nada más.

Vicente Santos. Ponente

La primera pregunta está llena de matices y contiene un conjunto de cuestiones, más o menos implícitas o explícitas. Yo creo que la asistencia del artículo 5 debe ser entendida desde el punto de vista de la función que cumple. Es un instrumento de protección, es un medio de proteger al menor de edad mayor de 14 años. Me parece que, desde ese punto de vista, se resuelven algunas de las cuestiones que plantea el profesor García Cantero.

¿Que el padre permanece silente? Si, de acuerdo con las circunstancias del caso, no se le puede pedir, o no se le debe pedir, más que el puro silencio, de ese silencio hemos de deducir que está asintiendo, que está prestando la asistencia que la Compilación requiere. *Nulla quaestio*.

¿Que el hijo dice que cuenta con el consentimiento del padre y el padre está ausente? En este caso, claro es que no se cumple con el requisito. Pero creo que todos estos problemas que plantea el profesor García Cantero se pueden resolver desde ese punto de vista.

Dejaría en un muy segundo plano la cuestión puramente dogmática de si se puede identificar o no con el asentimiento del Código Civil. Simplemente interpretémoslo desde el punto de vista de los antecedentes históricos aragoneses y de la función que cumple esa asistencia que prevé el artículo 5 de la Compilación. Creo que desde este ángulo, desde este planteamiento, se resuelven muchas de las inquietudes que parece tener el profesor García Cantero, me parece a mí. Pero en esto me someto a opiniones mejor fundadas que la mía, que aquí pueden, sin duda, ser emitidas.

En cuanto a la comunidad aragonesa continuada, naturalmente tiene toda la razón el profesor García Cantero. Lo que él ha expresado lo tenía dentro de mí, lo tenía *in pectore*, aunque no lo haya dicho. La sociedad irregular será sociedad irregular mercantil, entrañará la responsabilidad propia de la sociedad colectiva, en tanto en cuanto la actividad a que se dedique sea una actividad mercantil. Era la hipótesis de la que estaba yo partiendo. Estábamos partiendo de ese supuesto (en consonancia con el tema propuesto para la ponencia): del supuesto de que se trata de una actividad mercantil. Si se trata de una explotación agraria, civil, pecuaria, algo que está, hoy por hoy, fuera del ámbito del Derecho mercantil, naturalmente el problema sería otro. No hay ningún inconveniente en admitirlo.

Nada más.

Pablo Casado Burbano. Coponente

Yo simplemente quería decir que el tema de la asistencia es un tema habitual de todos los días en las notarías y en los registros de Aragón. Entonces lo que se utiliza normalmente es la palabra sacramental: asistencia. Es decir, yo dudo que ningún re-

gistrador la presuma del reflejo o del relato de la escritura o de otras actitudes de los padres, que no sea específicamente la palabra «asistencia».

Yo me remito a la regla general de que no podemos presumir; desde luego la asistencia no se puede presumir. Creo que la palabra «asistencia» o sus derivados, para mí, tienen carácter sacramental, precisamente por las dudas que plantea su contenido.

José Manuel Enciso. Notario

Simplemente sobre este mismo tema que ha planteado el profesor García Cantero, un par de matizaciones.

La asistencia silente no existe, puesto que el que está compareciendo en el instrumento público presta su conformidad a la lectura hecha por el notario. Luego, no existe una asistencia silente. Cuando el notario dice que el padre presta asistencia y el padre asiente, está asintiendo y diciendo que le presta la asistencia.

En segundo lugar, la cuestión de la asistencia, que quizá sea una cuestión semántica, pero que en la práctica se interpreta en sentido restringido, sería discernir si asistiendo los padres y aconsejándole dijeran los padres que le asisten, le aconsejan, pero no están conformes con el negocio que va a otorgar el menor.

Y ésa es la cuestión: si cabe distinguir la asistencia del consentimiento.

Yo, desde luego, no otorgaría un instrumento en el que comparecieran los padres, le prestaran la asistencia en el sentido de consejo, pero dijeran que no están conformes con el negocio que el menor realiza.

Probablemente debiera distinguirse, a efectos teóricos, lo que es la asistencia y lo que es el consentimiento, porque, si no, es una mera cuestión semántica, de palabras; pero en la práctica se identifica con consentimiento, aunque debiera distinguirse; es decir, asisten los padres, o asiste el padre, le aconseja y manifiesta expresamente en el instrumento que le ha aconsejado, ha contado con su consejo, con su asesoramiento, pero que él no se encuentra conforme.

Esa debiera ser la diferencia entre asistencia y consentimiento.

Pero yo dudo de que alguien otorgara un instrumento público y un registrador inscribiera en estos términos. Nada más.

Pablo Casado. Coponente

Yo, por alusiones, sólo decir que creo que sí, que la asistencia es una condición de validez; por lo tanto, el registrador, naturalmente, que inscribe. Otra cosa son los efectos que vaya a producir la manifestación de disconformidad que pueda hacer el padre, la madre o quien sea, porque quiera salvaguardar una posible responsabilidad en el futuro, etc. Es decir, que basta la asistencia, siempre que sea expresa, que no se presuma.

José Manuel Enciso. Notario

No está tan claro, porque esto ha sido objeto de debate en estos mismos encuentros, en otros encuentros y no fue ésa la opinión.

En fin, efectivamente, yo estoy de acuerdo contigo, Pablo, en que debiera haber esta diferenciación; pero me pregunto si en la práctica cotidiana alguien se atrevería a otorgar un negocio teniendo en cuenta que los experimentos se hacen con gaseosa,

pero no con los clientes. Diciendo que el padre le asiste, le aconseja, pero el padre manifiesta expresamente que cuenta con su consejo, pero él personalmente no se encuentra conforme con el negocio. Es difícil que se plantee esta cuestión porque si el padre no se encuentra conforme, lo que no va a hacer es ir a la notaría. Pero como cuestión teórica podría plantearse perfectamente.

Vicente Santos. Ponente

En cuanto a la otra cuestión, la de la asistencia silente. «Silente» yo creo que lo empleamos en un sentido léxicográfico general. Pero decir «silente» no quiere decir que no diga nada. El que se calla, no es que no diga nada; el que se calla está otorgando: quien calla otorga.

Por tanto, si se emplea el adjetivo «silente», si empleamos esa expresión, es en el sentido de que hay un asentimiento: no se disiente y se está asintiendo.

Estoy de acuerdo por lo demás con lo que ha dicho el notario señor Enciso.

Honorio Romero. Moderador

Resulta curioso que esta misma cuestión en los Primeros Encuentros, siendo ponente el Profesor Delgado, nos llevó aquí más de media hora. Lo recuerdo perfectamente.

¿Hay alguna pregunta más?

Carlos de Francia. Abogado

Una pregunta muy concreta y muy corta. No se ha hecho alusión al último inciso del primer párrafo del artículo 5 que dice: «los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia, serán anulables». Y esto ha creado siempre una gran polémica... Si se celebra un contrato en contra de lo que dispone el artículo 5.1.º del texto quiere decir que no será nulo. Que podrá anularse, si se ejercita una actividad procesal tendente a solicitar, o con la pretensión de solicitar, la anulabilidad; pero que no será nulo, será un acto o un negocio jurídico, en principio, válido. Esto es lo que yo quería preguntar porque tengo una gran duda práctica respecto a este artículo 5 de la Compilación. Gracias.

Vicente Santos. Ponente

Creo que, efectivamente, ése es el sentido. Sí que he hecho yo una alusión a la anulabilidad. Lo interpreto así, como anulabilidad, no como una nulidad radical y absoluta, sino como una anulabilidad.

Sí, sí, en esto estoy de acuerdo. Espero que los especialistas en Derecho civil aragonés ratifiquen este punto de vista.

Luis Marín. Abogado

Dos preguntas, después de la magnífica exposición del ponente, profesor Santos. Ha pasado por una y otra y por falta de tiempo no lo ha abordado, y ahora que tenemos un poco de tiempo, le voy a hacer dos preguntas concretas.

Una. Se ha hablado respecto a la compra de acciones, incluso a la fundación de sociedad por parte del mayor de 14 años aragonés, menor de 18, en lo que no hay ninguna duda. Pero la duda surge respecto al caso, citado muy de pasada, de que ese menor, mayor de 14 años, pudiera formar parte de un consejo de administración. Teniendo en cuenta que la compra de acciones es un acto de disposición sobre bienes

propios, mientras que el ejercicio del cargo de administrador implica la representación de una sociedad, en concreto la realización de actos mercantiles, el problema (se ponen los pelos de punta al pensarlo) es que un menor pudiera ser administrador único de una sociedad importante con la asistencia de su padre. Creo que se podía abundar en esto.

Respecto a la otra cuestión. Al final se ha tratado, muy de pasada por falta de tiempo, la consideración de que la casa aragonesa, ahora a finales del siglo XX, puede ser y es de hecho una empresa mercantil.

También es una buena solución práctica el aplicar el Derecho aragonés a esa empresa en el sentido de la sociedad conyugal continuada, para el supuesto por ejemplo del fallecimiento de un empresario en estado de suspensión de pagos y continuidad en la empresa por parte de la viuda y de unos herederos.

Ahora bien, yo planteo un tema más allá que ya ha sido declarado por un juzgado, pero creo que sería muy interesante hablar de él, que es el estado de quiebra o el estado de concurso de acreedores de la sociedad conyugal continuada, es decir, fallece el empresario, continua la actividad mercantil de la viuda y de los herederos, y por situaciones de mercado, la empresa entra en situación de suspensión de pagos, en situación de quiebra, o en el caso de no ejercer el comercio, también se da, y de hecho el Juzgado de Monzón ha declarado un concurso de acreedores de una comunidad conyugal continuada aragonesa.

Creo que es un tema interesante.

Eloy Jiménez. Coponente

Con respecto al primer tema, al de si el aragonés menor de 14 años puede ser nombrado administrador de una Entidad Mercantil, me parece claro, y así lo digo en mi cuadro, que no, que los administradores deben ser mayores de edad.

Podrían citarse Resoluciones que en derecho común no permiten su nombramiento al menor emancipado.

En Derecho Aragonés el artículo 5.1.º a través de la asistencia, y como ya ha dicho don Vicente, a quien pasaré la palabra, no permite sino actos concretos y no sería viable que el padre le siguiese a la Junta o al Consejo para asistirle continuamente.

Es aplicable la distinción entre actos y actuaciones.

Vicente Santos. Ponente

Y luego en cuanto a lo del concurso, o suspensión de pagos, o quiebra, estamos en lo mismo.

Si se trata de una explotación mercantil o industrial, obviamente habría que acudir a la suspensión de pagos o a la quiebra. Si es una explotación agraria, habría que acudir al concurso de acreedores.

No creo yo que haya ningún problema por ese lado, tratándose de la comunidad conyugal continuada.

Las instituciones concursales lo mismo podrán aplicarse si es el sobreviviente único el que continúa la explotación agraria o mercantil, que si aparecen agrupados en sociedad. No creo que por ahí haya ningún problema.

Adolfo Calatayud, Notario

Yo quiero discrepar con mi querido compañero don Eloy Jiménez porque no creo que la transmisión de participaciones sociales de una sociedad limitada requiera la renuncia al derecho expectante de viudedad.

No se trata de un inmueble, ni de un supuesto comprendido dentro del número 1 del artículo 39 de la Compilación.

Además, si así lo entendiéramos, por la misma regla de tres, igual habría que entenderlo para las acciones, porque a estos efectos si asimiláramos la participación social a una cuota de un establecimiento mercantil, pues con la acción pasa exactamente lo mismo. A esos efectos la equiparación es total y, desde luego, en cuanto a las acciones, es obvio y me parece que en cuanto a las participaciones sociales lo mismo.

Quizás cabría plantearse el caso de que la transmisión comprendiera la totalidad de las participaciones de una sociedad o una parte muy importante de las mismas, que en ese caso quizás fuera más razonable la equiparación con el establecimiento mercantil. Pero fuera de un supuesto en el que se transmita —insisto— la totalidad o casi la totalidad de una sociedad, no veo ninguna razón para considerar que se tenga que renunciar al derecho expectante.

Eloy Jiménez. Coponente

Ya en mi exposición he dicho que ambas posturas tenían defensores de un tipo y de otro. Concretamente Pablo Casado, si te contesta, te contestará también en el sentido mismo que tú lo has afirmado. Y creo que nuestro compañero José Luis Merino mantiene esa tesis.

El tema se basa en la redacción del artículo 76 y la remisión que hace al 39.1, ambos de la Compilación Aragonesa, y considerando incluidos en el supuesto las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, y la cuestión se centra si pueden entrar las participaciones, por su parecido o similitud; es decir, hasta qué punto las participaciones de sociedad limitada pueden considerarse o no como parte de un establecimiento mercantil, porque es una participación alicuota de un establecimiento mercantil.

Esa tesis, indudablemente, es más segura de utilizar y quizá en la práctica te libera de todo problema pero, en definitiva, también se puede mantener la tesis contraria y si todos están de acuerdo en la tesis contraria, mucho más sencillo para las escrituras.

Pero ya te digo que ambas posturas las he consultado con unos y con otros y unos mantienen la tesis de su necesidad y otros no.

O sea, que en definitiva, como ahora no se inscriben desde la última reforma, puedes tomar la decisión que quieras, porque en el fondo desde el aspecto registral, no vas a tener ningún problema.

Pero la decisión de tomar una u otra depende si consideras que la participación está, o no, formando parte de una parte alicuota del establecimiento mercantil. Lo que respondas a eso te dará la posibilidad de que entre o no en el 39.1 con el juego del 76 y haga o no necesaria la renuncia. Y la posición de exigirle es más segura y la otra es más arriesgada, depende de la postura que quieres tomar.

Ya te he dicho que hay para las dos posturas y ya te he enunciado al explicarlo.

¿De acuerdo? Si tu tesis triunfase, sería más sencillo para la práctica, pero ya te digo que yo he tomado esa posición primera como más segura.

Pablo Casado. Coponente

Bueno, por alusiones, yo estoy completamente de acuerdo con esta tesis de que, efectivamente, no hace falta.

Actualmente, no se trata de una cuestión registral mercantil, ahora bien, lo que sí es cierto es que, no a nivel notarial, porque es difícil a un notario apreciar el abuso, pero cuando se abusa de la personalidad jurídica, yo no digo que en instancias judiciales no quepa la posibilidad de levantar ese velo de la sociedad que precisamente está para escamotear un derecho expectante.

Honorio Romero. Moderador

¿No hay más preguntas? No sé, no me resisto a plantear una cuestión con la que ayer, en la reunión del Colegio Notarial, Eloy nos bombardeó a varios compañeros, y ahora no la plantea. Pero que es una cuestión muy importante, que es, yo prefiero que la habléis Adolfo y tú porque erais más o menos...

Eloy Jiménez. Coponente

El tema al que se refiere Honorio...

Honorio Romero. Moderador

Es que, como moderador, no voy a entrar aquí en la refriega.

Eloy Jiménez. Coponente

Luego acabará entrando. No os preocupéis que acabará entrando.

El tema al que Honorio se refiere, por ponerlos en antecedentes es fundamentalmente, si, para representar al menor aragonés es necesario el consentimiento, y la asistencia conjunta e intervención de ambos padres, o basta la separada de uno de ellos.

En definitiva, este tema ya ha sido estudiado, lo estudió el profesor Jesús Delgado, también don José Luis Batalla y don Ricardo Giménez, que fueron los primeros ponentes y dentro de ese tema se estudió. En definitiva, todo se basa, como he dicho antes, en el artículo 13 que se remite al 12, y el 12 al 9.1.º. De todo ello, se deriva que la regulación conjunta, tanto del aspecto patrimonial como personal, tengan la dicción del artículo 9.1.º, es decir, que la disposición, por una parte, y la administración por otra y la autoridad familiar directamente correspondan los cónyuges, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares.

De ahí nos viene, un poco, el problema de determinar hasta dónde llega ese uso conjunto o separado.

Indudablemente, ahora estoy tomando la posición contraria que he tomado antes. Normalmente yo suelo tomar las posiciones que den mayor seguridad. Es decir, en caso de duda, pedir siempre el consentimiento de todos los que intervengan.

En este caso he roto una lanza al tomar la posición más arriesgada al menos en el supuesto concreto dicho, y quería que se plantease aquí el problema y me gustaría surgiese una solución, pero creo que será difícil conseguirla.

Yo mantengo la tesis de que un padre sólo puede intervenir...

¿Por qué? Porque en definitiva lo que está haciéndose en una constitución de sociedad limitada con, solamente, aportaciones dinerarias y sin nombramiento de administrador, lo que se está haciendo es simplemente comprar unas participaciones de la sociedad limitada. Es un supuesto similar, por ejemplo, al que se comprase unas acciones, que se tratase una compra de Telefónicas.

Por otro lado, si admitiésemos la tesis de que, necesariamente, en cualquier acto de este tipo de adquisición tienen que intervenir los dos padres, el padre y la madre conjuntamente, sería imprescindible la asistencia del padre y la madre para una compraventa de un bien para el menor, sería necesaria también (porque es el segundo párrafo del mismo artículo que regula esta materia el 13) en los supuestos de que necesitase licencia para la venta. Y esto haría que en la práctica, de hecho, que en cualquier intervención de un menor tuvieran que intervenir ambos padres siempre para todo, porque si no pueden comprar, no puede vender (ni con licencia ni sin licencia) y también entra dentro de ello la administración y las relaciones personales, prácticamente en toda intervención de menor tendría que venir con los dos padres. Y eso, en la práctica, dificultaría mucho las actuaciones notariales y actuaciones de hecho. Entonces la solución de admitir uno en estos supuestos creo que es defendible.

Otra cosa sería, en los supuestos que hemos hablado antes, en una sociedad colectiva o comanditaria en que puede haber una responsabilidad ilimitada o en el de una sociedad de responsabilidad limitada en cuya constitución, la aportación no dineraria de algunos implicase la posible responsabilidad solidaria de todos los socios, serían casos distintos. Pero en los supuestos tan sencillos como éste yo creo que, en la práctica, sería beneficioso el aplicar la solución más sencilla, de intervención de uno solo, pero someto al dictamen mejor fundado que los demás tengáis.

Honorio Romero. Moderador

Intentaré ser más breve. En un negocio de aportación de bienes inmuebles o de metálico de un menor, es igual, para mí creo que es igual, de metálico o de bienes inmuebles de un menor de 14 años, ¿quién tiene que prestar el consentimiento, el padre y la madre, y además quien dice el artículo 13 de la Compilación, o uno de ellos? Cuando el artículo 13 dice el administrador, ¿a quién se refiere, a los dos, a los que les atribuye el artículo 12 en relación con el 14 la representación o uno solo? El problema es así de claro.

Yo entiendo que, cuando el principio general de representación es dual, la representación de los hijos la tienen los padres, los dos. La gestión y representación del patrimonio la tienen los dos, principio general.

La disposición de ese patrimonio, principio general, la tienen los dos con el complemento de Junta de Parientes o autorización judicial.

Eloy Jiménez. Coponente

Excepciones: usos sociales o pactos.

Honorio Romero. Moderador

El uso social, creo que no es suficiente como para desnaturalizar ese principio general. ¿Por qué? Porque el uso social, como muy bien decías tú, Eloy, sí claro, dice: es que estorba todo. Si para ir a comprarle el uniforme al colegio al hijo o para ir a comprarle un libro o una piruleta tienen que ir los padres, y gastarse bienes del menor, entonces de acuerdo. Pero, para formalizar documentación de aportación de bienes a una sociedad, ya sea en metálico o ya sean bienes inmuebles entiendo que tie-

nen que ser los dos. Porque el negocio de aportación no es un negocio de intercomunicación de bienes, es un negocio alternativo que el bien pasa del patrimonio del menor al patrimonio de la sociedad, llamémosle como queramos, estemos con la doctrina que queramos, lo que sí que son dos patrimonios totalmente distintos, de intercomunicación hay un paso a internado. [?] Hay un íter del patrimonio del menor al patrimonio de la sociedad y eso con el artículo 13, por lo menos como lo interpreto yo literalmente salvo, claro, el principio general que los bienes le hayan provenido al menor y el que les haya dispuesto los bienes haya dicho otra cosa. En su defecto el poder de disposición corresponde al administrador.

El artículo 14, la representación del hijo menor de 14 años incumbe a los padres y luego los padres en los términos del artículo 9, apartado 1, tendrán la administración de los bienes del menor.

Luego, repito, principio general: administración dual.

Eloy Jiménez. Coponente

¿Y no hay ninguna excepción?

Honorio Romero. Moderador

No, ninguna.

Eloy Jiménez. Coponente

Las hay, los usos sociales.

Honorio Romero. Moderador

Pero los usos sociales ya los he nombrado.

Eloy Jiménez. Coponente

Pero se puede buscar en la práctica.

Honorio Romero. Moderador

Bueno, pues muy bien, como principio general te está hablando de relaciones personales, no de relaciones patrimoniales.

Bueno, un segundo. Como moderador, me voy a moderar ya y voy a callar, perdón por la encendida defensa, si no me va a pasar como aquel que defendía con tanta fuerza en los argumentos.

Eloy Jiménez. Coponente

En definitiva, como dice Honorio, sabía que iba a dejar de moderar y se iba a entrar un poco en materia.

Pero, claro, en principio está hablando siempre de disposición y aquí, en definitiva, se está hablando de una adquisición. En todo caso la disposición sería de dinero. Lo que estamos aportando, estamos hablando, no olvides, de una aportación dineraria.

Honorio Romero. Moderador

Hablo de las dos.

Eloy Jiménez. Coponente

No, yo hablo sólo de la dineraria. Si tú hablas de las dos, estamos hablando cosas diferentes, porque yo cuando he concretado el supuesto de hecho me he limitado,

y lo he expresado directamente, que se realizaba solamente una aportación dineraria, solamente a una sociedad mercantil usual, es decir, con responsabilidad limitada, la limitada o anónima y solamente en el supuesto que no le se nombre administrador.

Y yo no estoy hablando de aportar un bien diferente, estoy hablando de aportar dinero. Y si el padre no puede aportar dinero en la sociedad limitada, tampoco puede comprar nada, porque el supuesto sería el mismo.

Los usos deben moderarlos porque en definitiva, todo nace de que el 13 se remite al 12 y el 12 al 9 y transportan una cosa a la esfera patrimonial, que en principio era para lo personal.

El Profesor Delgado, en este tema, aprovecho que está presente y si no que me desdiga, él decía en un principio que en Aragón, por los supuestos del artículo 5 y del art. 27 capítulos del menor, que la regla general era la comparecencia separada y la conjunta una excepción. Aunque, sin embargo, luego también añadía que en los actos de enajenación, salvo razones de urgencia, era mejor que fuese a la conjunta.

Lo que pasa que tu solución en la práctica implicaría prácticamente que todo acto en que intervenga un menor de 14 años tienen que venir los dos padres para todo, porque si no tú dime qué es lo que excluyes de esa posibilidad tuya.

Honorio Romero. Moderador

Todo acto en el que se vea implicado el patrimonio de un menor de 14 años.

Eloy Jiménez. Coponente

Pero el patrimonio o el dinero.

Honorio Romero. Moderador

Si es el dinero, también los padres.

Eloy Jiménez. Coponente

¿Y una herencia?

Honorio Romero. Moderador

Por supuesto. También, en todos los actos.

Eloy Jiménez. Coponente

Pues con eso estás restringiendo la actuación práctica un montón.

Honorio Romero. Moderador

¿Y el cónyuge... expectante?

Eloy Jiménez. Coponente

Si seguimos tu tesis, Honorio, no solamente en una constitución, sino en todo supuesto la representación sería conjunta.

Honorio Romero. Moderador

Pero entonces ¿quién me interpreta a mí el 13?

Eloy Jiménez. Coponente

Entonces, hay dos posiciones, la de Honorio y la mía. Entonces la de Honorio es más segura y la mía más práctica.

Honorio Romero. Moderador

Bueno, como no vamos a llegar a ninguna conclusión... Yo creo que, por alusiones, tiene la palabra el profesor Delgado.

Pablo Casado. Coponente

No, yo sólo sugería una solución de corte mercantil y es la de distinguir entre capital fijo y capital circulante.

Jesús Delgado Echeverría. Catedrático de Derecho civil

Quizá lo más importante que hay que decir es que hay por lo menos dos opiniones, probablemente más. Y yo creo que en un derecho en el que para el mayor de 14 años se permite tan ampliamente que sea asistencia de uno solo de los padres, de uno solo, incluso para capitulaciones matrimoniales, bueno, parece que esos usos sociales y familiares pueden interpretarse con cierta amplitud.

Me explico. Eran usos sociales, eran, que el padre, o sea, varón, sólo podía hacer muchas cosas en representación del hijo. ¿O no era así? Es que lo decían las leyes también, claro.

Por tanto no repugna que los usos sociales digan hoy que el padre sigue pudiendo hacerlo solo; la madre sigue pudiendo hacerlo sola.

¿Con qué límites? Muy difícil de establecer ciertamente.

Y, por supuesto, pienso, disposición en principio de inmuebles, negocios mercantiles o industriales en que además se exige junta de parientes o juez pues tendrán de ser ambos padres, me parece a mí.

Pero en el fondo es una cuestión de la remisión al artículo 9.1 que tiene una expresión que en su momento facilitaba las cosas, en comparación con el Código civil y que hoy ciertamente resulta imprecisa, según los usos sociales o familiares. Y, por cierto, o lo pactado, que también se admite.

Todo eso a mí me lleva a pensar que tampoco hay que ser más exigentes de lo necesario.

Por otra parte, y no quiero hablar más, hay muchos casos en que nos planteamos problemas que no existen, que es, en fin, me ha parecido en algunas de las intervenciones. Para comprar una piruleta. No, en absoluto, la piruleta lo mismo la compra el padre, que el tío, que el amigo. La compra en nombre propio, no en representación de.

Y en tantísimas ocasiones en que intervienen los padres para atender a los hijos, actúan en nombre propio y nos evitamos el problema.

Pero en fin, creo que lo importante es lo primero que he dicho, que, por lo menos, hay dos opiniones.

Honorio Romero. Moderador

Pero, claro, el argumento de que históricamente era el varón, ese argumento se nos ha roto con las reformas del Código civil de 2 de mayo del '75 y 13 de mayo del '81: patria potestad, antes era patria potestad el padre y en su defecto la madre. Ahora, patria potestad dual hay.

Habrà que distinguir entre titularidad y ejercicio, una cuestión.

Jesús Delgado. Catedrático

Todo eso es una historia de un derecho que no es el aragonés.

Honorio Romero. Moderador

Bien, pero que aquí ha pasado igual. Aquí ha pasado igual. La representación ahora aquí la tienen los dos y la administración la tienen los dos. Bueno, perdón ya.

Eloy Jiménez. Coponente

Un segundo, solamente decir: que quien siga la tesis de Honorio, en mi cuadro que ponga una Y y quite la O y entonces saldrán el padre y la madre y funcionará. El que siga mi tesis, deje la O.

Javier Sánchez. Abogado

Siento interrumpiros en esta discusión tan apasionante, pero voy a cambiar un poco a un tema práctico que se nos ha planteado en los juzgados y supongo que a muchos compañeros se les planteará en el futuro y a ver si me podéis dar un poco de luz cualquiera de los ponentes.

La situación es la siguiente:

Es un divorcio, un divorcio contencioso donde se plantea a la extinción del consorcio foral aragonés pues la cuantificación de esa eventual pérdida del derecho expectante de viudedad.

Entonces, la Compilación recomienda a los jueces que valoren, a la hora de cuantificar esa extinción del derecho expectante de viudedad, su valoración en la pensión compensatoria que, en su caso, procediera establecer en favor del cónyuge menos privilegiado.

Entonces, yo quisiera saber si existe algún tipo de recomendación, algún tipo de norma, algún tipo de uso social en las notarías, por ejemplo, cómo debe ir esa dirección en la cuantificación de esa pérdida, de esa pérdida eventual de derecho expectante de viudedad.

Honorio Romero. Moderador

Yo creo que el derecho expectante de viudedad es aleatorio, depende de quién fallezca antes, puede valer mucho o no puede valer nada.

Eloy Jiménez. Coponente

La cuantificación es imposible porque depende de la sobrevivencia del titular; uno de los dos cónyuges va a quedar viudo salvo en el supuesto de conmorriencia. Entonces no se puede cuantificar al no saberse quién de los dos va a morir antes.

Honorio Romero. Moderador

Es el derecho de usufructuar los bienes del otro a su fallecimiento. Si falleces antes pues...

Eloy Jiménez. Coponente

Por eso se llama expectante, es una esperanza. No es nada, simplemente es una esperanza de recibir algo que se concretará en un caso y en el otro no.

Javier Sánchez. Abogado

Sin embargo, sí que la Compilación está diciendo que se tendrá en cuenta a efectos de fijar la pensión compensatoria.

Es decir, podría reclamar el cónyuge menos favorecido en ese divorcio, en esa separación que se tuviera en cuenta la extinción de ese derecho a la hora de establecer esa pensión compensatoria en mayor cantidad.

¿Habría algún tipo de recomendación por parte de notarios, por parte de...?

Eloy Jiménez. Coponente

Como no fuera la «expectante valoración» fiscal que valorase según la edad de los cónyuges.

Javier Sánchez. Abogado

A eso voy, el 2% que se estaba valorando el usufructo.

Eloy Jiménez. Coponente

Entonces ahí tendrá que ser el juez quien la determine en todo caso. Lo único, el supuesto fiscal que valora un 1% del usufructo por cada año que falte a su titular para cumplir la edad de 89 años.

Javier Sánchez. Abogado

¿La mejor solución —digamos— es la discrecionalidad del juez?

Eloy Jiménez. Coponente

No, pero es que además tiene un carácter aleatorio, no se sabe si va a cumplir o no, y tendrá que ser el juez quien la determine. Yo creo que es cuestión judicial, aunque lo somete a la opinión fundada.

Pablo Casado. Coponente

Únicamente, por si te puede servir, te remito a la Revista de Derecho Mercantil¹ que se ha publicado, me parece que recientemente, un artículo de Paz-Ares, precisamente sobre las aportaciones *quod usum*, y uno de los inconvenientes que tiene es su evaluación. Y ahí da una serie de argumentos sobre cómo son evaluables las aportaciones en uso a las sociedades mercantiles, que ahora están mucho más facilitadas por la nueva legislación societaria.

Lo mismo en las sociedades limitadas que en las anónimas cabe la posibilidad de hacer aportaciones que no sean en dominio, aunque se presuman éstas.

Entonces ahí se dan unas indicaciones muy interesantes sobre la evaluación de esta aportación *quod usum*, que son muy similares a las que pueden darse a la hora de valorar un usufructo vitalicio.

(1) Rectifico, ahora, en el sentido de que es en la Revista «Derecho de Sociedades», n.º 5, de 1995.

Honorio Romero. Moderador

Parece que se ha hecho muy tarde y antes de terminar quiero hacer un recordatorio a Don Felipe García Arto, miembro de la Comisión de coordinación del Foro de Derecho Aragonés, que ha fallecido este verano, ha sido Decano del Colegio de Abogados de Huesca y miembro de la Comisión desde su fundación.

Hay que recordarlo, tenerlo presente: su ilusión y su ánimo de trabajo por el Derecho aragonés.

Gracias y hasta el próximo martes.

