

## EL MENOR EMANCIPADO, ¿PUEDE SER EMPRESARIO?

**RAFAEL MARTÍNEZ CUADRADO**

*Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia e  
Instrucción núm. 3 de Caravaca de la Cruz (Murcia)*

Este trabajo ha obtenido el *Accésit Premio Estudios Financieros 2008* en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El jurado ha estado compuesto por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, doña María Teresa BOTE GARCÍA, doña Soraya CALLEJO CARRIÓN, don Gonzalo DOMÍNGUEZ RUIZ, don Carlos ROGEL VIDE y don Alberto TAPIA HERMIDA.

*A Joaquín Ángel De Domingo*

### **Extracto:**

**DADO** que tras la Ley Concursal el menor emancipado o habilitado puede ser administrador de sociedades anónimas y limitadas (arts. 124.1 TRLSA y 58.3 LSRL), este trabajo pretende demostrar que igualmente podrá ser empresario (art. 4 CCom.) –también naviero (art. 595 CCom.)– y factor (ya que según el art. 282 CCom. basta la capacidad contractual). Sin embargo, entendemos que el emancipado de hecho, al gozar de un *status* revocable (art. 319 CC), no puede serlo, ya que la revocación le obligaría a interrumpir su actividad. Nos basamos en el estudio de otras normas que afectan a su capacidad: así, afirmamos que el emancipado podrá por sí solo repudiar o aceptar en todas sus formas una herencia (art. 992 CC), y solo deberá ser asistido en aquellos actos de aceptación tácita que legalmente lo precisen. Analizamos el ejercicio del comercio por el emancipado casado, quien necesitará en nuestra opinión el asentimiento de su cónyuge para enajenar e hipotecar los bienes comunes raíces o valiosos –incluidos los adquiridos a resultas del comercio– ex artículo 324 del Código Civil. Y nos centramos en los actos de enajenación y gravamen sobre el establecimiento y otros bienes que puede realizar el emancipado que sea empresario, debidamente autorizado en su caso (como la venta del mismo o la constitución de hipoteca mobiliaria, de usufructo y de prenda, con o sin desplazamiento). Creemos que sí podrá renunciar a los mismos y arrendarlos por sí solo, así como realizar actos de disposición sobre sus acciones o participaciones sociales. Respecto a los menores, incapaces y pródigos, entendemos que, salvo sentencia judicial en contrario, carece de capacidad mercantil toda persona que esté sujeta a representación legal, a quien se la aplicaría en su caso el artículo 5 del Código de Comercio, pero sí la posee el que está sometido a curatela. Por la misma razón entendemos que el aragonés mayor de 14 años no emancipado, al no estar sujeto a patria potestad (art. 2.3 LDP), podrá ser empresario y administrador de sociedades.

**Palabras clave:** capacidad del emancipado, empresario, administrador de sociedades anónimas y limitadas, factor, aceptación y repudiación de herencias, emancipado de hecho.

# Sumario

- I. Introducción.
  - II. Argumentos a favor de nuestra tesis.
    - 1. El emancipado puede ser administrador de sociedades anónimas y limitadas.
    - 2. El emancipado puede constituir una sociedad.
    - 3. El emancipado puede ser factor de una empresa.
  - III. Objeciones a nuestra tesis.
    - 1. El requisito de la libre disposición de bienes.
    - 2. El requisito de la mayoría de edad.
    - 3. Criterios hermenéuticos de los requisitos legales de capacidad.
  - IV. Conclusiones.
    - 1. El emancipado puede ser empresario.
    - 2. El problema del emancipado de hecho.
    - 3. El emancipado puede ser naviero.
    - 4. Régimen jurídico de los bienes comunes.
    - 5. Actos de enajenación y gravamen sobre los establecimientos mercantiles o industriales.
      - A) Concepto de establecimiento mercantil o industrial.
        - a) Definiciones legales.
        - b) Definiciones doctrinales.
      - B) Actos de enajenación.
      - C) Actos de gravamen.
        - a) Hipoteca mobiliaria.
        - b) Usufructo.
        - c) Prenda.
    - 6. Otros actos jurídicos.
      - A) El arrendamiento.
      - B) El préstamo.
      - C) La renuncia abdicativa.
      - D) Actos de disposición sobre acciones y participaciones sociales.
    - 7. El ejercicio del comercio por menores, incapacitados y pródigos.
    - 8. Derecho foral.
      - A) Aragón.
      - B) Cataluña.
      - C) Navarra.
    - 9. Conclusiones finales.
- Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Viene sosteniendo la doctrina mercantilista la falta de capacidad del menor emancipado para ser empresario individual. El artículo 4 del Código de Comercio (en lo sucesivo, CCom.) establece: «Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes». Al interpretar este precepto entienden que el emancipado no puede ejercer el comercio, como excepción a la regla general del artículo 323 del Código Civil (en lo sucesivo, CC), cuyo párrafo 1.º dispone: «*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*» (La cursiva es nuestra).

En nuestra opinión, la reforma que tanto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en lo sucesivo, TRLSA) como en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que regula las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo, LSRL), ha operado la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, que entró en vigor el día 1 de septiembre de 2004; en lo sucesivo, LC), nos obliga a una interpretación distinta del artículo 4 del CCom. En su nueva redacción, tanto el artículo 124.1 del TRLSA como el artículo 58.3 de la LSRL disponen: «No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados...». Queda claro, pues, que en la *mens legislatoris* existe una voluntad explícita de admitir *a contrario sensu* que el menor emancipado pueda ser administrador de una sociedad anónima o de una sociedad limitada, y sería un contrasentido que quien pueda ser administrador de sociedades mercantiles tuviese vedada la posibilidad de ejercer el comercio, conforme al aforismo jurídico *a maiori ad minus* (es decir: si la ley autoriza lo más, implícitamente permite lo menos).

Todo lo que digamos en este trabajo en relación al emancipado es aplicable al menor sujeto a tutela a quien el Juez le concediese el beneficio de la mayor edad, conforme al artículo 321 del CC, ya que, según establece el artículo 323 *in fine* del CC: «Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad». El habilitado

de edad está sujeto a curatela (art. 286.2.º CC), al igual que puede estarlo el emancipado en el supuesto del artículo 286.1.º del CC.

A lo largo de este estudio utilizaremos indistintamente los términos comerciante o comerciante individual y empresario o empresario individual para referirnos a la persona física que desarrolla en nombre propio una actividad empresarial, sea esta comercial, profesional o industrial.

## II. ARGUMENTOS A FAVOR DE NUESTRA TESIS

### 1. El emancipado puede ser administrador de sociedades anónimas y limitadas.

VICENT CHULIÁ cita, en lo relativo a la *capacidad legal del comerciante individual*, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 24 de febrero de 1986 que, al declarar «la incapacidad de una menor emancipada para ser administrador de sociedad anónima, recordó la trascendencia de la plena capacidad de obrar para la necesaria responsabilidad civil y penal de sus actos»<sup>1</sup>. Y, en ediciones anteriores de su manual, aunque posteriores a la LC, añadía el mismo autor que los argumentos de esta resolución, relativos a la capacidad para ser administrador de una sociedad anónima, «son aplicables al *comerciante individual*, que es tratado todavía, por el CCom., en el régimen de la quiebra [*rectius*: del concurso], como *profesional* sometido a un *régimen agravado de responsabilidad*»<sup>2</sup>. La mencionada Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986 (publicada en el BOE de 14 de marzo de 1986) resolvió el recurso gubernativo interpuesto por un notario que autorizó una escritura de constitución de una sociedad anónima donde se nombraba administradora a una menor de edad, accionista de la misma y emancipada por concesión de sus padres, y dio la razón al registrador mercantil que, al inscribir la sociedad, se había negado a inscribir su nombramiento como miembro del Consejo de Administración de la misma.

Pero dicha resolución interpretaba el artículo 82 de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (en lo sucesivo, LSA de 1951), que empezaba así: «No pueden ser administradores los quebrados y concursados no rehabilitados, los menores e incapacitados...». La DGRN entendió que no podían serlo los menores, hubieran sido o no emancipados. No hay ningún inconveniente en aplicar esta doctrina al TRLSA (de 1989, que entró en vigor el 1 de enero de 1990 y derogó la anterior LSA de 1951), ya que el artículo 124 del mismo, en su redacción originaria, decía lo mismo que el derogado artículo 82 de la LSA de 1951. Sin embargo, el artículo 124.1 del TRLSA, tras ser modificado por la LC, establece, bajo la rúbrica «Prohibiciones»: «No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la LC mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la senten-

<sup>1</sup> VICENT CHULIÁ, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, 20.ª ed., pág. 110.

<sup>2</sup> VICENT CHULIÁ, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, 18.ª ed., pág. 104. La cursiva es del autor.

cia de calificación del concurso...». De modo que el legislador no se ha limitado a adaptar simplemente los términos a la nueva regulación (pues, por una parte, ya no hay distinción entre quiebra y concurso, y, por otra parte, la capacidad del concursado es ahora mayor, frente al régimen de inhabilitación del quebrado que imponía el derogado art. 878 CCom.). Al mencionar ahora a los «menores de edad no emancipados» queda claramente fuera de su ámbito de exclusión el emancipado, sin que sea extrapolable la doctrina que sienta esta resolución al artículo 124.1 del TRLSA en su versión reformada. Adviértase, por otra parte, que esta norma contiene tanto prohibiciones como incapacidades para ser administrador de una sociedad anónima, por lo que sería aconsejable *de lege ferenda* modificar el contenido del epígrafe que la encabeza.

Por lo que atañe a las sociedades limitadas, ningún artículo de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo, LSRL de 1953), hacía referencia en su redacción original a la capacidad para ser administrador de la misma, aunque el artículo 3 disponía que la sociedad «quedará sometida a los preceptos de esta ley y, subsidiariamente, al de las disposiciones del CCom., comunes a toda clase de sociedades». Esta remisión al CCom. fue suprimida por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades. Dicha ley modificó a su vez el artículo 11 de la LSRL de 1953, a cuyo tenor: «Será de aplicación a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima, salvo lo establecido en esta ley». Por lo tanto, frente a una jurisprudencia vacilante entre la configuración de la sociedad limitada como una sociedad personalista o capitalista, la Ley 19/1989 puso énfasis en este último modelo y, en lo relativo a la capacidad para la administración, permitió expresamente la aplicación a las sociedades limitadas del artículo 82 de la LSA de 1951 y, posteriormente, del artículo 124 del TRLSA en su redacción original. No olvidemos que el TRLSA se dictó precisamente al amparo de la disposición final primera de la mencionada Ley 19/1989. El artículo 58.3 de la nueva LSRL (que entró en vigor el 1 de junio de 1995 y derogó la anterior LSRL de 1953) reproducía el contenido del artículo 124 del TRLSA en su versión original (el mismo, pues, que el del art. 82 LSA de 1951). Pero hemos visto cómo tras la reforma de la LC ambos preceptos (los arts. 124.1 TRLSA y 58.3 LSRL) impiden que sean administradores tan solo «los menores de edad no emancipados». En conclusión, la doctrina que dimana de la Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986 era aplicable, en nuestra opinión, a las sociedades limitadas, tanto a las sometidas a la LSRL de 1953 (con toda seguridad, a raíz de ser modificada por la Ley 19/1989, de 25 de julio), como a las sometidas a la LSRL (de 1995) en su redacción originaria, pero tras la modificación del artículo 58.3 de la misma por la LC tampoco sería extrapolable a las sociedades limitadas.

Uno de los argumentos que alega la DGRN en esta resolución (y que comparte Vicent CHULIÀ<sup>3</sup>) es la responsabilidad en que puede incurrir el administrador de una sociedad anónima: «la exigencia de la mayoría de edad, entendida estrictamente, responde a la necesidad de que al frente de la administración de una sociedad, cuya envergadura económica puede ser muy grande, estén personas que tengan plena capacidad para asumir la consiguiente responsabilidad frente a la sociedad, frente a los accionistas [...], frente a los acreedores y frente al Fisco, y una de las mayores garantías de un ejercicio correcto del comercio viene constituida por la posible responsabilidad penal en que se puede

<sup>3</sup> Vid. *supra* nota 2; *infra* nota 6. Sobre la responsabilidad del factor, *vid. infra* nota 11.

incurrir». Veamos los diferentes tipos de responsabilidad jurídica en que puede incurrir un comerciante o el administrador de una sociedad:

- A) Respecto a la *responsabilidad civil*, no puede admitirse en ningún caso como impedimento el hecho de que el menor emancipado, al ser empresario, pueda comprometer los bienes que relaciona el artículo 323 del CC. Esta opinión fue sustentada, por ejemplo, por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de junio de 1941, que negó al emancipado capacidad para ser fiador o avalista de una letra de cambio por entender, entre otros motivos, que «aun cuando el contrato de fianza, y [...] la operación de aval, no están literalmente comprendidos entre los actos que se prohíbe realizar, sin la autorización pertinente, al menor emancipado [...], están incluidos, cuando menos implícitamente y por orden lógico, en la fórmula legal, [...] porque si bien el fiador no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede indirectamente comprometer dichos bienes...». Pero este criterio no es sostenible, ya que el emancipado tiene la capacidad general para contratar y, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal, que sanciona el artículo 1.911 del CC, responderá del cumplimiento de sus obligaciones contractuales con todos sus bienes (incluidos los enumerados en el art. 323 CC). En este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, al comentar esta sentencia, dicen: «afirmar que con la fianza el menor compromete sus bienes inmuebles indirectamente equivale a negar toda capacidad para obligarse este, ya que, por el artículo 1.911, todos sus bienes están afectos al cumplimiento de las obligaciones que contraiga»<sup>4</sup>. Y en términos similares refuta este argumento ALBALADEJO<sup>5</sup>.
- B) Pero la DGRN no se refiere a la responsabilidad general de todo deudor, sino a la *responsabilidad agravada del administrador de una sociedad anónima*, que regulan actualmente los artículos 133 a 135 del TRLSA, aplicables igualmente al administrador de una sociedad limitada por la remisión del artículo 69.1 de la LSRL. Por tanto, el legislador era plenamente consciente de este mayor grado de responsabilidad y, pese a ello, decidió no incluir al emancipado dentro de las prohibiciones del artículo 124.1 del TRLSA ni de las del artículo 58.3 de la LSRL. Y si un emancipado puede estar sentado ahora en el Consejo de Administración de una sociedad anónima, «cuya envergadura económica puede ser muy grande» (en palabras de la propia DGRN), con mayor razón podrá abrir por sí solo un pequeño comercio o industria. No olvidemos que la dimensión de una empresa cuyo titular es una persona física es generalmente menor que la de aquella otra cuyo titular es una sociedad.
- C) También alude la DGRN a la *responsabilidad penal*, que en aquel momento comenzaba a los 16 años, como garantía del correcto ejercicio de su cargo. Según el artículo 19 del Código Penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), la mayoría de edad penal empieza a los 18 años. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, es aplicable, según su artículo 1, a las personas mayores

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, 9.ª ed., págs. 491-492.

<sup>5</sup> Cfr. ALBALADEJO, MANUEL: *Curso de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, Edisofer, SL. Libros Jurídicos, Madrid, 2004, 12.ª ed., págs. 877-878.

de 14 años y menores de 18 que cometieran hechos tipificados como delitos o faltas, por lo que la responsabilidad del emancipado que como administrador de una sociedad mercantil delinquiera sería exigible a tenor de la misma. Ambas leyes son mencionadas expresamente por VICENT CHULIÁ<sup>6</sup>. Y las dos son anteriores a la LC, por lo que el legislador, al reformar los artículos 124.1 del TRLSA y 58.3 de la LSRL, tenía conocimiento igualmente de la responsabilidad criminal que pudiera exigirsele a un menor emancipado por infracciones penales realizadas como administrador de una sociedad (de menor entidad que la exigible a un mayor de edad, sometido al CP). Del mismo modo, si un emancipado delinquiera en el ejercicio de su actividad como empresario individual, quedaría sujeto igualmente a la Ley Orgánica 5/2000.

Debemos matizar que nosotros no discrepamos de raíz de la doctrina que sienta la DGRN en esta resolución. Simplemente entendemos que la misma no es aplicable tras la modificación del TRLSA y de la LSRL por la LC y que, por lo tanto, tampoco debería utilizarse en la interpretación del artículo 4 del CCom. Los argumentos aducidos, válidos algunos de ellos en su momento, son reiterados por los autores, tal vez por inercia, y algunos son ya incompatibles con la nueva regulación.

## 2. El emancipado puede constituir una sociedad.

La doctrina mayoritaria sostiene que el emancipado puede constituir una sociedad o adquirir la condición de socio sin ningún complemento de capacidad. Ni el CC ni el CCom. se refieren en ninguno de sus artículos a la aptitud necesaria para su constitución (ya que el art. 1.677 CC se limita a establecer una prohibición relativa a la sociedad universal), por lo que basta la capacidad general para contratar, que posee en todo caso el menor emancipado, según se desprende del artículo 1.263.1.º del CC *a contrario sensu*.

Ahora bien: la aportación de bienes a una sociedad se considera acto de disposición (así lo entendió la STS de 13 de diciembre de 1982), similar a la enajenación de los mismos. Por lo tanto, si el emancipado aportara a la sociedad bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, deberá ser asistido. Sin embargo, si la aportación fuera de otra índole (por ejemplo, una suma de dinero que no sea cuantiosa), podrá hacerla por sí solo, tal y como entienden la mayoría de los autores (así, PAZ-ARES<sup>7</sup>). A favor de esta opinión podemos alegar el artículo 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (en lo sucesivo, LAR), reformado por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que regula los derechos de tanteo y retracto del arrendatario en caso de venta de la finca, así como los derechos de adquisición preferente del mismo «en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, *aportación a sociedad*, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa» (apdo. 2). (La cursiva es nuestra). Por lo tanto, en la *mens legislatoris* la aportación a la sociedad de una finca rús-

<sup>6</sup> Cfr. VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, edición de 2007, pág. 110.

<sup>7</sup> Cfr. PAZ-ARES, Cándido: *La sociedad en general. Elementos del contrato de sociedad*, en: URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio et alrri: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, cap. 19, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 2.ª ed., reimp., pág. 504.

tica se concibe como un acto de enajenación de la misma. Por el contrario, una Resolución de la DGRN de 27 de julio de 1917 entendió (a nuestro modo de ver, erróneamente) que el emancipado podía aportar por sí solo una finca a una sociedad en pago de sus acciones.

Un sector doctrinal minoritario sostuvo que el menor emancipado no podía constituir por sí solo un contrato de sociedad de responsabilidad ilimitada porque respondería con su patrimonio personal de las deudas de la misma, por lo que en fase de ejecución podría trabarse embargo sobre sus bienes inmuebles o valiosos. Téngase en cuenta que este criterio no sería aplicable a sociedades como las anónimas o las limitadas, donde los socios no responden con sus bienes propios de las deudas sociales (arts. 1 TRLSA y 1 LSRL). Pero, además, esta tesis debe ser rechazada de plano porque, como advierte PAZ-ARES: «con base en ese mismo razonamiento habría de sostenerse –en contra del tenor del art. 323.I *ab initio*– que el menor emancipado no puede celebrar ningún contrato, ya que la responsabilidad universal que consagra el artículo 1.911 del CC dejaría siempre abierta la posibilidad de que, en sede de ejecución, pudiesen trabarse los bienes inmuebles»<sup>8</sup>. Argumento idéntico al que utilizaba la doctrina civilista al admitir la capacidad del emancipado para ser fiador, frente a la STS de 27 de junio de 1941<sup>9</sup>.

### 3. El emancipado puede ser factor de una empresa.

El artículo 282 del CCom. exige para ser factor «la capacidad necesaria para obligarse con arreglo a este código». En defecto de norma mercantil expresa, serán de aplicación «las reglas generales del Derecho común», según el artículo 50 del CCom. Y el menor emancipado tiene la capacidad contractual *ex* artículo 1.263.1.º del CC, como hemos reiterado. Conviene matizar que el factor no es empresario, ya que no ejerce la actividad mercantil en nombre propio.

Sin embargo, la doctrina mercantilista (anterior y posterior a la LC) entiende que el emancipado no puede ser factor. Así, Joaquín GARRIGUES decía al respecto: «El artículo 282 del CCom. dispone que el factor debe tener la capacidad necesaria para obligarse con arreglo al propio código. Pero, realmente, la fórmula de capacidad que establece el código no es de la "capacidad para obligarse", sino de la capacidad para el ejercicio habitual del comercio: artículo 4: el factor no es comerciante, sino auxiliar del comerciante. Pero como ejerce el comercio, aunque sea a nombre de otro, ha de tener la capacidad de obrar del comerciante [...], es decir, la capacidad para el ejercicio habitual del comercio (art. 4)»<sup>10</sup>. En opinión de VICENT CHULIÁ: «Solo para el factor exige el artículo 282 del CCom. tener "la capacidad necesaria para obligarse con arreglo a este Código", que en el momento de su promulgación coincidía con la capacidad legal para ser comerciante (art. 4 del CCom.) *Hoy son conceptos distintos* –puede estipular válidamente contratos mercantiles un menor emancipado, que no tiene la capacidad legal para ser comerciante– pero *parece que el artículo 282 se debe seguir*

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 504.

<sup>9</sup> *Vid. supra* notas 4 y 5.

<sup>10</sup> GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, tomo I, 7.ª ed., revisada con la colaboración de Alberto BERCOVITZ, pág. 670.

*interpretando en el sentido de que requiere la plena capacidad de obrar, exigida por el artículo 4 del CCom.* (aunque, en esta última norma, como ya vimos, era para ser comerciante), y ello con el fin de que tenga plena responsabilidad, civil y penal»<sup>11</sup>. Igualmente, la Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986 razonaba que el emancipado no podía ser factor de una empresa por entender que: «la representación que incumbe al Consejo de Administración, que se extiende a todos los asuntos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa (cfr. art. 76 LSA [de 1951, equivalente a los actuales arts. 128 y 129 TRLSA]), hace que los administradores sociales tengan, en su conjunto, el carácter de factores (cfr. arts. 283 y 286 CCom.); y deberán, por tanto, tener, los administradores, la capacidad necesaria para obligarse con arreglo al CCom. (cfr. art. 282 CCom.); es decir, la capacidad legal para el ejercicio del comercio (cfr. art. 4 CCom.), puesto que, por imperativo de la propia naturaleza de la sociedad, han de ejercerlo por esta». En términos similares afirman SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: «Se dice que el factor es un alter ego del empresario. Quizá por esta razón, el código dice que debe tener la capacidad que se exige a este para el ejercicio de su actividad (*vid.* art. 282)»<sup>12</sup>. Lo cual no es cierto: el artículo 282 del CCom. no habla de capacidad para comerciar, sino de capacidad para obligarse, distinción que sí hacen GARRIGUES y VICENT CHULIÁ.

Se trata de una auténtica *interpretatio contra legem* que no se atiene ni al espíritu ni a la letra de la norma, ya que el artículo 282 CCom. es meridianamente claro al respecto. Vemos, pues, cómo al factor, apoderado general del comerciante, le basta la capacidad general para obligarse, que posee en todo caso el menor emancipado, lo cual es claramente un argumento a favor de nuestra tesis. Sin embargo, los autores se apartan del tenor literal del artículo 282 del CCom. precisamente porque les favorece en su interpretación del artículo 4 CCom., aunque vulneren para ello un criterio hermenéutico elemental (el de que las reglas limitativas de la capacidad de obrar no son susceptibles de una interpretación extensiva).

Por otra parte hemos visto cómo la Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986 asimila el administrador de una sociedad mercantil al factor. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el artículo 129.1 del TRLSA menciona ahora los «actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos» y no los «asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», como hacía el artículo 76 de la LSA de 1951 (que cita expresamente esta resolución), por lo que ya no existe una similitud tan grande con el artículo 286 del CCom., que habla, respecto al factor, de «objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento». No obstante, si admitimos esta interesante equiparación que hace la DGRN, debemos colegir que así como el emancipado puede ser ahora administrador de una sociedad anónima o limitada, también podrá ser factor de una empresa, posibilidad que, por otra parte, confirma el propio artículo 282 del CCom. en relación con el artículo 1.263.1.º del CC, como hemos visto. Pues el administrador de una sociedad mercantil ostenta su representación en juicio y fuera de él (arts. 128 TRLSA y 62.1 LSRL), del mismo modo que el factor es el apoderado general del empresario individual según los artículos 283 y 286 del CCom. (a los que también alude esta resolución). Los argumentos, pues, que aducen los autores en su interpretación del artículo 282 del CCom. se desvanecerían en todo caso tras la reforma de la LC.

<sup>11</sup> VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, edición de 2007, pág. 128. La cursiva es del autor.

<sup>12</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, 29.ª ed. (2.ª en Aranzadi), pág. 275.

### III. OBJECIONES A NUESTRA TESIS

Las mayores objeciones que pueden hacerse a nuestra tesis derivan de las propias palabras del artículo 4 del CCom., que exige un doble requisito (la mayoría de edad y la plena disposición de bienes) para el ejercicio del comercio que, en opinión de la doctrina, incumple el menor emancipado.

#### 1. El requisito de la libre disposición de bienes.

Respecto al requisito de la libre disposición de bienes, afirma Ángel ROJO: «El menor de edad, aunque esté emancipado (art. 314 CC) o aunque haya obtenido el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC) carece de la llamada capacidad mercantil, porque, aunque pueda regir su persona y bienes "como si fuera mayor", tiene las restricciones de no poder tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin la autorización o asistencia paterna o del curador (art. 323 CC); es decir, carece de la libre y plena disposición de sus bienes. La posibilidad de defender otra interpretación más congruente con las conveniencias de la práctica mercantil está notoriamente dificultada por el CCom. que, con criterio absoluto, exige la mayoría de edad y la libre disposición de bienes propios»<sup>13</sup>.

Veamos ahora esta cuestión desde una perspectiva diacrónica. El CCom. de 1829 exigía como norma general para ser comerciante la capacidad para contratar y establecía excepciones limitadas a favor, en otros, de los menores emancipados. El CCom. de 1885, en su redacción originaria, disponía: «Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Haber cumplido la edad de 21 años.
- 2.<sup>a</sup> No estar sujetas a la potestad del padre o de la madre ni a la autoridad marital.
- 3.<sup>a</sup> Tener libre disposición de sus bienes».

Como la mayoría de edad civil fue fijada inicialmente por el CC en 23 años (art. 320 CC en su redacción primitiva), quedaba claro que el emancipado mayor de veintiún años podía ser comerciante. Pero la Ley de 13 de diciembre de 1943 modificó este precepto y rebajó la mayoría de edad a los 21. Había desaparecido, pues, la especialidad mercantil, de modo que coincidía el inicio de la mayor edad civil (conforme al art. 320 CC tras la reforma de 1943) con la edad necesaria para el ejercicio del comercio (según el art. 4 CCom. en su primera versión). Al amparo de esta norma se discutió si el emancipado podía ser o no comerciante, aunque la mayoría de los autores le negó capacidad mercantil. La Ley de 22 de julio de 1972 reformó el artículo 321 del CC con el objeto de incluir

<sup>13</sup> ROJO, Ángel: *El empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica*, en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio *et altri*, *op. cit.*, Tomo I, cap. 4, pág. 94.

completo el día de nacimiento en el cómputo de los años de la mayor edad (idea que hoy recoge el párr. 2.º del art. 315 CC tras la reforma de 13 de mayo de 1981).

La Ley 14/1975, de 2 de mayo, modificó el artículo 4 del CCom. en el sentido de suprimir la referencia a la autoridad marital y exigir para ser comerciante un doble requisito: la mayor edad y la libre disposición de bienes. Según la doctrina, el legislador se había decantado claramente por excluir de su ámbito al menor emancipado.

Así, en opinión de GARRIGUES: «Dos son, por consiguiente, las condiciones exigidas por este precepto para poder ejercer habitualmente el comercio:

1. Ser mayor de edad, es decir, tener 21 años cumplidos (art. 320 CC, después de la modificación introducida por la Ley de 13 de diciembre de 1943) [hoy en día, 18 años].
2. Tener la libre disposición de sus bienes. Esta condición supone la existencia de personas que, aun siendo mayores de edad, carecen de la libre disposición de sus bienes. Se refiere, pues, a los incapacitados sometidos a tutela (arts. 199 y 200 CC) [equivalentes a los actuales arts. 215 y 222 CC, respectivamente].

En definitiva, puede afirmarse después de la reforma del artículo 4 del CCom., que tienen capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio todas las personas que tienen plena capacidad de obrar en el ámbito del Derecho común, esto es, los mayores de edad no incapacitados legalmente»<sup>14</sup>.

Del mismo modo, BROSETA PONT afirmaba: «El nuevo precepto resuelve definitivamente la cuestión en el sentido de que el menor emancipado no puede ejercer por sí mismo el comercio. No solo porque no posee el requisito subjetivo del artículo 4 del CCom. (la mayoría de edad), sino porque tampoco posee el requisito objetivo de dicho precepto (la libre disposición de sus bienes), como se desprende del artículo 317 del CC [equivalente al actual art. 323 CC] que le impide tomar dinero a préstamo y disponer y gravar sus bienes inmuebles sin el consentimiento de sus padres o tutor»<sup>15</sup>.

Y en términos similares se manifestaba Rodrigo URÍA, para quien: «El menor de edad, ni aun emancipado (arts. 160 [equivalente al actual art. 319 CC] y 314 CC) o habilitado de mayor edad (arts. 322 y 323 CC [equivalentes al actual art. 321 CC]) tendrá por ello la llamada *capacidad* mercantil, porque aunque pueda regir su persona y bienes "como si fuera mayor", tiene las restricciones de no poder tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles ni comparecer en juicio sin autorización o asistencia paterna o del tutor (art. 317 CC) [equivalente al actual art. 323 CC]; es decir, carece de libre y plena disposición de bienes. Esta solución acaso pugne con los principios orientadores de esos preceptos civiles, pero la posibilidad de llegar a otro resultado más congruente con las conveniencias de la práctica mercantil está notoriamente dificultada por el artículo 4 del Código y por el

<sup>14</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 269.

<sup>15</sup> BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, 3.ª ed., reimp., págs. 72-73.

artículo 70 del Reglamento del Registro Mercantil [de 1956], que para inscribir a las personas en concepto de empresario individual exige que sean "mayores de edad con plena capacidad civil"<sup>16</sup>.

Posteriormente se rebajó la mayoría de edad a los 18 años (tras el Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, que nuevamente modificó el art. 320 CC). Actualmente así lo disponen tanto el artículo 12 de la Constitución Española (en lo sucesivo, CE) como el artículo 315, párrafo 1.º del CC, tras la reforma de 13 de mayo de 1981.

Tal vez algunos de estos argumentos no fueran tan decisivos incluso en el momento de ser formulados. Por ejemplo, los autores no le prestaron atención al hecho de que la Ley de 2 de mayo de 1975 había suprimido como requisito *ad hoc* para el ejercicio del comercio el haber cumplido una edad determinada, lo cual dejaba abierta la posibilidad de aplicar el principio general habilitador del emancipado al mayor de edad. Además, la referencia que hacía URÍA al entonces vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1956 no era concluyente, por ser norma jurídica anterior y de rango inferior. En cualquier caso, lo que resulta más censurable a nuestro modo de ver es que la doctrina más reciente no se haya percatado del significado de la reforma del TRLSA y de la LSRL por la LC y haya mantenido en su interpretación del artículo 4 del CCom. el mismo criterio que la anterior.

Debemos preguntarnos ahora: la exigencia legal de tener la libre disposición de bienes, ¿impide que el emancipado pueda ser empresario? Veamos ahora cómo interpreta este requisito la reiterada Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986:

«Considerando que conforme al texto originario del artículo 4 del CCom., no bastaba la emancipación para que cualquier menor pudiera ejercer el comercio, al ser tres las condiciones exigidas: a) estar emancipado (no estar sujeto a patria potestad); b) tener la libre disposición de los bienes (no estar sujeto a tutela); y c) haber alcanzado determinada edad (entonces, 21 años), y tras la reforma llevada a cabo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, no hay cambio sustancial en esta materia, salvo el exigido por la variación de la edad en que se alcanza la mayoría; y de igual manera *ahora tampoco basta tener la libre disposición de los bienes (la cual, en principio, se alcanza con la emancipación)*, sino que se requiere, además, haber alcanzado determinada edad (que hoy ya es la de la mayoría de edad).

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

Conviene poner énfasis en que la DGRN declara expresamente en esta resolución que el menor emancipado tiene la libre disposición de sus bienes frente a autores como Ángel ROJO, quien le niega capacidad para ser empresario porque «carece de la libre y plena disposición de sus bienes»<sup>17</sup>. Para la DGRN el impedimento procede, por el contrario, de la referencia legal expresa a la mayor edad.

<sup>16</sup> URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, 11.ª ed., pág. 107. La cursiva es del autor.

<sup>17</sup> *Vid. supra* nota 13. En términos similares se manifestaba URÍA: *vid. supra* nota 16.

Criterio que, aunque no suscribimos plenamente (como luego se verá), nos parece más razonable que el anterior.

Porque es muy discutible la idea de que la alusión del legislador a la libre disposición de bienes excluya *ipso iure* la posibilidad de que el emancipado realice por sí solo un acto jurídico válido. Ya hemos visto cómo la Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986 decía expresamente lo contrario (es decir, que la libre disposición de bienes se alcanza, en principio, con la emancipación, y que el menor emancipado la posee porque no está sujeto a tutela). Conviene poner énfasis en este sentido en que el emancipado no está sometido a ningún tipo de representación legal, a diferencia de los menores no emancipados y de los incapacitados para los que no proceda la curatela, que están sujetos a la patria potestad o a la tutela. De modo que, aun en los supuestos en los que se exige la intervención de los padres o del curador, el consentimiento para realizar el acto jurídico en cuestión lo prestará el propio emancipado, dado que aquellos se limitarían a asistirlo. Este consentimiento del emancipado será siempre un requisito necesario para la validez del acto, bajo pena de nulidad del mismo por falta de uno de sus elementos esenciales. Sin embargo, cuando este preste el consentimiento sin la preceptiva asistencia, el acto será anulable (y, por tanto, válido hasta su anulación posterior, conforme a la doctrina de los actos claudicantes); así lo establece para la curatela el artículo 293 del CC. De ahí que se considere que la asistencia al emancipado no sea un verdadero consentimiento, tal y como se dice literalmente en el artículo 323, sino, hablando con propiedad, un *asentimiento*.

Analicemos otras normas en las que aparece esta misma expresión (la libre disposición de bienes). Así, por ejemplo, el artículo 1.857.3.º del CC, que exige, como requisito esencial para la constitución de los derechos reales de garantía: «Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto». La interpretación de este precepto en relación con los artículos 323 y 324 del CC parece confirmar la opinión de quienes afirman que el emancipado no tiene la libre disposición de sus bienes, ya que necesitará en todo caso hallarse autorizado: A) Para la constitución de la hipoteca inmobiliaria, al ser un *ius in re aliena* (así lo reitera el art. 138 Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946; en lo sucesivo, LH); B) Para la constitución de la anticresis, que no menciona el artículo 1.857.3.º del CC, por ser igualmente un derecho real inmobiliario; C) Para la constitución de hipoteca mobiliaria o de prenda, con o sin desplazamiento de la posesión, cuando recaiga sobre un establecimiento mercantil o bien cuando el objeto hipotecado o pignorado sea valioso. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

Veamos ahora cómo interpretan los autores el artículo 992 del CC, que establece en su párrafo 1.º: «Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.»

La doctrina tradicional (así, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, MANRESA, SCAEVOLA, DE BUEN) entendió que el menor emancipado necesitaba ser asistido para aceptar o repudiar una herencia, ya que carecía de la libre disposición de sus bienes. Sin embargo, como advierte GITRAMA GONZÁLEZ: «ya en la segunda mitad de este siglo [se refiere al s. XX] se inició, y con creciente aceptación, la tendencia hacia el reconocimiento del emancipado para aceptar o repudiar herencias por sí solo»<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XIV, vol. 1.º, artículos 988 a 1.034 del CC, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas (EDERSA), Madrid, 1989, págs. 112-113.

LACRUZ BERDEJO estimaba que el menor emancipado «evidentemente, sí puede aceptar a beneficio de inventario, puesto que no compromete su propio patrimonio, pero la posibilidad de aceptar pura y simplemente por sí y sin consentimiento de sus padres o tutor [actualmente, curador] es más discutible, al menos cuando el menor tenga bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos extraordinariamente valiosos, que quedarían expuestos a la responsabilidad ilimitada por deudas del causante y por legados. Aparte –apuntan algunos– de que el menor emancipado no tiene, plenamente, la "libre disposición de sus bienes" que exige el artículo 992.1.º.

Repudiar, sí puede el emancipado, pues aunque ello le suponga una pérdida, no es en daño de su patrimonio actual, que es lo que trata de prevenir el artículo 323»<sup>19</sup>.

Para ALBALADEJO, el menor emancipado necesita el asentimiento de sus padres o curador para aceptar o repudiar una herencia, pero no cuando se trate de aceptación a beneficio de inventario. Aunque matiza que su tesis al respecto no es concluyente (al afirmar: «debe puntualizarse como más probable»<sup>20</sup>). En términos similares se manifiesta COLINA GAREA, también de forma dubitativa (al decir: «Quizás la solución sea...»<sup>21</sup>).

Y Díez-Picazo y Gullón responden a esta cuestión en los siguientes términos: «El menor emancipado, ¿puede aceptar o repudiar sin ningún complemento de su capacidad? Parece obvio que si nos fijamos en las restricciones que impone a su capacidad de obrar el artículo 323 la contestación ha de ser positiva. Pero al requerir el artículo 922 [*rectius*: el art. 992] la libre disposición de sus bienes, la doctrina más generalizada es de la opinión de que necesitará el complemento de capacidad por las personas designadas en el artículo 323. Esta solución no deja de ser discutible, pues a la limitación a la capacidad del emancipado no se dedica ninguna atención para completarla como la del menor o incapacitado, lo que puede ser índice de que el legislador no lo considera necesario por no existir tal limitación»<sup>22</sup>.

Para analizar correctamente esta cuestión, debemos distinguir los diferentes supuestos que, bajo la rúbrica de aceptación y repudiación, estamos considerando. Así, la aceptación puede ser pura y simple o a beneficio de inventario (art. 998 CC). Y la aceptación pura y simple, a su vez, puede ser expresa o tácita (art. 999 CC, párr.1.º).

- A) El legislador define la *aceptación tácita* como «la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero» (art. 999, párr. 3.º CC) y enumera supuestos de ella en el artículo 1.000 del CC. Se trata, pues, de *actos positivos* de los que se desprende una voluntad tácita de aceptación

<sup>19</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones (conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, págs. 97-98.

<sup>20</sup> Cfr. ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil*, V *Derecho de Sucesiones*, Edisofer S.L. Libros Jurídicos, Madrid, 2004, 8.ª ed., pág. 98.

<sup>21</sup> Cfr. COLINA GAREA, Rafael: «Comentario al artículo 992 del Código Civil» en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pág. 1.146.

<sup>22</sup> Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV: *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, 10.ª ed., pág. 484.

de la herencia (ya que con ellos «se ha tomado el título o cualidad de heredero», como dice el art. 999 *in fine* CC) y que impiden, por tanto, una ulterior repudiación de la misma (al ser un acto irrevocable, según el art. 997 CC). Y dentro de estos actos que implican la aceptación tácita, conforme a los artículos 999, párrafo 3.º y 1.000 del CC, así como de los supuestos analizados por el TS o la DGRN en aplicación de estos preceptos, debemos diferenciar, en nuestra opinión, entre aquellos que, según el artículo 323 del CC, puede realizar por sí solo el emancipado –por ejemplo, interponer demanda relativa a los bienes relictos (STS de 23 de mayo de 1955), ya que, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, tiene capacidad procesal–, y aquellos otros para los que necesita ser asistido de sus padres o curador, según el mismo artículo –por ejemplo, la venta de bienes raíces u objetos valiosos de la herencia, que implica aceptación tácita, conforme al art. 1.000.1.º CC, aun cuando tenga por objeto únicamente el pago de deudas hereditarias (así lo entendió la STS de 6 de julio de 1920)–.

Téngase en cuenta que, aunque la aceptación a beneficio de inventario sea sin duda más ventajosa, lo que suele ocurrir en la práctica es que el llamado a la herencia se entiende que la acepta tácitamente por la sencilla razón de que si no estuviera interesado en ella la repudiaría (o bien la aceptaría a beneficio de inventario, o se habría reservado el derecho de deliberar). Dicho de otro modo: frente a los actos positivos que hemos mencionado, en muchos casos la aceptación tácita se infiere *de facto* de un hecho negativo, de una omisión, en la cual no intervienen los padres ni el curador. Mientras que la repudiación de la herencia (así como el beneficio de inventario o la reserva del derecho de deliberar) siempre son actos expresos (sin perjuicio de que la renuncia de la herencia a favor de otra persona tenga como efecto jurídico en algunos supuestos la aceptación tácita de la misma y no su repudiación, conforme al art. 1.000 CC).

- B) Por lo que atañe a la *aceptación expresa* («la que se hace en documento público o privado», según el art. 999, párr. 2.º CC), y aunque la doctrina mayoritaria entiende que el emancipado precisa un complemento de capacidad, podemos aducir como argumentos a favor de que puede hacerla por sí solo los siguientes: a) Que no es un impedimento el hecho de que a través de la misma comprometa sus bienes inmuebles y objetos valiosos, por las razones ya expuestas, y, en todo caso, las mismas consecuencias acarrearán sobre él aquellos actos de aceptación tácita que, desde nuestro punto de vista, puede hacer sin necesidad de asistencia; b) Que tampoco puede objetarse que el emancipado no posea la libre disposición de sus bienes, tal y como entiende LACRUZ<sup>23</sup>, opinión controvertida, según vimos; además, el mismo autor se contradice: si el emancipado carece de ella, ¿por qué sí puede repudiar una herencia o aceptarla a beneficio de inventario?; c) Que la aceptación y la repudiación de la herencia no se incluyen entre las limitaciones impuestas al emancipado por el artículo 323 del CC.
- C) Respecto a la *repudiación* de la herencia, si hemos afirmado que el emancipado puede por sí solo aceptar pura y simplemente la herencia de forma expresa, con mayor motivo hemos de admitir que pueda también repudiarla sin la intervención de sus padres ni su curador. Téngase en cuenta además que el artículo 323 del CC no menciona como actos para los que el emancipado necesite un complemento de capacidad la repudiación de herencias

<sup>23</sup> Vid. *supra* nota 19.

(a diferencia de los arts. 166 CC, en materia de patria potestad, y 271.4.º CC, en materia de tutela, que exigen para estos actos autorización judicial).

- D) En lo referente a la *aceptación a beneficio de inventario*, la doctrina mayoritaria actual entiende que puede hacerla por sí solo el emancipado, criterio que compartimos. Del mismo modo que los padres y los tutores pueden aceptar a beneficio de inventario, sin necesidad de autorización judicial, la herencia deferida a sus hijos y pupilos (arts. 166, párr. 2.º CC y 271.4.º CC *a contrario sensu*).

Como corolario de todo lo dicho cabe inferir que existe una tendencia a interpretar cada vez más restrictivamente las limitaciones del artículo 323 del CC. Respecto al artículo 992, párrafo 1.º del CC esta tendencia se manifiesta, sobre todo, en entender un sector doctrinal cada vez más generalizado que el emancipado puede aceptar la herencia a beneficio de inventario sin ningún complemento de capacidad; en menor medida, en permitir que pueda repudiarla igualmente por sí solo; mientras que, respecto a la aceptación pura y simple, los autores se muestran todavía reacios a admitirlo. No obstante, y como se observa en DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en ALBALADEJO, o en COLINA GAREA, hay todavía vacilaciones, lo cual demuestra que esta corriente no está del todo arraigada. Estas vacilaciones contrastan con la seguridad con la que se interpreta el artículo 4 del CCom. Por otra parte, si se entiende sin más que el emancipado puede aceptar por sí solo una herencia a beneficio de inventario, pero no pura y simplemente (sin tener en cuenta, dentro de la aceptación tácita, la naturaleza jurídica del acto en cuestión, como hemos hecho anteriormente), el fundamento subyacente (se afirme o no de forma explícita<sup>24</sup>) no es otro que el de que el menor emancipado, al responder de las deudas y cargas de la herencia con todos sus bienes, podría comprometer los enumerados en el artículo 323 del CC, criterio que ha sido censurado, según hemos reiterado, tanto por la doctrina civilista como por la mercantilista.

En el Derecho foral las normas más recientes admiten que el emancipado pueda aceptar por sí solo la herencia deferida (sin distinguir entre las diferentes clases de aceptación), mientras que para su repudiación se exige un complemento de capacidad –cfr. en Aragón el art. 31.1 Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, modificado por la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (en lo sucesivo, LDP), y el art. 461.9.1 CC de Cataluña (en lo sucesivo, CCC)–.

## 2. El requisito de la mayoría de edad.

Pero el artículo 4 del CCom., además de la libre disposición de bienes, exige que se trate de «personas mayores de edad». ¿Cabe interpretar este requisito legal como un impedimento para que el emancipado pueda ser comerciante?

Desde luego, la respuesta afirmativa (que sostiene la RDGRN de 24 de febrero de 1986) parece, *en principio*, razonable. Y así, por ejemplo, cuando el artículo 688, párrafo 1.º del CC dice: «El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad», la doctrina entiende que se

<sup>24</sup> LACRUZ lo dice expresamente. *Vid. supra* nota 19.

excluye implícitamente al menor emancipado. Del mismo modo que cuando el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en lo sucesivo, LOREG), establece: «El derecho de sufragio [activo] corresponde a los españoles mayores de edad...», no se entiende incluido dentro de su ámbito al mismo. Y, en ambos casos, se entiende que el emancipado no podrá votar ni testar en forma hológrafa ni tan siquiera con el asentimiento de sus padres o de su curador hasta que alcance la mayor edad (a diferencia de los arts. 1.857.3.º CC y 992, párr. 1.º CC, que permiten al emancipado constituir una prenda o hipoteca y aceptar o repudiar la herencia deferida, con la autorización pertinente en su caso). Tanto el artículo 688, párrafo 1.º del CC como el artículo 2.1 de la LOREG son, pues, una excepción a la regla general del artículo 323 del CC. Y en términos similares interpreta la doctrina mercantilista el artículo 4 del CCom., impidiéndole al emancipado el ejercicio de una actividad empresarial (ni tan siquiera debidamente asistido) hasta que cumpla los 18 años.

Sin embargo, esta alusión legal a la mayor edad no es, a nuestro entender, un obstáculo que impida al emancipado ser empresario. Ya dijimos que tras la reforma de 2 de mayo de 1975 este precepto no contiene una referencia expresa a una edad determinada, lo cual habría alejado del ejercicio del comercio a quienes no la hubiesen alcanzado aún (si bien es cierto que el art. 5 CCom. menciona a los «menores de 18 años»). Pero, sobre todo, debe tenerse en cuenta que mientras que el otorgamiento del testamento hológrafo o el ejercicio del derecho de voto son actos simples que se agotan en sí mismos, el ejercicio del comercio, más que un acto, es una actividad. De modo que cuando en los artículos 688, párrafo 1.º del CC y 2.1 de la LOREG el legislador exige expresamente la mayoría de edad, la doctrina interpreta que el menor emancipado queda excluido del supuesto de hecho de la norma, sin que pueda invocarse la equiparación del artículo 323 del CC y sin que pueda realizar tales actos ni tan siquiera debidamente asistido (conforme a la máxima *lex specialis derogat legem generalem*). Sin embargo, cuando hablamos de una actividad empresarial nos referimos a toda una serie de actos que se desarrollan en el tiempo («ejercicio habitual del comercio», dice expresamente el art. 4 CCom.; los autores prefieren hablar de ejercicio profesional). Entonces podemos entender que esta norma no es (o, mejor dicho, *no es necesariamente*) una excepción al principio general habilitador del artículo 323 del CC, sino que, siendo posible el ejercicio del comercio por el emancipado conforme a la misma, necesitará un complemento de capacidad solo para determinados actos (tomar dinero a préstamo y enajenar o gravar bienes inmuebles y otros objetos valiosos). Mientras que en el decurso de su actividad el emancipado podrá realizar por sí solo otros actos jurídicos (por ejemplo, celebrar otros contratos o emitir declaraciones cambiarias). Por tanto, no podemos decir que el artículo 4 del CCom. sea ahora una ley especial frente a la norma general del artículo 323 del CC, ya que cabe una interpretación conciliadora de las mismas sin forzar en absoluto su contenido. Del mismo modo que hasta la reforma del CC por la Ley de 1943 el emancipado mayor de 21 años podía ser comerciante, aunque con la autorización de su padre, madre o tutor para aquellos actos que no podía realizar por sí solo, aplicando conjuntamente el artículo 4 del CCom. (en su redacción originaria) con el artículo 317 del CC (en su primera versión, equivalente al actual art. 323 CC). O, igualmente, en el caso de ejercicio del comercio por menores e incapacitados, el artículo 5 del CCom. debe ser completado con otros preceptos: así, sus padres deberán recabar autorización judicial para los supuestos previstos en el artículo 166 del CC y su tutor, para los mencionados en los artículos 271 y 272 del CC.

### 3. Criterios hermenéuticos de los requisitos legales de capacidad.

En nuestra opinión, cuando la ley establece un requisito *ad hoc* para la validez de un acto (hemos analizado el de la mayor edad y el de la libre disposición de bienes *ex art. 4 CCom.*), no se excluye sin más al emancipado del supuesto de hecho de la norma ni se le impone necesariamente un complemento de capacidad. Habrá que indagar el sentido del precepto en cuestión (muchas veces, en relación con otros artículos) para precisar su alcance. Incluso muchas veces, sin haberse modificado el texto, la doctrina ha cambiado de criterio con el paso del tiempo en su interpretación (como hemos visto al hilo del art. 992, párr. 1.º CC). Ni tan siquiera la distinción que acabamos de hacer entre acto (simple) y actividad (constituida por una serie de actos) es un criterio determinante y taxativo, como se podrá comprobar a renglón seguido.

Veamos ahora cómo divergen los autores al interpretar la capacidad del emancipado cuando la ley nos habla del «pleno ejercicio de sus derechos civiles»:

- A) Así, cuando el artículo 241 del CC (redactado por la Ley de 24 de octubre de 1983) dispone que «Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles...», la doctrina mayoritaria (que compartimos) entiende que el emancipado no tiene capacidad para ser tutor, ni aun con la asistencia de sus padres o curador (así, RAMOS CHAPARRO, MAJADA, ALONSO PÉREZ, LETE DEL RÍO y la analizada RDGRN de 24 febrero de 1986, como razonamiento *obiter dicta*). No obstante, un sector doctrinal minoritario opina que sí puede serlo (así, RAMOS CHAPARRO y GÓMEZ OLIVEROS, para quien el emancipado que sea tutor deberá recabar autorización judicial cuando realice actos en representación del tutelado en los supuestos previstos en los arts. 323 y 324 CC)<sup>25</sup>. Y, sin embargo, la tutela no es un acto que se agote en sí mismo, sino una actividad duradera en el tiempo (al igual que el ejercicio del comercio). Pero, en este caso, resulta mucho más difícil conciliar las facultades del tutor en relación al tutelado (incluida la intervención judicial que exigen los arts. 271 y 272 CC) con las restricciones a la capacidad que para el emancipado imponen los artículos 323 y 324 del CC (aunque, sin embargo, para GÓMEZ OLIVEROS esta conciliación es posible).
- B) Sin embargo, cuando el artículo 7.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) establece que: «Solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», la doctrina reconoce entonces que el emancipado tiene plena capacidad procesal (así, Andrés DE LA OLIVA<sup>26</sup>), con base en el párrafo 2.º del artículo 323 del CC que, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, dispone: «El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio» (aunque en su redacción original el art. 317 CC decía lo contrario). Para ser más precisos, debemos interpretar este artículo en conexión con otras normas forales que regulan la capacidad (conforme

<sup>25</sup> Cfr. LETE DEL RÍO, José Manuel: *Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor*, artículo incluido en la revista Actualidad civil, núm. 45 (de 4 a 10 de diciembre de 2000), La Ley, Madrid, tomo del año 2000, núm. 5, págs. 1.625-1.626.

<sup>26</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, 3.ª ed., pág. 146.

a los arts. 9.1 y 16.1.1.<sup>a</sup> CC). Así, en Aragón también le reconoce la misma capacidad el artículo 30.2 de la LDP, mientras que en Navarra la Ley 66 de la Compilación le otorga una capacidad procesal más limitada.

Podemos deducir, pues, que no existe una regla inequívoca para determinar la aptitud del emancipado con base en expresiones de esta índole. Porque cuando el legislador exige hallarse en el «pleno ejercicio de sus derechos civiles» para ser tutor (art. 241 CC), la doctrina mayoritaria lo interpreta en el sentido de que no puede serlo, mientras que cuando utiliza la misma expresión el artículo 7.1 de la LEC, vemos cómo nuestro ordenamiento reconoce al emancipado, *en términos generales*, capacidad procesal plena. Y este requisito legal nos parece más riguroso que el de la mayoría de edad o, desde luego, que el de la libre disposición de bienes.

## IV. CONCLUSIONES

### 1. El emancipado puede ser empresario.

Como corolario de todo lo expuesto podemos afirmar que, en nuestra opinión, el menor emancipado, tras la reforma de los artículos 124.1 del TRLSA y 58.3 de la LSRL por la LC, puede ser empresario individual. Su inscripción en el Registro Mercantil es potestativa (art. 19.1 CCom.).

Rafael ILLESCAS ORTIZ (que entiende que el emancipado no puede ser comerciante) aduce en favor de su tesis que: «El Reglamento del Registro Mercantil, por su parte, no prevé la inscripción de un empresario menor de edad emancipado –cfr. art. 91 RRM–»<sup>27</sup>. Pero este artículo se refiere a la inscripción en el Registro Mercantil del supuesto excepcional del artículo 5 del CCom. (el ejercicio del comercio por parte de menores o incapacitados). Sin embargo, el vigente Reglamento del Registro Mercantil (aprobado por RD 1784/1996, de 19 de julio; en lo sucesivo, RRM) no menciona en ninguno de sus preceptos la mayoría de edad como requisito para la inscripción del empresario individual (cfr. arts. 87 a 93 RRM). Tampoco lo hacía el anterior, de 29 de diciembre de 1989, a diferencia del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, cuyo artículo 70 exigía para la inscripción del comerciante individual que se tratara de personas «mayores de edad con plena capacidad civil» (recuérdese que URÍA invocaba esta norma como argumento a favor de que el emancipado carecía de capacidad mercantil<sup>28</sup>). Lo cual constituye, por el contrario, un argumento adicional a favor de nuestra tesis.

<sup>27</sup> ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *El empresario mercantil individual: Reglas generales*, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (coord.): *Derecho Mercantil*, tomo I, cap. 8, Ariel, 12.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2007, pág. 112.

<sup>28</sup> *Vid. supra* nota 16.

## 2. El problema del emancipado de hecho.

El artículo 319 del CC regula la llamada emancipación tácita: «Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de estos. Los padres podrán revocar este consentimiento». Cabe plantearse si el emancipado *de facto* puede ser empresario o administrador de una sociedad anónima o limitada.

A favor podemos argüir que el artículo 319 del CC lo equipara, en principio, al emancipado *de iure* en cuanto a su situación jurídica «para todos los efectos», y que por vida independiente de los padres entiende la doctrina más solvente no tanto la independencia física (es decir, vivir en otro domicilio) como la independencia económica (cfr. en este sentido los arts. 29 LDP y 211.11.1 del Proyecto de Libro II del CCC; en lo sucesivo PCCC <sup>29</sup>), a lo cual se aviene el concepto de tener una empresa propia o ser administrador de una sociedad mercantil.

Sin embargo, nos inclinamos por la opinión contraria, ya que, a juicio de algunos autores, no estamos en presencia de una verdadera emancipación, sino de un caso de suspensión temporal de la patria potestad (así, PUIG FERRIOL <sup>30</sup>). Se trata de una situación de hecho, que no se inscribe en el Registro Civil y que se acredita mediante acta notarial de notoriedad. El principal obstáculo lo encontramos en que, mientras que la emancipación de derecho es irrevocable (según el art. 318 *in fine* CC), en la de hecho los padres puedan revocar *discrecionalmente* su consentimiento, de modo que el menor recobraría su *status* de no emancipado (ya que la patria potestad no se ha extinguido, sino solo suspendido). Repárese ahora nuevamente en el ejercicio del comercio como una actividad que se desarrolla en el tiempo, frente a otros actos simples que puede realizar el emancipado *de facto*, en su caso debidamente autorizado (por ejemplo, la venta de una finca), y que no se verían afectados por una revocación ulterior. Y piénsese en las consecuencias prácticas de la misma, que obligaría al menor a interrumpir su actividad empresarial y cerrar su negocio (ni tan siquiera podría acogerse al art. 5 CCom., pues no continuaría el comercio de su causante) o a cesar *ipso iure* como administrador de una sociedad. Aunque somos conscientes de que esa equiparación del emancipado de hecho al de derecho a efectos de capacidad, reconocida tanto en el CC como en las normas forales, es una objeción fundada que puede oponerse a nuestra opinión.

<sup>29</sup> El CCC es el primer texto foral cuya aprobación no ha sido simultánea en todo su contenido sino que, estructurado en seis libros, se ha ido conformando, como dice en su Exposición de Motivos, «mediante una sucesión de leyes seriadas» desde el año 2002. Por Ley 10/2008, de 10 de julio, se aprobó el Libro IV, relativo a las sucesiones (publicada en el BOE de 7 de agosto de 2008 y en vigor desde el 1 de enero de 2009). El Gobierno catalán aprobó el 2 de diciembre de 2008 el Proyecto del Libro II, relativo a la persona y a la familia, por lo que haremos referencias, a veces paralelas, tanto a la vigente Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (en lo sucesivo, CF), como al mencionado Proyecto.

<sup>30</sup> Cfr. PUIG FERRIOL, Lluís: «Comentario al artículo 319 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 878 y 879.

### 3. El emancipado puede ser naviero.

Respecto al naviero, establece el artículo 595 del CCom. que «deberá tener aptitud para comerciar», lo cual implica una remisión al artículo 4 del CCom. Por tanto, si se acepta nuestra tesis, el emancipado también puede ser naviero, aunque en este caso su inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria [por imperativo de los arts. 19.1 y 595 CCom. y 81.1 a) RRM]. Y, desde nuestro punto de vista, el emancipado de hecho tampoco podrá ser naviero, por las razones que acabamos de exponer.

Para constituir una hipoteca sobre el buque el naviero que fuera emancipado deberá ser asistido (ya que, según el art. 1 de la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, a este solo efecto se reputarán los buques mercantes como bienes inmuebles). Para los demás actos «seguirán los buques su condición de bienes muebles», según el artículo 585 del CCom. Pero a nuestro modo de ver, al ser el buque mercante un objeto de extraordinario valor, para su enajenación y gravamen se requerirá también un complemento de capacidad, conforme a los artículos 323 y 324 del CC.

### 4. Régimen jurídico de los bienes comunes.

Si el emancipado estuviera casado, dispone el artículo 324 del CC: «Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro». Este consentimiento tiene una doble naturaleza jurídica: por una parte, se trata de un *asentimiento*, análogo al del artículo 323 del CC, por el que el cónyuge da su autorización, en interés del emancipado, al consentimiento que presta este; por otra parte, se trata de un *consentimiento stricto sensu* que da el cónyuge en su propio interés a un acto de disposición que tiene por objeto un bien común y que se yuxtapone al del emancipado, conforme al principio de gestión conjunta (art. 1.375 CC). Si los dos cónyuges fueran emancipados, concurriría el consentimiento de ambos con los respectivos asentimientos de sus padres o curadores, en protección del interés de cada uno de ellos. En todo caso, este consentimiento-asentimiento es irrevocable y se circunscribe a un acto concreto de enajenación y gravamen.

Se trata, por tanto, de un acto jurídico distinto al consentimiento regulado en los artículos 6 a 12 del CCom., relativos al ejercicio de una actividad empresarial por persona casada, que tiene por objeto una actividad duradera (el ejercicio del comercio por el otro cónyuge), puede ser presunto (arts. 7 y 8 CCom.), es revocable (art. 10 CCom.) y ha de ser inscrito en el Registro Mercantil a efectos de tercero (art. 11 CCom.). Para la recta comprensión de estos preceptos, debemos aclarar previamente que por bienes comunes entendemos exclusivamente aquellos que forman parte de una sociedad o comunidad conyugal. Por tanto, no podemos compartir la opinión de SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, para quienes: «las normas del CCom. se han de aplicar igualmente cuando rija el régimen de separación de bienes»<sup>31</sup>. Pues en un régimen de separación no hay propiamente bienes

<sup>31</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pág. 128.

comunes. En el caso de bienes pertenecientes a ambos cónyuges (o en caso de duda sobre la titularidad de los mismos, conforme a la presunción del art. 1.441 CC), habría una comunidad romana donde la cuota indivisa de cada uno de ellos sobre los mismos formaría parte de su respectivo patrimonio. Del mismo modo, tampoco cabe hablar de bienes comunes en el régimen de participación, dado que durante su vigencia funciona como un régimen de separación de bienes (cfr. arts. 1.412 y 1.413 CC) y en caso de adquisición conjunta de un bien, pertenecerá a ambos cónyuges en pro indiviso ordinario (art. 1.414 CC, precepto que también es aplicable por analogía al régimen de separación de bienes)<sup>32</sup>.

Por tanto, dentro de la categoría de bienes comunes formarían parte los bienes gananciales, dentro del Derecho común. Pero como la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.ª CE), las normas jurídicas contenidas en el CCom. serán aplicables a los regímenes matrimoniales forales donde exista igualmente una comunidad conyugal<sup>33</sup>. Así, son bienes comunes los que integran la comunidad foral de bienes, del Fuero de Vizcaya; los del consorcio conyugal en el Derecho aragonés; los bienes de conquista en el Derecho navarro; así como los que forman parte de los diferentes regímenes convencionales de comunidad previstos en el Derecho catalán (siempre que medie pacto en capitulaciones matrimoniales: la asociación a compras y mejoras, propia del Campo de Tarragona; el *agermanament* o pacto de mitad por mitad, propio del derecho de Tortosa; o el régimen de comunidad de bienes). En nuestra opinión, no es aplicable al pacto de la *convinença* o *mitja guadanyeria*<sup>34</sup>, propia del Valle de Arán, ya que se trata, más que de una comunidad de ganancias, como opina LALINDE, de una forma de participación en las ganancias o comunidad diferida de bienes, como entienden PUIG FERRIOL y Encarna ROCA, más afín por lo tanto en cuanto a su naturaleza jurídica al régimen de participación. Y, desde luego, no forman parte de la sociedad conyugal las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, pese a que el PCCC no las limite al ámbito de los regímenes de separación y participación (a diferencia de los arts. 44.1 y 48.2 CF). Entendemos que los bienes adquiridos no son comunes, sino que cada cónyuge es titular, dentro de su propio patrimonio, de un derecho sobre los mismos, con independencia del régimen matrimonial vigente, tal y como se advierte en la regulación del embargo (cfr. arts. 231.17.1 PCCC y 47 CF). No se trata, sin embargo, de un pro indiviso ordinario, ya que su régimen jurídico presenta algunas peculiaridades que lo diferencian de una comunidad romana: así, además de mediar un pacto sucesorio, el derecho de los cónyuges es intransmisible y el bien, indivisible, al igual que en una comunidad germánica [cfr. apdos. b) y c) de los arts. 231.15.2 PCCC y 44.2 CF).

En Valencia, la Ley 10/2007, del 20 de marzo, del Régimen Económico Matrimonial Valenciano (publicada en el BOE de 20 de abril de 2007; en lo sucesivo, LREMV), establece, como régimen legal supletorio valenciano, el de separación de bienes (art. 6 LREMV), pero regula también como régimen convencional el de germanía. Se trata de una comunidad universal o limitada que ha

<sup>32</sup> Cfr. en este sentido: ROJO, Ángel: *El empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica*, en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio *et alri*, *op. cit.*, Tomo I, cap. 4, pág. 101.

<sup>33</sup> Cfr. en este sentido Ángel ROJO, *ibidem*, pág. 102. Aunque ROJO enumera solo los regímenes económico-matrimoniales legales, no los convencionales.

<sup>34</sup> Sobre la naturaleza jurídica de la *convinença* o *mitja guadanyeria*, cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V: *Derecho de familia*, Vol. I: *Relaciones conyugales*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1987, 11.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José María CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 788.

de ser pactada en carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales (art. 38.1, párr. 1.º LREMV) y que regulan los artículos 38 a 43 de la LREMV. Los bienes que tengan un carácter agermanado, según la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales o el documento público de su adquisición (art. 38.1 LREMV), serán, por tanto, bienes comunes. El Presidente del Gobierno impugnó la constitucionalidad de varios artículos de dicha ley, algunos de los cuales afectan al régimen de germanía. Admitido a trámite el recurso por providencia de 17 de abril de 2008 y suspendida provisionalmente su vigencia conforme al artículo 161.2 de la CE, el Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión por Auto de 12 de junio de 2008 (publicado en el BOE de 30 de junio de 2008). Por lo tanto, la LREMV debe ser aplicada, a la espera de la resolución del recurso interpuesto.

Respecto al Fuero del Baylío, régimen de comunidad aplicable en algunas localidades de Badajoz, su naturaleza jurídica es controvertida<sup>35</sup>. Si se considera que la sociedad conyugal empieza desde el mismo momento de la celebración del matrimonio, tesis que acoge la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Cáceres de 2 de noviembre de 1989, todos los bienes serían gananciales o comunes y habría entonces una comunidad universal *ab initio*. Pero ha prevalecido el criterio de que durante su vigencia funcionaría como una sociedad de gananciales y solo al disolverse la sociedad todos los bienes se dividirían por mitad entre ambos cónyuges (o, en su caso, sus causahabientes). Se trataría, pues, de una comunidad universal diferida. Esta es la tesis que sustentaron la STS de 8 de febrero de 1892 y la DGRN en Resolución de 19 de agosto de 1914 y otras posteriores y, más recientemente, secundaron esta misma doctrina las SSAP de Badajoz de 10 de mayo de 1993, 4 de mayo de 2000, 1 de junio de 2000, 16 de junio de 2000 y 3 de abril de 2002.

En algunos supuestos forman parte de la comunidad terceras personas. Así, por ejemplo, en Cataluña, la asociación a compras y mejoras, cuando se asocian los ascendientes de los cónyuges (arts. 232.25.3 PCCC y 61.3 CF); en Aragón, la comunidad que continúa tras la disolución del matrimonio (arts. 68 a 75 Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad), equivalente a la comunidad conyugal continuada de la Compilación aragonesa; en el Fuero de Vizcaya, la comunidad de bienes entre el cónyuge viudo y los hijos o descendientes cuando el matrimonio se disuelva por fallecimiento de uno de los cónyuges con descendencia común (arts. 104 a 108 Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco). Sería también el caso de la *convinença o mitja guadanyeria si la hubiésemos concebido como una comunidad de ganancias, en el supuesto de que los padres o extraños formen parte de la misma* (arts. 232.29.3 PCCC y 65.3 CF). En estos casos, no sería aplicable, en nuestra opinión, el régimen jurídico del CCom., al no poderse hablar ya propiamente de una sociedad conyugal. Téngase en cuenta que estos artículos son una excepción al artículo 1.365 del CC (y normas forales análogas), según el cual los bienes gananciales responden de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de su profesión; de las deudas contraídas en el ejercicio de una actividad mercantil responden, además de los bienes privativos del comerciante, solo algunos bienes comunes y pueden también responder, en su caso, los demás bienes comunes y los del otro cónyuge, pero no tiene ningún sentido hacer responsable a un tercero.

<sup>35</sup> Sobre la naturaleza jurídica del Fuero del Baylío, cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *ibidem*, tomo V, vol. I, págs. 873-875 y ÁLVAREZ GILES, Ángel: *Nociones generales sobre el Fuero del Baylío o La Carta a Mitad (especial referencia a Fuentes de León)*, publicado en la Revista de Estudios Extremeños, vol. 60, núm. 2 (mayo-agosto 2004), Dpto. de Publicaciones de la Excma. Diputación Provincial de Badajoz, 2004, págs. 772-777.

El artículo 6 del CCom. permite al empresario casado enajenar e hipotecar no solo los bienes propios, sino también los bienes comunes adquiridos a resultas del comercio sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge. No compartimos la opinión de VICENT CHULIÁ, para quien esta posibilidad de gestión unilateral se vio derogada implícitamente por el principio de gestión conjunta que establece el artículo 1.375 del CC tras la reforma de 13 de mayo de 1981<sup>36</sup>. Y ello por varias razones: A) Porque el artículo 6 del CCom. es *lex specialis* en el ámbito mercantil, no solo frente al artículo 1.365 del CC, sino también frente al artículo 1.375 del CC, en cuanto que reconoce a uno de los cónyuges un poder de disposición unilateral sobre algunos bienes comunes. B) Porque es conforme con el principio de igualdad del artículo 14 de la CE, al no distinguir entre hombre y mujer. C) Porque en todo caso esta norma admite pacto en contrario en capítulos matrimoniales, según el artículo 12 del CCom. (del mismo modo que el art. 1.375 CC rige «en defecto de pacto en capitulaciones») y porque además también cabe la posibilidad de estipular un régimen distinto (así, el de separación de bienes) o de constituir el cónyuge empresario una sociedad unipersonal (sin perjuicio de que se esté acudiendo en la práctica a estos procedimientos de forma abusiva e incluso fraudulenta para eludir el art. 1.911 CC). D) Porque este poder de gestión unilateral, referido a actos de disposición y no sólo de administración de bienes, se le reconoce igualmente a uno de los cónyuges en otras normas: cfr. artículos 1.381, 1.382, 1.384, 1.385 y 1.386 del CC. Adviértase que estos artículos serán aplicables en todo caso al emancipado, pues goza del *ius connubii* (art. 46.1.º CC). Nos interesa resaltar, sobre todo, el artículo 1.381 del CC, que permite, en materia de frutos de los bienes privativos (que son gananciales, conforme al art. 1.347.2.º CC), realizar a un solo cónyuge actos de disposición sobre los mismos: «Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, *cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá, a este solo efecto, disponer de los frutos y productos de sus bienes*». (La cursiva es nuestra). De modo que el *status* jurídico de estos bienes sería similar al de las resultas del comercio.

Ahora bien: si el empresario casado fuera un menor emancipado y los bienes comunes fuesen inmuebles u objetos valiosos, aunque hubiesen sido adquiridos en el seno de su actividad mercantil, entendemos que sería de aplicación el artículo 324 del CC, de modo que necesitaría el consentimiento del otro cónyuge (y si este a su vez fuera menor, también el asentimiento de los padres o curadores de ambos). Si bien podrá enajenar e hipotecar por sí solo los demás bienes comunes (es decir, los bienes muebles que no sean valiosos). En nuestra opinión, el artículo 6 del CCom., en cuanto que permite enajenar e hipotecar determinados bienes comunes, es *lex specialis* frente al principio de gestión conjunta del artículo 1.375 del CC (y normas forales análogas), según hemos dicho. Sin embargo, el artículo 324 del CC, al regular la capacidad de obrar del emancipado casado, exige el consentimiento del otro cónyuge no ya en interés exclusivo de este sino también en beneficio del propio menor, por lo que debe prevalecer frente al artículo 6 del CCom. Téngase en cuenta lo dicho anteriormente: que la *ratio legis* del artículo 324 del CC es claramente la protección del menor, al igual que en el artículo 323 del CC, aunque en este caso también concurra el interés del cónyuge asistente.

Cosa distinta es que, al no existir un patrimonio separado dentro de la sociedad conyugal, se planteen problemas en la práctica a la hora de delimitar qué bienes comunes son los que responden de

<sup>36</sup> Cfr. VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, edición de 2007, págs 123-124.

las deudas contraídas en el ejercicio del comercio. Y que, *de lege ferenda*, fuese conveniente reducir esta facultad conferida a uno solo de los cónyuges y excluir de su ámbito los bienes más valiosos. Así, por ejemplo, en el régimen convencional catalán de comunidad de bienes el poder unilateral de gestión del cónyuge empresario se circunscribe a los *bienes muebles* (arts. 232.33.3 PCCC y 69.3 CF).

## 5. Actos de enajenación y gravamen sobre los establecimientos mercantiles o industriales.

### A) Concepto de establecimiento mercantil o industrial.

Los artículos 323 y 324 del CC requieren que el emancipado se halle autorizado para realizar actos de enajenación o gravamen sobre establecimientos mercantiles o industriales. Este concepto jurídico-mercantil fue introducido por vez primera en relación con las limitaciones impuestas al emancipado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. El CC hablaba solo de tomar dinero a préstamo, gravar y vender bienes inmuebles como actos para los que el emancipado necesitaba un complemento de capacidad (art. 317 en su redacción original, equivalente al actual art. 323). Pero la mencionada Ley de 13 de mayo de 1981 amplió su ámbito a otros actos de enajenación (no solo la venta) y a otros bienes (entre ellos, los establecimientos mercantiles o industriales). Al referirse ahora los artículos 323 y 324 del CC al establecimiento en relación con la capacidad de obrar del emancipado, tiene mucho más sentido interpretar ambos preceptos en relación con el artículo 4 del CCom. Pues en otro caso (es decir, si compartiéramos el criterio dominante de que el emancipado no puede ser empresario), su ámbito de aplicación se circunscribiría prácticamente al supuesto excepcional del artículo 5 del CCom.

#### a) Definiciones legales.

Diferentes leyes contienen definiciones del establecimiento y de la empresa. Así, para el artículo 2.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en lo sucesivo, LOCM) son establecimientos comerciales «los locales y las construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinados al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma continuada o en días o en temporadas determinadas». Si bien este concepto legal no nos sirve para interpretar la referencia de los artículos 323 y 324 del CC al establecimiento mercantil, puesto que pone énfasis en su carácter de bien raíz (expresamente se alude a los «inmuebles de acuerdo con el art. 334 CC» en el art. 2.2 LOCM).

Por su parte, el artículo 10.3, párrafo 2.º de la LC concibe el establecimiento como «todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes».

En el ámbito laboral, el Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; en lo sucesivo, ET) define en su artículo 1.5 el centro

de trabajo como «la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Y el artículo 44.2 del ET define la empresa como «conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.»

En el ámbito financiero, el artículo 83.4 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Texto Refundido aprobado por RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo) entiende por rama de actividad «el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios».

## b) Definiciones doctrinales.

Los autores han polemizado sobre los conceptos jurídicos de empresa y establecimiento mercantil.

Así, para GARRIGUES<sup>37</sup> y BROSETA PONT<sup>38</sup>, el concepto jurídico de empresa es sinónimo al concepto económico de la misma. La empresa puede ser definida, desde este punto de vista económico, como «una *organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado*», en palabras de BROSETA PONT<sup>39</sup>. GARRIGUES, a su vez, matiza las diferencias entre empresa y establecimiento: «La empresa comercial se llama también "establecimiento". Tiene, pues, esta palabra un doble significado: como acto –es decir, el acto de establecerse, de dedicarse a una actividad estable, en armonía con la permanencia de la empresa a pesar del cambio de sus elementos– y como lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil. Mas no puede identificarse el establecimiento con la empresa. Esta es un organismo de producción vivo, dinámico. El establecimiento es la base inerte, estática, de esa organización»<sup>40</sup>. Para GARRIGUES, el concepto de establecimiento es equiparable al de domicilio del comerciante o base física de la empresa<sup>41</sup>. Así concebido el establecimiento, la referencia legal sería ociosa y redundante, ya que se estaría aludiendo al bien o bienes inmuebles donde una empresa se asienta, salvo en supuestos excepcionales –como la venta ambulante (art. 53 LOCM), o el buque mercante en el caso del naviero (arts. 585 CCom y 1.5 ET)–.

Rodrigo URÍA censura la postura anterior, que considera ya superada, y añade: «El abandono de la concepción organicista de la empresa (acariciada años atrás por la jurisprudencia), evita el grave riesgo de identificar los conceptos de empresa y de establecimiento mercantil»<sup>42</sup>. Para él la empresa es una actividad (un acto jurídico) y el establecimiento, un instrumento al servicio de esa activi-

<sup>37</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 175-176.

<sup>38</sup> BROSETA PONT, *op. cit.*, págs. 87-89.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pág. 88. La cursiva es del autor.

<sup>40</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 206.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pág. 206.

<sup>42</sup> URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2002, 28.ª ed., revisada con la colaboración de M.ª Luisa APARICIO, pág. 33.

dad (un objeto)<sup>43</sup>. Y el establecimiento lo concibe como una institución, como una «organización de elementos materiales y personales en función de un fin de orden superior a todos ellos»<sup>44</sup>.

Para SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, el concepto económico de empresa no puede transformarse sin más en un concepto jurídico, ya que este abarca diversos aspectos<sup>45</sup>. Prefieren utilizar el término negocio para referirse a un concepto menos amplio que el de empresa y circunscrito a su aspecto objetivo, y lo definen como un «conjunto de bienes organizado por el empresario como medio para obtener su finalidad económica (que, como sabemos, es la producción e intercambio de bienes y servicios para el mercado)»<sup>46</sup>.

Para Ángel ROJO, el establecimiento mercantil (en sentido jurídico) es «el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil para el ejercicio de una o de varias actividades empresariales»<sup>47</sup>. Definición que coincide, según el mismo autor, con el concepto legal de empresa del artículo 44.2 del ET<sup>48</sup>.

Para Vicent CHULIÀ: «lo que caracteriza al *establecimiento* es la existencia de una *organización* de medios o factores de la producción, materiales y humanos, como *bien o creación inmaterial o intelectual, resultado del esfuerzo del empresario (o profesional) en el ejercicio de la actividad de competencia. Esta organización representa un valor económico* que se añade al de la mera suma de los diversos elementos»<sup>49</sup>.

En nuestra opinión, la referencia de los artículos 323 y 324 del CC al establecimiento no debe ser interpretada desde ese punto de vista inerte que nos ofrece GARRIGUES. El Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (en lo sucesivo, TRLAU de 1964) –actualmente derogado, pero vigente en el momento de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981– distinguía entre el arrendamiento de industria o negocio, excluido de su ámbito, y el arrendamiento de local de negocio, regulado en él. Por arrendamiento de local de negocio se refería, desde una perspectiva estática, a «los contratos de arriendo que recaigan sobre aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo» (art. 1.1 TRLAU de 1964). Mientras que el arrendamiento de industria o negocio se definía, desde una perspectiva dinámica, como aquel contrato en el que «el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades adminis-

<sup>43</sup> Cfr. *ibidem*, págs. 31-34; especialmente, pág. 33.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 36.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pág. 97.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pág. 252.

<sup>47</sup> ROJO, Ángel: *El establecimiento mercantil (I). Concepto, clases y elementos*, en: URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio *et alri*, *op. cit.*, Tomo I, cap. 5, pág. 116.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>49</sup> VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, edición de 2007, pág. 234. La cursiva es del autor.

trativas» (art. 3.1 TRLAU de 1964). Y compartimos la opinión de Rodrigo URÍA, para quien «el concepto de "industria o negocio" así perfilado es el concepto de establecimiento»<sup>50</sup>. Una reiterada jurisprudencia viene distinguiendo en este mismo sentido entre arrendamientos de local de negocio, en los que se cede el uso de un inmueble, y el de industria o negocio, en los que se cede, junto al inmueble, el establecimiento en él instalado; en palabras de Ángel ROJO, «lo cedido es "un todo patrimonial autónomo" en el que, además del local, figuran los elementos necesarios para el ejercicio de una actividad empresarial (SSTS de 20 de septiembre de 1991 y de 21 de febrero de 2000)»<sup>51</sup>.

Concebido el establecimiento como un conjunto del que forman parte diversos elementos patrimoniales, podemos distinguir dentro de los mismos los elementos materiales (así, mercaderías, dinero, utensilios de trabajo...), los elementos inmateriales (como los créditos, deudas, derechos de propiedad intelectual e industrial...) y lo que GARRIGUES denominaba relaciones de hecho (por ejemplo, la clientela, las expectativas o la organización). Otros autores entienden que los elementos materiales engloban tanto los bienes corporales como los incorporales y consideran elementos inmateriales lo que GARRIGUES denominaba relaciones de hecho. Así lo hacen SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE<sup>52</sup>, que identifican el elemento inmaterial con el llamado fondo de comercio<sup>53</sup>, de perfil difuso, aunque también dotado de valor económico. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1986 consideró que el fondo de comercio podía ser objeto de aportación *in natura* a una sociedad y debía ser valorado en todo caso. Ángel ROJO lo define como «la plusvalía derivada de la organización de los elementos de toda clase que componen el establecimiento»<sup>54</sup>. Según el Plan General de Contabilidad (aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre), el fondo de comercio se corresponde con «los beneficios económicos futuros procedentes de activos que no han podido ser identificados individualmente y reconocidos por separado» y figurará en la partida núm. 204 del cuadro de cuentas de las inmovilizaciones intangibles, dentro del activo no corriente del balance, aunque solo cuando haya sido adquirido a título oneroso (cfr. art. 39.4 CCom, redactado según la Ley 16/2007, de 4 de julio). La doctrina más generalizada incluye también, junto con los elementos patrimoniales, los personales (a favor de su inclusión están URÍA, VICENT CHULIÁ o Ángel ROJO; en contra, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE). Todos estos elementos se hallan debidamente organizados en aras a la producción y distribución de bienes y prestación de servicios en el mercado. Y el titular del establecimiento podrá ser propietario del mismo o titular de un derecho distinto, real o personal (por ejemplo, usufructuario o arrendatario). Este concepto de establecimiento se asemeja más a lo que GARRIGUES y BROSETA PONT entendían por empresa, concebida, en palabras de aquel, como un «un conjunto organizado de elementos heterogéneos»<sup>55</sup>, y a lo que SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE consideran aspecto objetivo de la empresa (o también negocio).

El establecimiento así descrito nos interesa en cuanto que es objeto de tráfico jurídico.

<sup>50</sup> URÍA, *op. cit.*, edición de 1976, pág. 37.

<sup>51</sup> ROJO, Ángel: *El establecimiento mercantil (II). Transmisión*, en: URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio *et alri*, *op. cit.*, Tomo I, cap. 6, pág. 154.

<sup>52</sup> Cfr. SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, págs. 252-254.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pág. 253.

<sup>54</sup> ROJO, Ángel: *El establecimiento mercantil (I). Concepto, clases y elementos*, *op. cit.*, pág. 127.

<sup>55</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 175-176.

## B) Actos de enajenación.

El supuesto más típico de enajenación es el de la venta del establecimiento. Es, en nuestra opinión, una compraventa civil y no mercantil, pues no reúne las características previstas en los artículos 325 y 326 del CCom., tal y como afirma VICENT CHULIÁ<sup>56</sup>. Algunos autores, sin embargo, defienden su carácter mercantil: así, Rodrigo URÍA (quien cita además la STS de 12 de diciembre de 1881)<sup>57</sup>.

Se trata de un supuesto de venta universal y no singular, cuyo objeto es un conjunto de elementos heterogéneos (como lo es, por ejemplo, la venta de una herencia, a la que se refieren los arts. 1.531, 1.533 y 1.534 CC). Por lo tanto, le será aplicable el artículo 1.532 del CC, relativo al saneamiento: «El que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte». La jurisprudencia, la Resolución de la DGRN de 18 de junio de 1998 (referida a la aportación de un establecimiento a una sociedad) y algunos autores (como SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE<sup>58</sup>) configuran el establecimiento como una universalidad, pese a la reticencia de otro sector doctrinal. Así, GARRIGUES decía que la empresa (lo que nosotros denominamos establecimiento) no podía ser concebida como una *universitas rerum*<sup>59</sup>, porque «nuestras leyes desconocen el concepto de la empresa como universalidad, aunque contengan algunas alusiones a la empresa como objeto de tráfico»<sup>60</sup>. En términos similares, afirma Ángel ROJO que «en la legislación española no existe base suficiente para defender que el establecimiento mercantil constituye un bien distinto de los elementos de que se compone»<sup>61</sup>. Y URÍA opinaba, respecto a la naturaleza jurídica del establecimiento, que más que una *universitas facti* o *iuris*, era una institución<sup>62</sup>.

Para GARRIGUES, cuando se transmite una empresa (un establecimiento, en nuestra terminología) «no se transmite como universalidad, es decir, como un objeto único, sometido a reglas unitarias, sino como un conjunto heterogéneo de cosas, derechos y relaciones de puro hecho, cuya respectiva transferencia está sometida a reglas peculiares»<sup>63</sup>. De modo que la venta se descompondría en diversos negocios traslativos de los diferentes elementos que constituyen su objeto, ya que, a su modo de ver, aunque la voluntad de las partes sea considerar el mismo como un conjunto, «la voluntad de los interesados no puede, sin apoyo legal, crear nuevos objetos de derechos reales. [...] El dominio o la posesión se refieren a las cosas aisladas susceptibles de aquel derecho y que integran

<sup>56</sup> VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, edición de 2007, pág. 247.

<sup>57</sup> URÍA, *op. cit.*, edición de 2002, pág. 656.

<sup>58</sup> Cfr. SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pág. 254. La concepción del negocio como universalidad en SÁNCHEZ CALERO resultaba más patente incluso en ediciones anteriores de su manual. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 12.ª ed., reimp., Madrid, 1987, pág. 116.

<sup>59</sup> Cfr. GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 170-171.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 195.

<sup>61</sup> ROJO, Ángel: *El establecimiento mercantil (I). Concepto, clases y elementos*, *op. cit.*, pág. 118.

<sup>62</sup> *Vid. supra* nota 44.

<sup>63</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 197.

la empresa»<sup>64</sup>. Sin embargo, el mismo autor mencionaba el artículo 1.532 del CC y el entonces vigente artículo 928 del CCom. (referente al traspaso de la empresa en caso de quiebra) como preceptos aplicables a esta venta<sup>65</sup>, por lo que parecía contradecirse. Además, con independencia del sistema vigente (de *numerus clausus* o *numerus apertus*) respecto a los derechos reales admisibles en nuestro ordenamiento, aquí no hablamos de crear un nuevo derecho real o un bien diferente, sino de aplicar derechos patrimoniales ya existentes (reales, como la propiedad o el usufructo, o de crédito, como el arrendamiento) a un objeto (el establecimiento mercantil), que nuestro ordenamiento conoce y define.

Más acertado nos parece el criterio de SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, para quienes la venta requiere que «la voluntad de las partes tenga presente esta unidad del objeto, lo que hace que estemos no ante varios contratos de compraventa de los bienes que componen el negocio y de las relaciones jurídicas o de hecho que están vinculadas al mismo, sino ante un contrato cuyo objeto es único. El contrato está dominado por una causa única tendente precisamente a la adquisición del negocio o, si se quiere, de la empresa en su sentido objetivo»<sup>66</sup>. Del mismo modo opinaban BROSETA<sup>67</sup> y URÍA<sup>68</sup> (quien, sin embargo, no concebía el establecimiento como una universalidad, como hemos dicho). Para este contrato único (de transmisión del establecimiento en bloque) requerirá el emancipado en todo caso un complemento de capacidad, conforme a los artículos 323 y 324 del CC. Y nada impide que en dicho contrato de compraventa se excluyan por las partes ciertos elementos del mismo, siempre que no se menoscabe su utilidad funcional, tal y como admiten algunos autores (así, URÍA<sup>69</sup> o SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE<sup>70</sup>). Ahora bien: la *traditio* o entrega de cada uno de estos elementos heterogéneos que integran el establecimiento se regirá por sus normas específicas (conforme a la teoría del título y el modo del art. 609 CC y las diferentes formas de tradición, reguladas en los arts. 1.462 a 1.464 CC) pues, como afirman SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «el título de transmisión de la empresa o negocio es único y el modo puede ser diferente para sus distintos elementos»<sup>71</sup>.

Al traspaso de empresa aludía el legislador en el artículo 928 del CCom., derogado por la LC. Aunque VICENT CHULIÁ entiende que es un concepto sinónimo al de venta del establecimiento<sup>72</sup>, por traspaso entendemos un concepto más amplio, equivalente más bien al de transmisión, del que la compraventa sería una especie dentro del género. Téngase en cuenta que el titular de un establecimiento puede ser propietario del mismo o explotarlo por un título diferente (por ejemplo, como usufructuario o arrendatario).

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 195.

<sup>65</sup> Véase nota anterior.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pág. 258.

<sup>67</sup> BROSETA PONT, *op. cit.*, pág. 96. Para la transmisión (dentro de la cual se engloban negocios como la venta o el arrendamiento) se manifiesta en términos similares (*ibidem*, pág. 90).

<sup>68</sup> URÍA, *op. cit.*, edición de 2002, pág. 657.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pág. 657.

<sup>70</sup> Véase nota 66.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 262. Cfr. en este sentido: ROJO, Ángel: *El establecimiento mercantil (II). Transmisión*, *op. cit.*, págs. 147-148.

<sup>72</sup> VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, edición de 2007, pág. 247.

El artículo 324 del CC puede tener especial aplicación en el supuesto del artículo 1.347.5.º del CC, según el cual son bienes gananciales: «Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes». Por tanto, para su enajenación y gravamen por un emancipado casado se requerirá el consentimiento de su cónyuge, y si este fuera también menor, se necesitará además el asentimiento de los padres o curadores de uno y otro. En tanto que los incrementos patrimoniales incorporados a un establecimiento mercantil tendrán el carácter, ganancial o privativo, del bien al que afecten (art. 1.360 CC en relación con el art. 1.359 CC).

Otros supuestos de enajenación de un establecimiento que requieren un complemento de capacidad son la donación, la permuta, la dación en pago, la aportación del establecimiento a una sociedad a cambio de acciones o participaciones sociales en la misma –supuesto que regulan los arts. 39.3 TRLSA, 20.2 LSRL (que remite a aquel) y 190.1 RRM–, etc.

El emancipado no necesitará ser asistido para comprar un establecimiento mercantil (art. 1.457 CC) ni para ser donatario del mismo, aunque la donación fuera condicional u onerosa (art. 626 CC *a contrario sensu*). Si la compra se hizo por uno de los esposos con dinero ganancial y sin el consentimiento del otro, el vendedor podrá fundar la validez del contrato en el artículo 1.384 del CC, si bien el comprador será responsable ante el cónyuge que no hubiera prestado su anuencia.

Paralelamente a la transmisión operará en el ámbito laboral la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del ET.

Para disponer *mortis causa* del establecimiento mercantil será necesaria la capacidad para testar, que tiene toda persona mayor de 14 años que se halle en su cabal juicio (según se desprende del art. 663 CC *a contrario sensu* y, en términos similares, normas forales análogas). El menor emancipado, por tanto, podrá disponer del establecimiento por testamento abierto o cerrado, aunque no hológrafo (que solo pueden otorgarlo los mayores de edad, excepto en Cataluña, ya que el art. 421.17.1 CCC autoriza al catalán emancipado para hacerlo).

Por su trascendencia mercantil, resaltamos el artículo 1.056, párrafo 2 del CC, según el cual: «El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo [consistente en hacer la partición de su herencia], disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados...».

### C) Actos de gravamen.

#### a) Hipoteca mobiliaria.

Regulada por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954 (en lo sucesivo, LHM), la hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento tiene como

elemento primordial e inexcusable el derecho de arrendamiento sobre el mismo (cfr. en este sentido la RDGRN de 7 de julio de 1964, con base en el art. 20 LHM). Así, según dispone el artículo 19 de la LHM: «Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en local de negocio del que el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar». De modo que, si el titular del establecimiento es arrendatario, tal y como dice el artículo 20 de la LHM: «La hipoteca comprenderá, necesariamente, el derecho de arrendamiento sobre el local». Y, en su defecto (es decir, si el titular del establecimiento fuera propietario o titular de un derecho distinto, como el de usufructo): «el adjudicatario, en caso de ejecución, adquirirá, de pleno derecho, la cualidad de arrendatario con sujeción a lo pactado en la escritura de hipoteca» (art. 28 LHM), lo que obligaría a la constitución de un contrato de arriendo.

Por tal entendemos el *arrendamiento del local de negocio* que regulaba el TRLAU de 1964, institución análoga al actual arrendamiento de una finca donde se ejerce una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, cultural o docente, que menciona el artículo 3.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en lo sucesivo, LAU), y que es distinta al *arrendamiento de industria o negocio*, que definía el derogado artículo 3.1 del TRLAU. La dicción legal es clara al respecto: el titular del establecimiento ha de ser, según exige el mencionado artículo 19 de la LHM, «dueño o arrendatario, *con facultad de traspasar*». (La cursiva es nuestra). Y, tal y como afirman SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: «La hipoteca del establecimiento se refiere, por consiguiente, a una parte de *la base física de la empresa o negocio*»<sup>73</sup>.

Respecto a su extensión, la hipoteca comprende: A) El derecho de arrendamiento del local y las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento (art. 20 LHM: extensión necesaria); B) Las indemnizaciones debidas al hipotecante por razón de los bienes hipotecados, entre las que se incluyen las que deba satisfacer el arrendador al arrendatario (arts. 5 y 23 LHM: extensión por subrogación); C) Los derechos de propiedad intelectual e industrial y los instrumentos de producción y trabajo, si no se establece otra cosa (art. 21 LHM: extensión natural); D) Las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento, si hubiera mediado pacto expreso (art. 22 LHM: extensión convencional).

Aunque VICENT CHULIÁ opina que «el objeto de la hipoteca es la totalidad del establecimiento, como organización empresarial unitaria»<sup>74</sup>, esta delimitación legal no enumera todos los elementos que integran un establecimiento, sino tan solo algunos de ellos. La propia exposición de motivos de la LHM nos aclara al respecto: «De los preceptos que regulan la extensión de la hipoteca se deduce que quedan excluidos de ella los elementos inmateriales del establecimiento; así ocurre con la organización y la clientela, elementos de muy difícil o imposible sujeción a las normas de una hipoteca». El fondo de comercio, por tanto, queda fuera de su ámbito. De modo que, como concluye BROSETA PONT: «No existe hipoteca de la empresa, sino de algunos elementos de la empresa»<sup>75</sup>. Este

<sup>73</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pág. 263. La cursiva es nuestra.

<sup>74</sup> VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, edición de 2007, pág. 249.

<sup>75</sup> BROSETA PONT, *op. cit.*, pág. 100.

mismo criterio fue sustentado por GARRIGUES <sup>76</sup>, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE <sup>77</sup> y la mencionada Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1964.

El legislador parece contradecirse, ya que la hipoteca mobiliaria es un derecho real en cosa ajena que recae sobre determinados elementos de un establecimiento, y, sin embargo, ha de comprender inexcusablemente el derecho de arrendamiento sobre el local de negocio, que, por una parte, es un derecho personal (y no real), y, por otra parte, no tiene por objeto el establecimiento, sino el local de negocio (concebido como lugar apto para desarrollar una actividad mercantil o profesional; por tanto, como un elemento inmobiliario). Si bien esta contradicción es solo aparente, dado que el arrendamiento sobre el local de negocio, aunque recaiga sobre una cosa inmueble, no es en sí un bien inmueble, al tratarse de un derecho de crédito y no de un derecho real inmobiliario (ya que, según el art. 334, apdo. 10.º CC, son bienes inmuebles los «derechos reales sobre bienes inmuebles», pero no los personales).

Pese a que la hipoteca mobiliaria no recaiga sobre *todo* el establecimiento sino sólo sobre *parte* de él, el emancipado requiere para su constitución un complemento de capacidad, conforme a los artículos 323, 324 y 1.857.3.º del CC, pues, tal y como afirman SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE: «La propia Ley de 1954 parece reconocer la unidad de negocio, y la existencia de una organización que hay que conservar» <sup>78</sup>, y citan en este sentido el artículo 27 de la LHM (que impone al hipotecante la obligación de continuar el negocio o industria) y la Resolución de la DGRN de 7 de octubre de 1991. Podemos argüir también que la Ley 66 de la Compilación navarra exige que el emancipado sea asistido no solo para la enajenación o gravamen del establecimiento en su conjunto, sino también *de sus elementos esenciales*. Además, del mismo modo que para la hipoteca mobiliaria la LHM permite que por voluntad de las partes se incluyan o no determinados elementos del establecimiento, ya dijimos que en la compraventa del mismo se podían excluir igualmente algunos de sus bienes, siempre que no se altere su funcionamiento. Y esta venta parcial del establecimiento no afectaba a la capacidad de los contratantes ni a la consideración de su objeto como una universalidad.

Debemos tener en cuenta que la hipoteca del establecimiento no posee actualmente la misma utilidad que en el momento de la promulgación de la LHM. Al regular esta institución el legislador pensaba en la prórroga forzosa del contrato y en el traspaso del local de negocio. Pero actualmente la cesión del contrato donde se ejerza una actividad empresarial o profesional (prevista en el art. 32 LAU) tiene unos efectos mucho más limitados que el traspaso de local de negocio y la duración del contrato será la que estipulen las partes. Por tanto, en caso de subasta del establecimiento hipotecado, el interés de los posibles postores será mucho menor, salvo que las condiciones contractuales fueran muy ventajosas.

También podrá el emancipado que sea empresario hipotecar los demás bienes enumerados en el artículo 12 de la LHM. Por regla general, deberá ser asistido, al tratarse de bienes de extraordinario valor (*ex arts. 323 y 324 CC*). Pero si por su escasa cuantía no fuesen de aplicación estos precep-

<sup>76</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 202.

<sup>77</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pág. 264.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pág. 264.

tos, el emancipado podría hipotecar por sí solo tanto los bienes propios como los comunes adquiridos por resultados del comercio, conforme al artículo 6 del CCom. Si bien rara vez se hipotecará en la práctica un bien poco valioso, por la razón que acabamos de exponer.

El artículo 2 de la LHM, tras la reforma de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (publicada en el BOE de 8 de diciembre de 2007, que entró en vigor al día siguiente de su publicación), permite la constitución de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, sin que se admita el pacto en contrario, o sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho. La nueva norma carece de efectos retroactivos.

Sin embargo, el artículo 12 *in fine* de la LHM (según el cual: «No podrán hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes comprendidos en los arts. 52, 53 y 54») contradice el tenor literal del artículo 2 de la LHM en su nueva redacción. Entendemos que el artículo 2 de la LHM (ubicado dentro de las disposiciones generales a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento y *lex posterior*) debe prevalecer sobre el párrafo final del artículo 12 de la LHM, que no fue modificado para adaptarlo a la regulación actual por un presumible olvido del legislador y que, por tanto, es admisible la hipoteca sobre la propia hipoteca mobiliaria o sobre bienes que ya estuvieran hipotecados o empeñados.

## b) Usufructo.

Para constituir un derecho de usufructo sobre el establecimiento precisa el emancipado la asistencia legal, por ser un acto de gravamen (arts. 323 y 324 CC). El objeto del usufructo será el establecimiento mercantil concebido como una *universitas*. El CC menciona algunos supuestos de usufructos universales (cfr. arts. 476, 506, 508 y 510 CC). Sin embargo, el artículo 475, párrafo 2.º CC, aunque alude al usufructo consistente en el «goce de los beneficios que diese una participación en una explotación mercantil o industrial», no se refiere al usufructo de un establecimiento, sino que, como tal y como entiende GARRIGUES, se refiere «al supuesto de dar en usufructo una participación social (v.g. usufructo de acciones)»<sup>79</sup>.

Pese a nuestra consideración del establecimiento como una universalidad, podemos aplicar normas jurídicas diferentes (de ordinario, las que regulan los llamados usufructos especiales) para los distintos elementos que lo integran. Así, para el dinero y otros bienes consumibles, el artículo 482 del CC, que regula el cuasiusufructo; para los bienes deteriorables, el artículo 481 del CC; para los bienes que han de ser vendidos, el usufructo con poder de disposición, que admite el TS en reiterada jurisprudencia; para las deudas, el artículo 506 del CC (aplicable al supuesto de usufructo constituido a título gratuito, al mencionar expresamente los artículos 642 y 643 del CC, relativos a la donación); para los créditos, el artículo 507 del CC; para los derechos que no sean personalísimos e intransmisibles, el artículo 469 del CC; para las acciones judiciales, el artículo 486 del CC; etc.

<sup>79</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 199.

### c) Prenda.

No cabe constituir un derecho de prenda sobre un establecimiento mercantil, ya que si se transfiriese su posesión al acreedor o a un tercero, conforme al artículo 1.863 del CC, perdería este toda su utilidad económica, al no poder explotarlo su titular (y si no se transfiere su posesión, estaríamos en el supuesto de la hipoteca mobiliaria del mismo). Sí cabe constituir prenda, ya sea con desplazamiento de la posesión (según las normas del CC) ya sea sin desplazamiento de ella sobre los bienes enumerados en los artículos 52, 53 y 54 de la LHM (este último, ampliado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre). Esta enumeración no es taxativa, ya que la DGRN ha rectificado su doctrina tradicional y admite en su jurisprudencia más reciente un sistema de *numerus apertus* sobre los bienes muebles que pueden ser empeñados (así, en las Resoluciones de 12 de marzo de 2001 y de 16 de mayo de 2001)<sup>80</sup>.

El artículo 55 de la LHM requiere que tales bienes no hayan sido hipotecados previamente, lo cual contradice al artículo 2 de la LHM en su nueva redacción por un posible descuido del legislador, al igual que sucedía con el artículo 12 *in fine* de la LHM. Entendemos, por las mismas razones que expusimos anteriormente, que el artículo 2 de la LHM debe prevalecer sobre el artículo 55 de la LHM y que, por lo tanto, pueden ser pignorados los bienes que sean objeto de hipoteca, mobiliaria o inmobiliaria, o el mismo derecho de prenda.

Para la constitución de la prenda, con o sin desplazamiento, el emancipado requerirá un complemento de capacidad, siempre que el objeto empeñado sea de extraordinario valor (por aplicación de los arts. 323, 324 y 1.857.3.º CC); en otro caso, no necesitará ser asistido.

Tratándose de bienes comunes no será aplicable, en nuestra opinión, el artículo 6 del CCom., que habla tan solo de actos de enajenación e hipoteca (y no de gravamen, a diferencia de los arts. 323 y 324 CC) y no debe ser interpretado de forma extensiva, lo cual redundaría en perjuicio del cónyuge no empresario. De este modo se evita una posible colisión del artículo 6 del CCom. con el artículo 324 del CC. Por lo tanto, para empeñar un bien común, adquirido o no en el seno de su actividad, el empresario casado que no sea mayor de edad requerirá en todo caso el consentimiento del otro cónyuge (art. 1.375 CC), y si el bien pignorado fuese valioso y el otro cónyuge fuese también menor, deberá recabar además el asentimiento de los padres y curadores de ambos (art. 324 CC).

## 6. OTROS ACTOS JURÍDICOS

### A) El arrendamiento.

En el Derecho común el arriendo es siempre y en todo caso un acto de administración y no de disposición del bien arrendado. Y no puede ser concebido como un gravamen, ya que no se trata de un derecho real sino de crédito (si bien el art. 2.5.º LH permite su inscripción en el Registro de la

<sup>80</sup> Cfr. *ad amplius*: ROJO, Ángel: *El establecimiento mercantil (II). Transmisión, op. cit.*, págs. 159-160.

Propiedad). Aunque el artículo 12.1 de la derogada LAR de 31 de diciembre de 1980 exigía para ser arrendador de fincas rústicas «la misma capacidad que para enajenarlas», actualmente ninguna norma restringe la aptitud del emancipado (cfr. arts. 271.7.º y 1.548 CC y 9 LAR; la LAU no contiene ningún precepto *ad hoc* sobre esta materia).

La capacidad necesaria para ser arrendador y arrendatario es en todo caso la misma que para obligarse. Por lo tanto, el menor emancipado podrá celebrar por sí solo los siguientes actos jurídicos:

- A) El contrato de arrendamiento de industria. Aunque la jurisprudencia menor, ante el silencio de la LAU, es contradictoria respecto a la normativa aplicable, creemos que, al igual que sucedía con la legislación anterior, queda fuera de su ámbito y se regirá por la voluntad de las partes y por el CC y normas forales.
- B) El de arrendamiento de una finca donde se ejerza una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, sometido a la LAU como «arrendamiento para uso distinto del de vivienda» (según su art. 3.2) y similar al arrendamiento de local de negocio, que definía el artículo 1.1 del TRLAU de 1964<sup>81</sup>.
- C) La cesión y el subarriendo, total o parcial, de una finca donde se ejerza una actividad empresarial o profesional, regulados por el artículo 32 de la LAU.
- D) La subrogación en el contrato de arrendamiento sobre un local donde se ejerza una actividad empresarial o profesional por muerte del arrendatario, a la que alude el artículo 33 de la LAU.
- E) El traspaso de local de negocio (en los términos previstos en el derogado art. 32 TRLAU de 1964) y la subrogación *mortis causa*, en los supuestos en los que estos tengan aplicación al amparo de la disposición transitoria tercera de la LAU vigente. El TRLAU de 1964 no contenía ninguna norma especial en materia de capacidad, pese a la trascendencia jurídica de estos actos, por lo que regían igualmente las normas generales sobre la materia, contenidas en el CC.
- F) El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, rústicos o urbanos, tanto los regulados por el CC y normas forales como los sujetos a la legislación especial arrendaticia.

## B) El préstamo.

El artículo 323 del CC requiere que el menor emancipado recabe el asentimiento de sus padres o curador para «tomar dinero a préstamo». *A sensu contrario*, sí podrá dar en préstamo dinero u otros bienes sin ningún complemento de capacidad.

Si el emancipado estuviera casado, entendemos que el asentimiento deberá ser prestado por sus padres o curador y no por el cónyuge, ya que al no tratarse de un acto de enajenación o grava-

<sup>81</sup> Debemos matizar que el artículo 2.2 del TRLAU de 1964 excluía de su ámbito de aplicación «los arrendamientos de locales para casinos o círculos dedicados al esparcimiento o recreo de sus componentes o asociados», actualmente sometidos al artículo 3.2 de la LAU por ejercerse en la finca arrendada una actividad recreativa o cultural.

men sobre bienes comunes se aplicaría el artículo 323 y no el artículo 324 del CC (al igual que si enajenase o gravase un bien propio). Sin embargo, en Derecho catalán este asentimiento debería ser prestado por el otro cónyuge si es mayor de edad, ya que será este quien asista al emancipado casado en todos los actos que no pueda realizar por sí solo (cfr. arts. 211.7.2 PCCC y 159.1 CF).

### **C) La renuncia abdicativa.**

En nuestra opinión, el emancipado podrá realizar sin ningún complemento de capacidad una renuncia abdicativa de los derechos que ostente sobre los bienes enumerados en el artículo 323. Aunque también sea un acto dispositivo (al igual que la enajenación y el gravamen), este artículo no la incluye entre las restricciones a la capacidad del mismo –a diferencia del art. 166 CC (en materia de patria potestad) o del art. 271.3.º CC (en materia de tutela), que exigen que los padres o tutores recaben la autorización judicial para renunciar a los derechos de sus representados–. Y, como hemos dicho reiteradas veces, las normas limitativas de la capacidad de obrar no son susceptibles de interpretación extensiva.

Sin embargo, en el Derecho foral el artículo 12.1 a) de la LDP habla de «actos de disposición» sobre ciertos bienes valiosos, y los artículos 236.28.1 b) del PCCC y 151.1 a) del CF mencionan expresamente la renuncia a los derechos reales sobre determinados bienes, también de gran valor, por lo que el catalán o aragonés emancipado habrá de ser asistido si dicha renuncia recae sobre los bienes o derechos reales enumerados [conforme a los arts. 30.1 a) LDP y 211.12.1 a) PCCC].

Tratándose de bienes comunes (art. 324 CC), se requerirá el consentimiento del otro cónyuge por el principio de gestión conjunta (art. 1.375 CC, que habla de «gestión y disposiciones de los bienes gananciales», y normas forales análogas). Por otra parte, el artículo 6 del CCom. permite al empresario «enajenar e hipotecar» unilateralmente los adquiridos a resultas del comercio, pero no renunciar a ellos.

### **D) Actos de disposición sobre acciones y participaciones sociales.**

Los valores mobiliarios no figuran entre los bienes para cuya enajenación y gravamen el emancipado ha de ser asistido, conforme a los artículo 323 y 324 del CC (a diferencia del art. 166 CC, en sede de patria potestad, y del art. 271.2.º CC, en sede de tutela, que sí los mencionan). Por ello entendemos que podrá transmitir sin ningún complemento de capacidad sus acciones o participaciones en una sociedad (cfr. arts. 143 y 545 CCom., 56 TRLSA y 29 LSRL). Y, en caso de aumento del capital social, podrá ejercitar y transmitir por sí solo el derecho de suscripción preferente de acciones (art. 158 TRLSA) y el derecho de preferencia en la asunción de nuevas participaciones sociales (art. 75 LSRL).

Tampoco necesita el emancipado hallarse autorizado para constituir el usufructo de la acción de una sociedad anónima (arts. 67 a 71 TRLSA) ni el de la participación en una sociedad limitada (art. 36 LSRL). Asimismo, podrá pignorar por sí solo la acción de una sociedad anónima (art. 72 TRLSA) y la participación de una sociedad limitada (art. 37 LSRL).

En el Derecho foral aragonés el emancipado ha de ser asistido para realizar actos de disposición sobre los valores mobiliarios, excepto en la enajenación de acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea al menos el de cotización en bolsa [art. 30.1 a) en relación con el art. 12 a) LDP], y en el catalán para enajenar o gravar acciones, valores o participaciones sociales, salvo para enajenar, por un precio no inferior al de cotización, las acciones que coticen en bolsa o el derecho de suscripción preferente [art. 211.12.1 en relación con el art. 236.28.1 c) PCCC y art. 151.1 b) CF].

## 7. EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR MENORES, INCAPACITADOS Y PRÓDIGOS

El artículo 5 del CCom. establece, como excepción a la regla general del artículo 4 del CCom.: «Los menores de 18 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 más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio». La Resolución de la DGRN de 3 de julio de 1936 entendió que este precepto permitía a los menores e incapaces continuar, pero no iniciar, una actividad empresarial. Hay que tener en cuenta que, al exigirse la autorización judicial en los casos previstos en los artículos 166 del CC (para la patria potestad) y 271 y 272 del CC (para la tutela), se «dificulta de modo muy notable la continuación por el menor de la empresa heredada: la agilidad del tráfico es difícilmente compatible con la lentitud de la autorización judicial», tal y como opina ILLESCAS ORTIZ<sup>82</sup>. Y que la curatela, introducida en nuestro Derecho por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, era una institución desconocida por el legislador en el momento de la redacción de este precepto.

- A) Respecto a los *menores*, si entendiéramos, como afirma la doctrina dominante, que el emancipado no puede ser comerciante, habría que incluir dentro del supuesto de hecho de la norma a todos los menores, emancipados o no. Pero como, a nuestro juicio, el emancipado tiene capacidad mercantil conforme al artículo 4 del CCom., no tiene sentido incluirlo dentro de esta excepción. Creemos por ello que el artículo 5 del CCom., aunque hable expresamente de los «menores de dieciocho años», se refiere tan solo a los no emancipados. A favor de nuestra interpretación podemos argüir también el tenor literal del artículo 5 del CCom, que alude a la continuación del comercio «por medio de sus guardadores». Por «guardadores» entendemos que se refiere la ley a los representantes legales del menor o del incapaz, mientras que el emancipado no está sujeto a patria potestad ni a tutela. En este mismo sentido, el artículo 91 del RRM, al hablar de su inscripción en el Registro Mercantil, utiliza como sinónimos los términos «guarda o representación legal» en sus apartados 1 y 2.

También el factor que haya de ser nombrado en defecto de los padres o causantes del menor o incapaz debe reunir «las condiciones legales», que son las exigidas por el artículo 282 del CCom.; por lo tanto, el emancipado tendrá capacidad para serlo.

- B) Respecto a los *incapacitados*, debemos interpretar el artículo 5 del CCom. en relación con el artículo 760.1 de la LEC, según el cual: «La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que

<sup>82</sup> ILLESCAS ORTIZ, *op. cit.*, pág. 113.

haya de quedar sometido el incapacitado...». Por tanto, habrá que estar, en primer lugar, a lo que disponga expresamente el Juez en la misma, pues cabe la posibilidad de que en atención a su grado de discernimiento permita al incapaz la continuación o incluso el inicio de una actividad empresarial, con las cautelas y garantías que estime convenientes. O, a la inversa, también cabe la posibilidad de que el Juez vede al incapaz el ejercicio del comercio, ni tan siquiera debidamente representado o asistido.

A falta de pronunciamiento judicial al respecto, entendemos que si el incapaz queda sujeto a tutela o a patria potestad (incluida la patria potestad prorrogada o rehabilitada del art. 171 CC), podrá continuar el comercio solo en el supuesto excepcional del artículo 5 del CCom., por medio de sus representantes legales, que deberán recabar la autorización judicial en los casos legalmente exigidos, y su inscripción en el Registro Mercantil se llevará a cabo conforme al artículo 91 RRM. Pero si queda sujeto a curatela sin que el Juez le prohíba expresamente el ejercicio del comercio ni especifique los actos en los que sea necesaria la intervención del curador, creemos que no se le podrá aplicar la doctrina de la Resolución de la DGRN de 3 de julio de 1936 y que el incapaz podrá ser empresario (con base en el art. 4 CCom.) o administrador de sociedades anónimas y limitadas (al igual que puede serlo el habilitado de edad, sometido igualmente a curatela, según se desprende del art. 323 CC *in fine* en relación con los arts. 124.1 TRLSA y 58.3 LSRL). Si bien precisará el asentimiento de su curador, conforme al artículo 290 del CC, en aquellos actos para los que el tutor necesita autorización judicial (que son los enumerados en los arts. 271 y 272 CC). Téngase en cuenta que el incapaz sujeto a curatela, al igual que el emancipado o el habilitado, no está sujeto a ningún tipo de representación legal, por lo que puede reiterarse lo dicho anteriormente respecto al significado del término «guardadores», utilizado en los artículos 5 del CCom y 91 del RRM.

- C) Respecto a los *pródigos*, a los que no alude el artículo 5 del CCom., establece el artículo 760.3 de la LEC: «La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle». El pródigo también está sujeto a curatela, según el artículo 286.3.º del CC. Por ello creemos que, salvo que el Juez establezca otra cosa, podrá ser empresario y administrador de sociedades y, al no estar comprendido en el ámbito del artículo 5 del CCom., podrá no solo continuar la actividad mercantil de su causante, sino también iniciarla por sí mismo.

## 8. DERECHO FORAL

### A) Aragón.

En el Derecho foral aragonés, el artículo 30 de la LDP regula los efectos de la emancipación:

- «1. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero necesitará la asistencia que previene el artículo 20 y, en su defecto, la de su curador para:
  - a) Realizar los actos enumerados en el artículo 12.

- b) Repudiar atribuciones gratuitas.
- c) Aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase.

## 2. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.»

Por tanto, el menor emancipado, desde nuestro punto de vista, podrá ser empresario en Aragón. Conforme al apartado 1 a) de este artículo, necesitará la asistencia legal que previene el artículo 20 de la LDP (es decir, la de uno cualquiera de sus padres que ejerzan la autoridad familiar o, en su defecto, la del curador, y en caso de imposibilidad, la de la Junta de Parientes o el Juez) para realizar los actos de disposición que menciona el artículo 12 de la LDP. Este precepto contiene una enumeración mucho más exhaustiva que la del artículo 323 del CC. Además, algunos de estos actos (que no requieren un complemento de capacidad en el Derecho común) afectan directamente al Derecho mercantil –por ejemplo, *dar* y tomar dinero a préstamo o crédito, ser fiador o avalista, arrendar bienes inmuebles, empresas o explotaciones económicas por plazo superior a seis años o ser socio de una sociedad de responsabilidad ilimitada. El artículo 30.1 c) de la LDP debe de ponerse en conexión con la nueva redacción dada por la LC a los artículo 124.1 del TRLSA y 58.3 del LSRL (de aplicación en toda España, según el art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE, por tratarse de legislación mercantil).

Fiel a la tradición histórica aragonesa, se permite que a la edad de 14 años solicite la emancipación de derecho (art. 27 LDP) o logre la emancipación por vida independiente (art. 29 LDP), frente a la regla general del CC, que la cifra en 16 años (con excepción de la emancipación por matrimonio). Y el matrimonio produce de derecho la mayoría de edad [art. 1.1 b) LDP] y no la emancipación, como en el Derecho común (art. 316 CC).

Por otra parte, la LDP reconoce al aragonés mayor de 14 años no emancipado una amplia capacidad de obrar. ¿Puede entonces ser empresario? Entendemos que sí, porque al cumplir esta edad termina la representación legal y podrá celebrar toda clase de actos y contratos –en unos casos, por sí solo; en otros, con la autorización legal–. Así lo dicen los artículos 2.3 y 20 de la LDP, que se hacen eco del viejo aforismo *De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*. Adviértase la importante presunción de capacidad del artículo 31 de la LDP, cuyo apartado 1 dispone: «La capacidad de la persona que ha cumplido los 14 años y no ha sido incapacitada se presume siempre». Para los actos de disposición del artículo 12 de la LDP necesitará un complemento de capacidad, al igual que el emancipado. Y la jurisprudencia le ha reconocido capacidad para comparecer en juicio, si bien debidamente asistido (SSTS de 1 de septiembre de 2006 y 30 de enero de 2008, entre otras, al hilo del derogado art. 5 Compilación aragonesa, equivalente al actual art. 20 LDP). Respecto a la administración de sus bienes, algunos los administrará el menor por sí solo (art. 23.2 LDP) –entre ellos, los que adquiera con su trabajo o industria: apdo. a)–, y otros podrán ser administrados por un administrador en representación suya, o también por el propio menor, asistido por un administrador (art. 23.1 LDP). Y el artículo 24 de la LDP, que regula la asistencia, dispone en su apartado 3 que podrá concederse para una pluralidad de actos «referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad, cuyas circunstancias fundamentales habrán de especificarse», lo cual redundará en favor de nuestra tesis. Por otra parte, al reconocérsele capacidad contractual, podrá ser factor (art. 20 LDP en relación con el art. 282 CCom.) y constituir o ser socio de una sociedad de las de responsabilidad limitada sin ningún complemento de capacidad [art. 12.1 f) LDP *a contrario sensu*], aunque para aportar bienes a la misma, deberá ser asis-

tido cuando se trate de los bienes enumerados en el artículo 12.1 a) de la LDP. De modo que su *status* jurídico es más próximo al del menor emancipado que al del no emancipado en Derecho común.

También cabe admitir entonces que el aragonés mayor de 14 años no emancipado sea nombrado administrador de sociedades anónimas y limitadas, aunque para aceptar el cargo necesite el complemento de capacidad del artículo 20 de la LDP [conforme al art. 30.1 c) LDP, previsto para la emancipación]. Como argumentos a favor podemos aducir, además de la mencionada presunción de capacidad del artículo 31 de la LDP y de que desde nuestro punto de vista pueda ser empresario, la asimilación del administrador de una sociedad al factor mercantil que hizo la Resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986.

Tal vez parezca incongruente que, habiéndole negado al emancipado *de facto* en el Derecho común capacidad para ser empresario o administrador de sociedades mercantiles, se la reconozcamos al aragonés mayor de 14 años no emancipado. Téngase en cuenta, sin embargo, que las objeciones que hicimos no se dan en este caso, ya que ni su situación jurídica es revocable ni puede concebirse como una mera suspensión de la patria potestad, puesto que en Aragón la representación legal sobre el menor se extingue en todo caso al cumplir los 14 años. Y no tiene sentido plantearse entonces si el emancipado de hecho aragonés tiene capacidad mercantil (ya que al ser en todo caso mayor de 14 años podrá ser empresario y administrador de sociedades).

## B) Cataluña.

Actualmente el artículo 159 del CF regula la actuación del emancipado catalán. Por su parte, los artículos 211.7 a 211.13 del PCCC contemplan la emancipación en Cataluña. De modo análogo al CC, se precisa ser mayor de 16 años, excepto en la emancipación por matrimonio, y cabe la revocación discrecional por los padres o por el tutor de la emancipación por vida independiente, que prevé el artículo 211.11 del PCCC. Respecto a sus efectos, el artículo 211.7 del PCCC lo equipara al mayor de edad, si bien deberá ser asistido, conforme al artículo 211.12.1 del PCCC, para aceptar el cargo de administrador de una sociedad y para realizar los actos enumerados en el artículo 236.28 del PCCC (aunque no para los que excedan de la administración ordinaria de sus bienes, a diferencia del art. 159 CF). El complemento de capacidad se puede otorgar para una pluralidad de actos relativos a una misma actividad económica, aunque sean futuros, especificando sus circunstancias y características fundamentales (arts. 211.12.2 PCCC y, en términos parecidos, art. 159.2 CF). Los artículos 236-28 del PCCC y 151.1 del CF limitan la capacidad del emancipado en mayor medida que en el Derecho común y mencionan, entre otros actos, el arrendamiento de bienes inmuebles por más de 15 años, *dar* y tomar dinero a préstamo, el aval, la fianza y la constitución o adquisición de la condición de socio en sociedades de responsabilidad ilimitada. En suma, desde nuestro punto de vista el emancipado de derecho catalán podrá ser empresario y administrador de sociedades, pero no el emancipado de hecho.

## C) Navarra.

En Navarra la Ley 66 de la Compilación regula la capacidad del emancipado: «El menor emancipado puede realizar por sí solo toda clase de actos y contratos, incluso comparecer en juicio, excepto tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o sus

elementos esenciales u objetos de valor extraordinario; para estos actos, al igual que para la comparecencia en juicio que verse sobre los mismos o tenga por objeto bienes de las clases indicadas, requerirá la asistencia de uno cualquiera de sus padres o, en su caso, de los parientes mayores o del curador.

El mayor de 16 años que con el consentimiento de sus padres viva independiente de ellos se considerará para todos los efectos como emancipado. Los padres podrán con justa causa revocar este consentimiento».

Por lo tanto, según nuestra tesis, también podrá ser empresario y administrador de sociedades el navarro emancipado *de iure*. Respecto al emancipado *de facto*, si bien la revocación no es discrecional (como en los arts. 319 CC, 29 LDP y 211.11 PCCC), sino que ha de concurrir justa causa, entendemos que no podrá ser empresario ni administrador de sociedades puesto que, aunque la potestad revocatoria esté más restringida, se trata igualmente de un supuesto de interrupción de la patria potestad en la que el menor podría recobrar su *status* anterior.

También alude a los púberes (los mayores de 14 años) no emancipados, y les permite en su Ley 50 que puedan aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones. Pero estos están sujetos en todo caso a la patria potestad (Ley 63) y carecen de la capacidad general para obligarse (por lo que tampoco podrían ser factores, constituir una sociedad ni celebrar contratos). Por lo tanto, no podrán ser empresarios ni administradores de sociedades, ya que su capacidad de obrar es mucho más limitada que en Aragón.

## 9. CONCLUSIONES FINALES

Nuestra opinión es la más conforme con la corriente doctrinal que tiende a interpretar restrictivamente las limitaciones impuestas al emancipado en los artículos 323 y 324 del CC (entre las cuales no se menciona el ejercicio del comercio). Ya señalaba RODRIGO URÍA que su solución «caso pugne con los principios orientadores de estos preceptos civiles»<sup>83</sup>. Esta corriente doctrinal corre paralela a la que tiende a ensanchar cada vez más la capacidad de obrar del menor no emancipado y que se manifiesta en el principio general del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva» (en términos similares se expresan los arts. 4.2 LDP y 211.3.3 PCCC). En el CC encontramos múltiples normas que reconocen la capacidad del menor no emancipado, bien por sí solo o bien asistido: así, en sus artículos 14.3 *in fine*, 20.2 b), 23 a), 48 párrafo 2.º, 121, 154 párrafo 4.º, 156 párrafo 2.º, 157, 159, 162, 164 *in fine*, 166 *in fine*, 173.2, 177.1, 177.3.3, 180.5, 443, 626, 663, 701, 1.329 y 1.338. En Derecho foral sirvan como ejemplos de esta doctrina la situación del púber al amparo de la Ley 50 de la Compilación navarra; la del aragonés no emancipado, tanto la del menor de 14 años (arts. 9 a 19 LDP) como la del mayor de esta edad (arts. 20 a 26 LDP); o la del menor catalán no emancipado (arts. 211.5 y 211.6 PCCC; destacamos, asimismo, el art. 235.49 PCCC, que obliga a los adoptantes a informar al adoptado mayor de 12 años o que tenga suficiente juicio sobre su filiación).

Nuestra tesis es también la que más se acomoda a las exigencias prácticas y así lo entiende Ángel ROJO, que considera la nuestra, según vimos, una «interpretación más congruente con las con-

<sup>83</sup> Vid. *supra* nota 16. Estas mismas palabras utiliza URÍA en su edición de 2002 (*op. cit.*, pág. 157).

veniencias de la práctica mercantil»<sup>84</sup>. En términos similares opinaba URÍA que «la posibilidad de llegar a otro resultado más congruente con las conveniencias de la práctica mercantil está notoriamente dificultada por el artículo 4 del Código...»<sup>85</sup>. Si el emancipado puede constituir por sí solo una sociedad, ser administrador de la misma o factor mercantil, ¿por qué no admitir que sea también empresario? Podríamos invocar incluso «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» como criterio hermenéutico de la norma jurídica, al amparo del artículo 3.1 del CC. No olvidemos que la situación del menor emancipado es transitoria, ya que abarca desde los 14 ó 16 hasta los 18 años, edad a partir de la cual alcanza la plena capacidad de obrar.

Pero queremos poner énfasis en que no pretendemos en absoluto forzar el texto de la ley para conseguir una interpretación más favorable a la praxis. Nuestra tesis se funda, sobre todo, en el estudio de los preceptos que hemos mencionado y en criterios técnico-jurídicos. Creemos que, tras la modificación del TRLSA y de la LSRL por la LC, el artículo 4 del CCom. requiere una interpretación distinta a la que mantiene la doctrina tradicional y que la nuestra no vulnera en absoluto el sentido literal de este precepto.

*De lege ferenda* proponemos una reforma del artículo 4 del CCom. que resuelva definitivamente esta cuestión. La norma podría redactarse o bien en un sentido negativo (disponiendo, por ejemplo: «No podrán ser empresarios los menores no emancipados y los incapacitados judicialmente, salvo los que estén sujetos a curatela...»), o bien en un sentido afirmativo (estableciendo, por ejemplo: «Podrán ser empresarios las personas mayores de edad que no hayan sido incapacitadas judicialmente, salvo que estén sujetas a curatela, y los menores emancipados...»); otra opción sería: «Podrán ejercer profesionalmente una actividad empresarial los que tengan la capacidad necesaria para obligarse...»; o bien: «Podrán ser empresarios las personas que no estén sujetas a patria potestad ni a tutela...»).

## Bibliografía

- ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*. Edisofer S.L. Libros Jurídicos. Madrid, 2004. 12.ª ed.
- *Curso de Derecho Civil, V Derecho de Sucesiones*. Edisofer S.L. Libros Jurídicos. Madrid, 2004. 8.ª ed.
- ÁLVAREZ GILES, Ángel: *Nociones generales sobre el Fuero del Baylío o La Carta a Mitad (especial referencia a Fuentes de León)*, publicado en la Revista de Estudios Extremeños, vol. 60, núm. 2 (mayo-agosto 2004). Dpto. de Publicaciones de la Excm. Diputación Provincial de Badajoz, 2004
- BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos. Madrid, 1978, 3.ª ed., reimp.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I: *Introducción y parte general*, vol. II: *Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*. Editorial Reus. Madrid, 1984, 14.ª ed., revisada y puesta al día por José Luis DE LOS MOZOS.

<sup>84</sup> Vid. *supra* nota 13.

<sup>85</sup> Vid. *supra* nota 16. Estas mismas palabras utiliza URÍA en su edición de 2002 (*op. cit.*, pág. 157).

- *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V: *Derecho de familia*, Vol. I: *Relaciones conyugales*. Editorial Reus, SA. Madrid, 1987, 11.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José María CASTÁN VÁZQUEZ.
- COLINA GAREA, Rafael: «Comentario al artículo 992 del Código Civil», incluido en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador): *Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra), 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004. 3.ª ed.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Editorial Tecnos. Madrid, 2001, 9.ª ed.
- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV: *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Editorial Tecnos. Madrid, 2006. 10.ª ed.
- GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Imprenta Aguirre. Madrid, 1976. 7.ª ed., revisada con la colaboración de Alberto BERCOVITZ.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XIV, vol. 1.º, artículos 988 a 1.034 del Código Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas (EDERSA). Madrid, 1989.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *El empresario mercantil individual: Reglas generales*, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (coord.): *Derecho Mercantil*, tomo I, cap. 8. Ariel. Barcelona, 2007. 12.ª ed.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones (conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*. Librería Bosch. Barcelona, 1981.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: *Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor*, artículo incluido en la revista *Actualidad civil*, nº 45 (de 4 a 10 de diciembre de 2000), La Ley, Madrid, tomo del año 2000, núm. 5.
- PAZ-ARES, Cándido: *La sociedad en general. Elementos del contrato de sociedad*, en: URÍA, Rodrigo MENÉNDEZ, Aurelio et altri: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, cap. 19. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2006. 2.ª ed., reimp.
- PUIG FERRIOL, Lluís: «Comentario al artículo 319 del Código Civil», incluido en: *Comentarios al Código Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.
- ROJO, Ángel: *El empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica*, en: URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio et altri, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, cap. 4. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2006. 2.ª ed., reimp.
- *El establecimiento mercantil (I). Concepto, clases y elementos*, en: URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio et altri, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, cap. 5. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2006, 2.ª ed., reimp.
- *El establecimiento mercantil (II). Transmisión*, en: URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio et altri, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, cap. 6. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2006. 2.ª ed., reimp.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1987. 12.ª ed., reimp.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. I. Editorial Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006. 29.ª ed. (2.ª en Aranzadi).
- URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*. Imprenta Aguirre. Madrid, 1976. 11.ª ed.
- *Derecho Mercantil*. Marcial Pons. Madrid, 2002. 28.ª ed., revisada con la colaboración de M.ª Luisa APARICIO.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005. 18.ª ed.
- *Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007. 20.ª ed.