

El patrimonio de afectación profesional en el Derecho francés. ¿Evolución o revolución en la teoría del patrimonio?

por

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DEL CAMBIO.
- II. EL CAMINO HACIA LA RUPTURA CON LA TEORÍA DEL PATRIMONIO ÚNICO.
- III. EL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN: LA COMPLEJIDAD DE SU DISEÑO:
 1. CONCEPTO Y NATURALEZA.
 2. CONSTITUCIÓN:
 - 1) *Elementos subjetivos:*
 - A) Quién puede ser titular.
 - B) Capacidad:
 - 1.º Menor emancipado.
 - 2.º Menores.
 - 2) *Elementos objetivos:*
 - A) El acto de afectación.
 - B) Composición del patrimonio de afectación.
 - C) Transmisión de bienes y ganancias.
 - 3) *Elementos formales:*
 - A) Requisitos esenciales para la constitución.
 - B) Obligaciones impuestas durante el funcionamiento de la EIRL.

IV. LA ESENCIA DEL DISPOSITIVO: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD:

1. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LA IMPERMEABILIDAD DE LOS PATRIMONIOS.
2. LOS SUPUESTOS DE PERMEABILIDAD:
 - 1) *Derecho de oposición.*
 - 2) *La inoponibilidad derivada del fraude.*
 - 3) *Ganancias: la permeabilidad respecto de las del último año.*
 - 4) *Las garantías complementarias.*

I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DEL CAMBIO

La lógica por la cual los países del área del *common law* han permitido tradicionalmente la existencia de patrimonios separados, es decir, no han vinculado el patrimonio a la personalidad, mientras que los países del Derecho continental, con escasas excepciones como Alemania, han rechazado la multiplicación de los patrimonios atribuidos a una persona, está llegando a su fin.

Quizás por la influencia que AUBRY y RAU¹ han tenido en la doctrina, la jurisprudencia y el legislador, Francia ha sido durante décadas, referente de la defensa de la teoría subjetiva del patrimonio, concebido este como continuación o prolongación de la personalidad. Consecuencia de esta idea ha sido el tradicional rechazo de una parte importante de la doctrina a cualquier reforma que supusiera un ataque contra la teoría de la unidad del patrimonio, lo que ha elevado a la categoría de dogma el postulado «un solo patrimonio para cada persona». Dogma que, como señala CHÉNEDÉ², es más el resultado de actos de repetición pedagógica que de una actividad científica, ya que es su consagración en los manuales de enseñanza del Derecho a comienzos del siglo XX lo que,

¹ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4.^a ed. 1873, p. 231: «Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investi comme telle, il en résulte: Que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien; Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine dans le sens propre du mot».

² CHÉNEDÉ, F., *La mutation du patrimoine*, Gazette du Palais, 19 de mai 2011, n.^o 139, P. 19, p. 7: «On se rend compte alors, comme le relève le rapport, que c'est en qualité de dogme que la théorie d'Aubry et Rau est reçue. Comment ce dogme s'est-il-formé? Comme tous ses semblables, par tradition, c'est-à-dire par répétition. Et ce n'est pas le moindre des apports de cette étude sociologique que de montrer que la puissance de la doctrine est vraisemblablement plus forte à travers son activité pédagogique qu'à travers son activité scientifique.

Le sort de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau en est la parfaite illustration. Que s'est-il passé? Les principaux manuel du début du XX^e siècle ont adopté la théorie de l'unité du patrimoine: Planiol, Capitant et Baudry-Lancanterie, pour ne prendre que ces exemples, enseignaient à leurs étudiants le système présenté par Aubry et Rau. La majorité des auteurs de la seconde moitié du XX^e siècle ont repris cette habitude».

en cierto modo, lo ha cristalizado y así, pese a las críticas, se ha transmitido de generación en generación.

La situación ha cambiado en los últimos años. Si AUBRY y RAU levantasen la cabeza no reconocerían las transformaciones que se han producido en una legislación en la que se multiplican los dispositivos que, en mayor o menor medida, permiten establecer una ruptura con sus postulados de finales del siglo XIX.

Las razones que explican esta evolución son variadas y, quizás, como subraya KESSLER³, la razón última resida en las necesidades que impone un mundo globalizado en el que los estados están obligados a abrirse a los modelos extranjeros, «ya sea por una modificación de sus legislaciones o por el desarrollo de una lógica de reconocimiento de las instituciones extranjeras». Globalización económica que impone también una cierta globalización o mundialización jurídica y que provoca que instituciones tan marcadamente anglosajonas como el *trust*, encuentren acomodo en países de tradición del *civil law*. Y es que, como subraya CHAMPAUD⁴, el mundo actual nada tiene que ver con el de 1869, que es la época en la que AUBRY y RAU divultan su famosa teoría, y las evoluciones han puesto de manifiesto que la teoría de la unidad del patrimonio es lo que quizás siempre fue: una ficción. Ficción que además, como subraya BARREAU⁵, es acusada de ser un freno a la libertad de empresa.

Es, precisamente, la admisión en 2007 de la fiducia en Francia, la que ha supuesto un paso decisivo en esta dirección aunque no ha sido ni el primero ni

³ KESSLER, G., *L'affection du patrimoine en droit comparé*, Revue Lamy Droit des Affaires, 2010, 50, p. 2: «Sans forcément renier leur conception du patrimoine et de la propriété, les États sont obligés, dans un contexte de mondialisation, de s'ouvrir davantage aux modèles étrangers, que ce soit par une modification de leur législation ou par le développement d'une logique de reconnaissance des institutions étrangères. Le droit français s'inscrit parfaitement dans cette tendance. La consécration du patrimoine d'affection a en effet suivi de peu la reconnaissance de la fiducie qui devrait elle-même conduire prochainement à la ratification de la Convention de La Haye du 1.^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Les divergences passées s'estompent ainsi peu à peu et font place à une logique de convergence, qui s'impose notamment pour des raisons économiques. Pour ce faire, la France a su s'inspirer des législations de ses voisins, même si certains aspirent à ce qu'elle aille encore plus loin».

⁴ CHAMPAUD, C., *La genèse du projet*, Petites Affiches, 28 avril 2011, n.^o 84, P. 3, p. 4: «Cette résistance des docteurs de la loi aux besoins d'une société est pour le moins anachronique. Le moins qu'on puisse dire, c'est que nos "sociétés développées" et le "monde global" où nous vivons en 2010 ont peu de choses à voir avec ceux de 1869 (date à laquelle Aubry et Rau vulgarisèrent leur théorie). Elle est d'autant plus intrigante que, comme nous l'avons vu liminairement, depuis le début du XX^e siècle, sous la double poussée du phénomène sociétaire et de l'affadissement de la responsabilité commerciale, depuis la loi de 1966 et plus particulièrement celle de 1985, le principe de l'unité du patrimoine s'est révélé être ce qu'il a probablement toujours été: une fiction».

⁵ BARREAU, C., *Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial*, Defrénois, 30 mars 2011, n.^o 6, P. 529, p. 2: «L'inopportune rigidité du dogme de l'unicité du patrimoine est dénoncée comme un frein à la libre entreprise et un obstacle à l'attractivité du droit français en n'offrant pas à l'entrepreneur individuel une protection suffisante».

el último escalón de un camino hacia la ruptura con algunos postulados clásicos. Ya en 1953, ESMEIN⁶ puso de manifiesto que la doctrina clásica tenía en el Derecho francés muchas derogaciones. El último paso hacia esa ruptura ha sido la Ley⁷ sobre el empresario individual de responsabilidad limitada (EIRL) de 2010, que le permite crear un patrimonio afectado a la actividad profesional sin tener que crear una persona jurídica. Esta novedad y otras anteriores tienen como finalidad impulsar la actividad económica; no en vano, otro de los dispositivos adoptados, la declaración de inembargabilidad, se reguló en una Ley de 2003 titulada «para la iniciativa económica» y se reformó en otra sobre «modernización de la economía». Dispositivos variados que, como subraya THÉRY⁸, pretenden todos ellos proteger al empresario individual frente a los riesgos de la actividad profesional para, en último término, conseguir con ello otro objetivo: estimular la actividad económica y, con ello, disminuir la tasa de paro, fomentando el autoempleo⁹.

Con mayor urgencia que en Francia, en España también es necesario encontrar instrumentos para impulsar la actividad económica y para ello hay que utilizar medidas de muy diversa índole. Una de estas medidas debe tener por finalidad estimular al emprendedor, por lo que incorporar a nuestro ordenamiento jurídico figuras como el EIRL que le permiten limitar el riesgo y no comprometer todo su patrimonio a los resultados de la actividad profesional, podría contribuir a incentivar la actividad empresarial. Se trata, sin embargo, de un instrumento de una cierta complejidad técnica ya que tiene implicaciones en muchos ámbitos del ordenamiento jurídico. Por ello, analizar cómo se ha regulado en Francia y los problemas que la práctica y la doctrina han puesto de manifiesto contribuirá a perfeccionar la técnica legislativa si se incorpora un instrumento semejante al Derecho español y, lo que es más importante y realmente complicado, contribuirá a crear un instrumento eficaz.

⁶ ESMEIN, P., *Cours de droit civil français*, Aubry et Rau par Paul Esmein, T. 9, 1953, & 573: «Il en résulte enfin que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. C'est sur ce point surtout que la doctrine d'Aubry et Rau, si elle reste celle du droit français, comporte d'importantes dérogations».

⁷ Loi n.º 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (J. O. du 16 juin 2010).

⁸ THÉRY, P., *Le passif. Situation générale*, Droit et Patrimoine 2010, 191.

⁹ Así lo ha subrayado MONTÉRAN, T., en *EIEL: le miroir aux alouettes?*, Gazette du Palais, 08 janvier 2011, n.º 8, P. 3, p. 1: «Il n'est un secret pour personne que ces sont les petites et moyennes entreprises qui créent de l'emploi en France et, dans une époque où l'un des problèmes majeurs est précisément celui d'un taux de chômage élevé, la tentation de faire diminuer le nombre de chômeurs en les incitant à créer des entreprises paraît être un très bon idée».

II. EL CAMINO HACIA LA RUPTURA CON LA TEORÍA DEL PATRIMONIO ÚNICO

A pesar de la aparente novedad del dispositivo de la IERL, la evolución del Derecho francés hacia la admisión del patrimonio de afectación ha sido progresiva y se ha desarrollado a lo largo de décadas y, por otra parte, como señala DUBARRY¹⁰, la idea de crear un patrimonio separado, afecto a la actividad empresarial, sin crear una persona jurídica tiene antecedentes seculares; en concreto, el proyecto elaborado por el austriaco PISCO en 1910, que propone un dispositivo en el que la limitación de la responsabilidad se basa en la afectación patrimonial que se realiza por un sistema de publicidad.

En el Derecho francés existen también antecedentes antiguos. Especial relevancia tiene la propuesta de CHAMPAUD que, en 1978, presentó un informe sobre la posibilidad de incorporar al ordenamiento jurídico francés una empresa personal de responsabilidad limitada que, como él mismo recuerda en su artículo¹¹ publicado en 2011, al que antes hemos hecho referencia, tenía el visto bueno del Ministerio de Justicia, de las organizaciones afectadas y del sector bancario, pero encontró la oposición del Ministerio de Finanzas y, sobre todo, de los que él denomina «integristas del Derecho Civil» que no aceptaban que se tocase «la vaca sagrada del Derecho Civil». Quizá, el proyecto era prematuro y las mentalidades tendrían que evolucionar para acabar aceptándolo treinta años más tarde.

Los pasos se han dado lentamente, con dispositivos que, poco a poco, han relativizado la teoría del patrimonio único y personal hasta llegar a admitir, sin ambages, la posibilidad de que una persona pueda ser titular de un patrimonio personal y, no solo de uno, sino de varios patrimonios de afectación.

Un primer paso hacia la consagración de la teoría de la separación de patrimonios se dio con la llamada «Ley Madelin», de 11 de febrero de 1994, que permite al empresario individual que, en la ejecución de un crédito profesional contra él, pueda solicitar que se embarguen preferentemente los bienes profesionales. Sin embargo, este dispositivo no impide que el patrimonio personal se vea afectado por la responsabilidad profesional ya que solo es una norma de preferencia pero no excluye totalmente de la responsabilidad los bienes personales.

Este objetivo pretende conseguirse con la Ley de 1 de agosto de 2003, que permite al empresario individual declarar inembargable su vivienda habitual. Posteriormente, la Ley de 4 de agosto de 2008 amplía esta declaración de inembargabilidad a otros bienes del empresario que no estén destinados al ejercicio profesional. Pero esta declaración, de carácter voluntario, que supone

¹⁰ DUBARRY, J., y FLUME, J. W., *Patrimoine + Publicité = Responsabilité limitée. Une démystification de l'EIRL*, Revue Lamy Droit Civil 2011, 185.

¹¹ CHAMPAUD, C., *La genèse..., op. cit.*

una excepción importante a la regla de la responsabilidad patrimonial universal, no permite, ni siquiera en su versión extensa incluyendo varios bienes, hablar de patrimonio separado.

Es la Ley de 19 de noviembre de 2007, que introduce la fiducia en el Derecho francés, la que supone, conceptualmente, la consagración del patrimonio separado si bien, como señala GOURIO¹², el espíritu y la finalidad de la fiducia nada tienen que ver con la del patrimonio de afectación. En su versión de fiducia gestión, dado que el empresario no podrá ser titular del patrimonio fiduciario ya que no se puede constituir una fiducia sobre el propio patrimonio, difícilmente va a servir para conseguir el efecto perseguido. En su función de fiducia garantía, sí podría tener una utilidad para la financiación de la empresa, pero como indica el autor citado, la complejidad de su regulación no va a facilitar su utilización por las pequeñas y medianas empresas.

En fin, estos antecedentes han contribuido a hacer evolucionar las mentalidades en relación con la teoría clásica del patrimonio único e indivisible, que ha terminado por ceder ante la Ley del empresario individual de responsabilidad limitada que admite, expresamente, la creación de un patrimonio separado como medio de limitación de la responsabilidad.

III. EL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN: LA COMPLEJIDAD DE SU DISEÑO

Al estudiar los trabajos de la doctrina francesa que se ha ocupado de la Ley relativa al EIRL, existe una referencia común: la alusión a AUBRY y RAU que resulta ser, en realidad, un homenaje *postmortem* ya que casi todos los autores¹³ certifican la defunción de sus teorías al consagrar la ley la existencia del patrimonio de afectación, si bien autores como LÉCUYER¹⁴, se han esforzado

¹² GOURIO, A., *Entreprise et crédit*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.º 139, P. 29.

¹³ PRIEUR, J., *Les limites de l'EIRL*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, «Observons simplement que la théorie de l'unicité du patrimoine appartient bien au passé»; SAUVAGE, F., *L'EIRL familiale*, Revue Juridique Personnes et Famille, 2010, 10, «Au regard du droit du patrimoine, le principe de l'unicité du patrimoine posé par Aubry et Rau (une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine), dont on sait qu'ils considéraient le patrimoine comme une projection de la personne de son titulaire dans l'ordre de ses biens, se trouve très affaibli, puisqu'il est désormais possible de compartimenter son patrimoine entre celui qui est affecté à l'EIRL (patrimoine professionnel) et celui qui ne l'est pas (patrimoine privé)».

¹⁴ LÉCUYER, H., *Entreprise et famille*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.º 139, p. 51: «Pour la famille, les distances prises avec la théorie classique du patrimoine ne sont pas liées à une question d'activité. On s'éloigne ici d'Aubry et Rau non parce que l'on fait, mais pour ce que l'on est. La théorie classique ne résiste pas à la complexité du schéma familial. Le mariage, et n'y voyons pas malice, se vit toujours à trois, au minimum: l'homme, la femme, le couple. Et au-delà de lui la famille. Des personnes, mais plus d'intérêts encore que de personnes. Et cette multiplicité d'intérêts ne s'accorde pas de la théorie classique du patrimoine. Voici

por subrayar que mucho antes, esta teoría estaba ya superada por las normas del régimen económico matrimonial, y otros como DUBARRY¹⁵ entienden, al contrario, que sería altivo considerar que la EIRL supone el fin de la teoría de AUBRY y RAU, ya que las características del patrimonio enunciadas por ellos, la indivisibilidad y la unidad, salen reforzadas.

Superados los obstáculos teóricos, surgen los problemas prácticos que el legislador en unas ocasiones ha anticipado y, en otras, ha generado, ya que gran parte del Derecho Patrimonial francés está construido sobre una base conceptual muy próxima a las teorías de AUBRY y RAU, por lo que encajar de modo coherente esta nueva construcción en el ordenamiento jurídico no es tarea fácil.

Es por ello que si la regulación de este patrimonio de afectación sin recurrir a la técnica de crear una nueva personalidad ha sido acogida en general de modo favorable por la doctrina¹⁶, todos los autores que han tratado la materia ponen de manifiesto las enormes dificultades técnicas que genera la puesta en marcha de un instrumento que no se corresponde con la tradición jurídica francesa, que toca los fundamentos del Derecho Civil y que tiene implicaciones en multitud de ámbitos, por lo que el legislador ha tenido que realizar un trabajo minucioso para tratar de no generar contradicciones o efectos colaterales al poner en relación esta emergente figura del EIRL con el Derecho de Propiedad, de contratos, los principios de responsabilidad patrimonial, el régimen económico del matrimonio, el régimen sucesorio o el Derecho Concursal. El problema es que esto ha dado como resultado una regulación muy compleja desde el punto

la première raison que justifie que le rapprochement entre entreprise n'est pas aisément réalisable: leur droit ont certes, tous deux, rompus les amarres avec la théorie classique du patrimoine; mais il ne l'ont pas fait pour les mêmes causes ni suivant les mêmes logiques».

¹⁵ DUBARRY, J., *Patrimoine..., op. cit.* p. 4: «Il serait hâtif de considérer que l'EIRL porte l'estocade à la théorie du patrimoine telle qu'elle avait été exposée par Aubry et Rau. Pourtant, les caractéristiques du patrimoine d'aujourd'hui font découler de son rattachement à la personnalité, à savoir son unicité, son indivisibilité et son inaliénabilité, semblent sorti ébranlées d'une confrontation avec la nouvelle institution. À y regarder de près cependant, cette présentation du patrimoine est, d'une part, davantage descriptive que normative et, d'autre part, plus ouverte, et donc plus accueillante, qu'il n'y paraît».

¹⁶ Aunque no han faltado autores que han criticado, por diferentes motivos, su incorporación al Derecho francés. Así, LEGAIS, D., *Le gage des créanciers dans l'EIRL*, Defrénois, 30 mars 2011, n.º 6, p. 560: «Un merveilleux outil de renouvellement du droit totalement décalé par rapport aux exigences de la pratique». En el mismo sentido, LUCAS, F. X., *Les nouveaux risques*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.º 139, p. 57: «Pour conclure, on relèvera ce que peut avoir de sympathique l'action volontaire de nos pouvoirs publics en faveur des entrepreneurs. L'entreprise de simplification de notre droit des affaires et toutes les mesures prises pour faciliter la création d'entreprises apparaissent convaincantes. En revanche le volet patrimonial de cette démarche de promotion de l'entreprise individuelle, ayant constitué à introduire l'EIRL dans le code de commerce, est une sottise et une mauvaise action. Une sottise parce que ce dispositif est inutile... et dangereux tant il recèle d'incertitudes propres à menacer tant l'entrepreneur qui aura fait le choix de ce mode d'exploitation que ses créanciers, les uns et les autres pourront être recouvrées».

de vista técnico y, como ironiza LEGAIS¹⁷, la EIRL se ha hecho para artesanos que tengan una profunda vocación de jurista y de experto contable.

La opción del legislador por el patrimonio de afectación se ha hecho tras descartar otras posibilidades como la teoría de la pro-personalidad propuesta por el notariado o la creación de un patrimonio sin titular, que es la opción del legislador de Quebec¹⁸. La existencia de varios patrimonios con un único titular provoca no pocos problemas ya que la ausencia de dos personas diferentes impedirá, como pone de manifiesto SERIAUX¹⁹, el recurso al dualismo propio del Derecho Privado, cuya técnica es la base del tráfico jurídico y económico. Este choque con postulados clásicos como la imposibilidad de contratar con uno mismo o de afianzarse a sí mismo, provocará grandes dificultades técnicas en la puesta en marcha del dispositivo y genera, como subraya LEGAIS ahondando en las críticas²⁰, una creación que es un laboratorio de ideas que interesa a la doctrina, pero que no se adapta a las exigencias de la práctica. Precisamente es la práctica la que mostrará si el dispositivo es eficaz y si estas críticas responden a un análisis acertado de la nueva regulación o son fruto de esa dependencia atávica de una parte de la doctrina francesa a la teoría del patrimonio único y personal.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 526-6 del Código de Comercio, en la redacción dada al mismo por la Ley de 2010, todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin crear una persona jurídica²¹.

Sin embargo, ni en este ni en otros preceptos se define este patrimonio de afectación y, como pone de manifiesto THOMAT-RAYNAUD²², no existe en la

¹⁷ LEGAIS, D., *Le gage des créanciers..., op. cit.*

¹⁸ CASSAGNABÈRE, C., *De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité: étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois*, Revue Lamy Droit Civil, 2012, 92.

¹⁹ SÉRIAUX, A., *Rapport de synthèse*, Droit et Patrimoine, 2011, 202, p. 7: L'unité de titulaire empêche tout le dualisme traditionnel, typique de notre droit privé, où la plupart sinon toutes les opérations juridiques se font au minimum entre deux personnes juridiquement distinctes. Los d'instituer l'EURL en 1985, le législateur s'inscrivait encore, consciemment ou non, dans le cadre de ce dualisme: tel était justement l'intérêt de la personnalité morale reconnue à la société unipersonnelle».

²⁰ LEGAIS, D., *Le gage..., op. cit.*

²¹ Párrafo primero del artículo 526 del Código de Comercio: «Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale».

²² THOMAT-RAYNAUD, A. L., *Le patrimoine d'affectation: réflexions sur une notion incertaine*, Revue Lamy Droit Civil, 2010, 72, p. 1: «Le patrimoine d'affectation fait partie des

doctrina una concepción unitaria del mismo. El legislador se limita a permitir al empresario individual la creación de un patrimonio separado afectado a su actividad sin definirlo ni hacer alusión a su naturaleza. Es la doctrina la que deduce esta tras analizar la regulación de la ley.

Lo esencial de este patrimonio de afectación es la finalidad que le es propia, a la que está afectado, que no es otra que la actividad profesional del que lo constituye. Cabe la afectación de un patrimonio a diferentes actividades profesionales, pero la ley permite también, aunque esto solo a partir del 1 de enero de 2013, que se puedan crear diferentes patrimonios de afectación, cada uno para una actividad. Lo que no será posible es la subafectación, es decir, no se puede crear un patrimonio de afectación dentro de otro.

Esto significa que, consecuencia de la creación de este patrimonio, el personal no tiene la misma consideración que el separado, sino que continúa siendo ese patrimonio general del cual se pueden seguir desgajando partes para constituir otros separados. El personal es, por tanto, el único que permite que en su seno nazca un nuevo patrimonio.

Esto significa también que el patrimonio personal mantiene esa «vis atractiva», de modo que en él se integra lo que quede del de afectación cuando este se disuelva, aunque esta afirmación necesita algunas precisiones, ya que, en realidad, el régimen de responsabilidad que consagra el legislador va a provocar que la independencia entre el patrimonio personal y el de afectación sea total, no reproduciéndose la mecánica propia de los patrimonios de afectación conocidos hasta el momento. Posteriormente volveremos sobre la cuestión.

Respecto al separado, LEROYER²³ lo califica como una universalidad, ya que se dan en él sus tres características esenciales: se trata de una entidad jurídica autónoma constituida por un conjunto de bienes y obligaciones, existe una correlación entre el activo y el pasivo y el patrimonio separado está sometido a un régimen específico, diferente del que es propio de los elementos que lo componen, lo que queda probado por el hecho de que se permite la transmisión *inter vivos* de la universalidad.

notions qui ne laissent personne indifférent et cela depuis plus d'un siècle. Le patrimoine d'affectation est en effet une notion ancienne fréquemment employée pour qualifier tout ce qui, de près ou de loin, à tort ou à raison, s'éloigne de la fondamentale théorie du patrimoine d'Aubry et Rau».

²³ LEROYER, A. M., *L'EIRL...*, *op. cit.* p. 2: «On s'interroge cependant sur la nature juridique de ce patrimoine affecté dont on ne sait s'il constitue une universalité de droit. Or, pour que le système fonctionne dans la logique économique qui est la sienne et qu'il ait un avenir, il faudrait qu'une telle qualification soit retenue. En revenant sur la notion d'universalité de droit, on recherchera donc quel sont les caractères que revêt ou devrait revêtir le patrimoine affecté pour constituer une telle universalité, c'est-à-dire être considéré comme un ensemble de biens et obligations formant une entité juridique autonome, soumis à un régime spécifique, distinct de celui des éléments qui le composent et au sein duquel s'établit une corrélation entre l'actif et le passif».

La ley ha permitido, por tanto, limitar la responsabilidad sin necesidad de recurrir a la creación, más o menos artificial, de una nueva persona, a la que se atribuye el patrimonio. Es decir, que la limitación de responsabilidad se hace aislando esa universalidad jurídica de la que continua siendo titular la misma persona que antes lo era.

Debemos observar, sin embargo, que la norma lleva por título «Ley relativa al empresario individual de responsabilidad limitada» y no del patrimonio de afectación. Esto puede generar la apariencia de que el legislador va más allá y crea un estatuto del empresario individual, pero, como advierte DEBUISSON²⁴, nada más lejos de la realidad, ya que el legislador no ha optado por el modelo propuesto por el Congreso de Notarios de Francia, la pro-personalidad, que, para el autor, es un instrumento que protege más y mejor el patrimonio personal del empresario individual porque es el que realmente limita la responsabilidad ya que el patrimonio de afectación, a pesar de la denominación de la ley, no supone una verdadera limitación de responsabilidad sino simplemente de los bienes que pueden ser embargados.

En el mismo sentido, subraya THOMAT-RAYNAUD²⁵ que, aunque hubiera sido lo deseable, la ley no crea un estatuto del empresario individual que se le aplique por el hecho de serlo, sino un dispositivo voluntario al que puede adherirse o no el empresario que, paradójicamente, podrá acogerse a la regulación de la EIRL para el ejercicio de una determinada actividad profesional, mientras que podrá ejercer otra como un empresario ordinario, lo cual genera un problema gravísimo de seguridad jurídica.

Es decir, el legislador podía optar por desdoblar el patrimonio o desdoblar la personalidad y ha optado por lo primero, manteniendo todos los bienes como

²⁴ DUBUSSON, E., *La non-adoption de la «propersonnalité»*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 2: «L'effet juridique de l'EIRL est forcément fondé sur une démarche volontaire: le chef d'entreprise est seul juge des moyens qu'il faut employer à la réalisation de son entreprise. Le régime de l'EIRL est forcément optionnel. Une déclaration d'affectation personnelle est par conséquent nécessaire. Même si elle n'est sans doute pas bien contraignante, il faut s'y soumettre et en respecter les règles; à défaut, des sanctions d'irrecevabilité ou d'opposabilité sont prévues. Si, en revanche, on s'attachait à tirer des conséquences juridiques de la qualité professionnel, on fonderait la solution sur un critère d'état, objectivement repérable et indépendant de la volonté. C'est le cas de la propersonnalité: le régime juridique qu'on peut y attacher est défini comme droit commun, applicable à tous, et sans option. C'est toute la différence entre un "statut" et une "structure optionnelle"».

²⁵ THOMAT-RAYNAUD, A. L., *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique?* Droit de la famille, n.º 5, mai 2011, étude 15, p. 3: «Une telle variété de choix, si elle préserve la liberté de l'entrepreneur, ne va pas dans le sens de la sécurité juridique car elle obligera les créanciers à vérifier régulièrement la situation personnelle de leur débiteur entrepreneur individuel. La création d'un véritable statut professionnel unitaire de l'entrepreneur individuel fondé sur la reconnaissance d'une personnalité juridique particulière, aurait conduit à une situation beaucoup plus claire et surtout beaucoup plus simple».

pertenecientes a una única persona que es la titular de todos los bienes, derechos y obligaciones que se integran en dos o más patrimonios diferentes. Ahora bien, del estudio que haremos a continuación del régimen jurídico de este patrimonio, especialmente de cómo se ha organizado la separación de responsabilidades, veremos que el legislador, quizás sin pretenderlo, ha ido más allá, creando lo que PORACCHIA²⁶ ha denominado el patrimonio de afectación de la empresa, considerada esta como entidad autónoma y, en cierto modo, dotada de una «personalidad propia», pero sin llegar a consagrar un patrimonio sin titular.

2. CONSTITUCIÓN

Siguiendo un esquema clásico, en la constitución del patrimonio vamos a distinguir los elementos subjetivos, objetivos y formales.

1) *Elementos subjetivos*

Varias son las cuestiones que debemos abordar para analizar quien puede constituir un patrimonio de afectación. Por una parte, hay que determinar qué tipo de actividad puede desarrollar el empresario individual que constituye el patrimonio y, en segundo lugar, qué capacidad se le exige.

A) Quién puede ser titular

La sección que se ha creado en el Código de Comercio para regular la figura lleva por título «el empresario individual de responsabilidad limitada», lo que deja claro que será, precisamente, el empresario individual y solo él quien podrá ser titular de este patrimonio de afectación. No podrán las personas jurídicas, que podrán crear filiales para conseguir el mismo objetivo. Las dudas surgen respecto de aquellos empresarios que forman parte de una estructura en la que sí responden de las deudas sociales y, en ocasiones, solidaria e ilimitadamente como ocurre, en el Derecho francés, con los socios comanditarios o los socios

²⁶ PORACCHIA, D., *La conception nouvelle de l'entreprenariat*, Gazette du Palais, 19 mai 2011, n.^o 139, P. 10, p. 4: «Finalement, en instituant l'EIRL conçoit l'activité entrepreneuriale comme une activité autonome de celle de l'entrepreneur en allant jusqu'à la création d'un patrimoine dit d'affection rattaché à une entité, l'entreprise, qui pour exister et être protégée n'a pas être recouvert par le voile de la personnalité morale. Reste à savoir si cette personnalité ne finira pas par être judiciairement reconnue, no plus comme une fiction, mais comme une réalité, ou si la reconnaissance de l'entité entreprise ne conduira pas à affirmer l'existence d'une pluralité de qualité à l'entrepreneur individuel».

de una sociedad civil o en nombre colectivo, para los que algunos autores²⁷ han defendido la posibilidad de crear este patrimonio de afectación, a pesar de que no es esto lo que puede deducirse de la literalidad de la norma.

Para precisar con más detalle el círculo de los posibles beneficiarios de este dispositivo, están incluidos los comerciantes, los artesanos, los profesionales liberales y los autores²⁸ incluyen también a los agricultores. Es decir, tal y como anunciaba la exposición de motivos del proyecto de ley, el patrimonio de afectación es accesible a todo empresario, sin distinción de actividad profesional.

La ley suscita dudas respecto a la posibilidad de crear un patrimonio de afectación cuyo objetivo sea la gestión del propio patrimonio y autores como PRIEUR²⁹ excluyen totalmente esta posibilidad al entender que esta gestión no implica el ejercicio de una profesión ya que no existe clientela.

B) Capacidad

La Ley de 2010 ha incorporado importantes novedades en materia de capacidad, llegando a introducir una reforma en la cuestión relativa a la capacidad del menor.

Antes de esta ley, el Derecho francés no permitía a los menores, emancipados o no, ejercer una actividad comercial. La situación ha cambiado ya que,

²⁷ *Du patrimoine d'affectation et de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Droit et Patrimoine, 2010, 195, p. 4: «La société considérée en tant que personne morale sera exclue, mais qu'en sera-t-il de l'entrepreneur gérant ou associé ? Nous ne pensons pas au titulaire de parts ou d'actions, parce que celui-ci limite déjà sa responsabilité à hauteur de son apport, mais à tous les entrepreneurs qui voient leur responsabilité engagée indéfiniment pour les dettes sociales, parfois solidairement. Commandités, associés de sociétés civiles, associés de sociétés en nom collectif, associés de sociétés en participation, voire associés d'une société créée de fait: il faut souhaiter qu'en tant que personnes physiques, ils puissent bénéficier du dispositif et que l'exclusion des personnes morales, ajoutée à une notion trop restrictive de l'entrepreneur individuel, ne dresse pas d'obstacles dans les esprits».

²⁸ TANDEAU DE MARSAC, S., *Réflexions générales d'un praticien*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 1: «La question qui s'impose alors, même si la réponse peut paraître évident, est la suivante: est-ce que les agriculteurs sont considérés comme "toute entrepreneur" individuel alors même qu'ils ne font pas partie de la liste donnée à titre d'exemple dans le dossier de presse du gouvernement? De même, ce qui me gêne un petit peu, on l'a évoqué (et il est vrai que l'on ne peut pas parler que des avocats), on sait que la société civile professionnelle (SCP) est une forme d'exercice particulièrement répandue parmi les avocats et les professions libérales —et cela même si ce n'est pas la meilleure—. L'associé d'une SCP, modèle de société qui se retrouve également chez les notaires, les médecins et nombre de professions libérales, pourra-t-il bénéficier de ces nouvelles dispositions? Je ne le crois pas, du moins tel que le projet est envisagé».

²⁹ PRIEUR, J., *Les limites de l'EIRL*, Droit et Patrimoine 2010, 191.

como señala SAUVAGE³⁰, la «incapacidad comercial» ha sido sacrificada por el legislador para impulsar el desarrollo por los jóvenes de empresas de e-commerce. Las nuevas normas presentan, sin embargo, una cierta complejidad por lo que deben distinguirse varios supuestos.

1.^º Menor emancipado

Para determinar la capacidad del menor emancipado, debemos diferenciar según el tipo de actividad que se pretende realizar. La ley modifica el artículo 413-8 del Código Civil y el 121-2 del Código de Comercio para permitir al menor emancipado ser comerciante aunque, eso sí, con autorización judicial. Obtenida esta autorización podrá crear o retomar una empresa individual y, por tanto, realizar todos los actos de administración o disposición necesarios para su creación o gestión.

Hay que señalar que el reconocimiento de esta capacidad al menor emancipado para ejercer una actividad comercial, no la ha circunscrito el legislador al supuesto en que vaya a crear una empresa individual de responsabilidad limitada, sino que, nada impide que, si tiene la autorización judicial, pueda convertirse en empresario individual sin crear el patrimonio de afectación. Por otra parte, tampoco la ley deja claro si la autorización del juez es genérica para ejercer el comercio o si, por el contrario, debe ser específica para una concreta actividad comercial o empresarial.

Tratándose de actividades diferentes de la comercial, no necesitará autorización judicial y puede crear o continuar la actividad de una EIRL que tenga una actividad agrícola, artesanal o liberal, pudiendo realizar tanto los actos de administración como los de disposición necesarios a la creación de la empresa y a la gestión de la misma.

2.^º Menores

La novedad más importante introducida por la ley en esta materia es la que se refiere a los menores que, en el nuevo artículo 389-8 del Código Civil³¹, ven

³⁰ SAUVAGE, F., *L'EIRL familiale*, Revue Juridique Personnes et Famille, 2010, 10.

³¹ Párrafo primero del artículo 389-8 del *Code*: «Un mineur peut être autorisé, par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par ses deux parents ou, à défaut, par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles».

reconocida una capacidad de obrar muy superior a la que hasta ahora tenían. Si en la legislación anterior eran considerados como incapaces para el ejercicio de sus derechos, la nueva ley les permite, incluso, crear una EIRL, aunque, eso sí, previa autorización de sus padres administradores legales si ejercen en común la autoridad parental o bien de su administrador legal con autorización judicial o, en último término, por el tutor con autorización del consejo de familia.

Dicha autorización le permite realizar por sí mismo los actos de administración necesarios para crear y gestionar la EIRL. Sin embargo, tratándose de actos de disposición, no tendrá capacidad para realizarlos ni podrá ser autorizado para ello ya que la ley dispone que estos solo pueden ser realizados por sus padres, por su administrador legal con autorización judicial o por el tutor con autorización del consejo de familia.

Además de esta restricción debe tenerse en cuenta que la reforma del artículo 413-8 del Código Civil y del artículo 121-2 del Código de Comercio para permitir al menor emancipado realizar una actividad comercial no incluye al menor no emancipado por lo que la EIRL en este caso solo podrá tener una actividad agrícola, artesanal o liberal, y, respecto de esta última, precisa SAUVAGE³² que el representante legal no puede ejercer una profesión liberal por el menor, lo que le impide realizar en su nombre un acto de disposición que sea necesario para la creación y la gestión de la EIRL.

La cuestión que queda por determinar es qué se considera un acto de disposición, y, más concretamente, si la afectación de determinados bienes a la actividad empresarial se considera o no como acto de disposición. Si el legislador ha considerado oportuno aumentar la capacidad de los menores es porque en este caso la responsabilidad está limitada al patrimonio de afectación, pero si se puede afectar todo o una parte importante del patrimonio personal, en realidad, el dispositivo no protege al menor, ya que, como posteriormente veremos, la responsabilidad profesional queda limitada al patrimonio de afectación pero, dentro de este, la responsabilidad continúa siendo ilimitada.

2) *Elementos objetivos*

Para analizar los elementos objetivos, vamos a estudiar en primer lugar el acto de afectación, en segundo lugar, los bienes que integran el patrimonio de afectación profesional y, por último, las relaciones entre los diferentes patrimonios de que es titular el empresario.

³² SAUVAGE, F., *L'EIRL...*, *op. cit.*, p. 4: «Encore faut-il préciser que son représentant légal ne peut exercer une profession libérale pour le compte de mineur (C. civ., art. 509, étendu de la tutelle à l'administration légale), ce qui lui interdit d'accomplir au nom du mineur un acte de disposition nécessaire à la création et à la gestion d'une EIRL à activité libérale».

A) El acto de afectación

Al igual que en las sociedades los socios realizan una aportación al capital social, en el patrimonio de afectación, el constituyente realiza un acto de afectación que, a diferencia de la aportación, no constituye un acto traslativo ni una atribución patrimonial, ya que el bien continúa siendo propiedad exclusiva del empresario, pero integrado en el patrimonio separado.

La consecuencia fundamental del acto de afectación es que el bien afectado va a responder únicamente de las deudas del patrimonio profesional, como dispone el artículo 526-12 del Código de Comercio. Ahora bien, esta afirmación ha de ser matizada ya que la protección de los intereses de los acreedores personales impone un régimen en el que solo si se cumplen determinados requisitos estos no van a poder perseguir los bienes que integran el patrimonio separado.

El acto de afectación puede realizarse en el momento de constituirse el patrimonio separado o posteriormente, durante la vida del mismo. Esta posibilidad introduce un elemento más de complejidad respecto a los acreedores personales ya que, como antes indicamos y posteriormente veremos con más detalle, respecto de aquellos cuyo crédito sea anterior al acto de afectación, el bien sigue respondiendo frente a ellos en ciertos casos, por lo que será la fecha de afectación de un bien concreto y no la de creación del patrimonio separado la que determine si los acreedores personales pueden o no perseguir un determinado bien.

La ley permite crear varios patrimonios de afectación, pero no permite que un mismo bien pueda estar afecto a diferentes patrimonios, aunque esto no impide que una parte de un bien pueda estar afectado a un patrimonio y otra parte indivisa del mismo a otro diferente, de afectación o personal.

A pesar de que la ley ha acometido la regulación del EIRL de forma bastante completa, existen numerosas lagunas que no siempre pueden colmarse con una interpretación doctrinal. Una de ellas es la desafectación ya que la ley no regula la posibilidad de que un bien que previamente ha sido afectado al patrimonio separado pueda regresar al patrimonio personal. Pensemos, por ejemplo, en el local comercial en el que se ejerce la actividad. Si al cabo de unos años el empresario adquiere otro y traslada allí su actividad, lo que hace es desafectar el primero. ¿Puede «desafectarlo jurídicamente» para que se integre de nuevo en el patrimonio personal? ¿Puede crear otro patrimonio de afectación para otra actividad y afectar ese bien a la nueva actividad? Al tratar de responder a estas preguntas entramos de lleno en otra cuestión: los contratos entre los diferentes patrimonios, a la que nos referiremos en los epígrafes siguientes.

B) Composición del patrimonio de afectación

Como todo patrimonio, el de afectación está compuesto por un activo y un pasivo, como queda reflejado en el párrafo segundo del artículo 526-6 del Código de Comercio³³, que establece que estará «compuesto por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones o garantías de las que el empresario es titular que sean necesarios al ejercicio de su actividad profesional» a lo que añade que también «puede comprender los bienes, derechos, obligaciones y garantías de los que el empresario es titular, utilizados para el ejercicio de su actividad profesional y que decida afectar».

Respecto a los bienes, encontramos que, de acuerdo con este precepto, los bienes se pueden clasificar en «necesarios» para el ejercicio de su actividad, los cuales integran obligatoriamente el patrimonio de afectación y, por otra parte, aquellos que no son necesarios, en el sentido de esenciales, pero que el empresario afecta voluntariamente al patrimonio porque le son útiles. El precepto parece imponer una norma de Derecho imperativo al referirse a los bienes «necesarios» de modo que en el artículo 526-12, al que posteriormente nos referiremos, sanciona de forma severa no respetar esta, llamémosla así, «afectación obligatoria», con la ruptura de la limitación de responsabilidad, haciendo responder al empresario de las deudas profesionales con todos sus bienes, incluidos los personales.

Lo que el legislador no deja claro es qué es lo que ha de incorporarse al patrimonio de afectación. Pongamos un ejemplo. Si el empresario individual precisa un local en el que ejercer su actividad, ¿es esencial que afecte al patrimonio su propiedad o es suficiente con que aporte un derecho, personal o real, sobre el bien? Dar respuesta a esta cuestión nos reenvía a otra más compleja y a la que nos referiremos a continuación sobre la posibilidad de celebrar contratos consigo mismo porque, en realidad, las dificultades se plantean solo en el caso de que el empresario sea propietario del bien y decida constituir, por ejemplo, un usufructo a su favor o bien, alquilarse el bien a sí mismo, para afectar al patrimonio separado ese derecho de usufructo o el arrendamiento, y no la propiedad. Cuando el bien pertenece a un tercero y el empresario es usufructuario o arrendatario, es evidente que serán estos derechos los que afectarán al patrimonio profesional, ya que son los únicos de los que es titular.

La noción de bien necesario la aporta el artículo 3 del Decreto de 30 de enero de 2012 cuando establece que por «bienes, derechos, obligaciones y

³³ Párrafo segundo del artículo 526-6 del Código de Comercio: «Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté».

garantías necesarias al ejercicio de la actividad profesional se entienden los que, por naturaleza, no pueden ser utilizados más que en el marco de esta actividad».

Lo que las normas que regulan la EIRL no contemplan es si es posible afectar bienes que no son necesarios ni útiles, es decir, que no se destinan al ejercicio de la profesión pero que el empresario decide afectar. Tampoco se hace referencia alguna a los bienes de uso mixto cuando, como señala TANDEAU DE MARSAC³⁴, entre los profesionales liberales es relativamente frecuente que el vehículo que sirve para el ejercicio profesional sea el mismo que se utiliza en su vida privada, o se establezca el local para el ejercicio de la actividad profesional en una parte del inmueble que se destina a vivienda habitual de la familia.

Respecto al pasivo, este está integrado por las deudas nacidas con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la que el patrimonio está afecto, aunque, como luego veremos, en determinadas circunstancias, este patrimonio puede también responder de deudas personales.

C) Transmisión de bienes y ganancias

Si una de las claves para el éxito del dispositivo creado consiste en conseguir un cierto equilibrio entre los diferentes patrimonios, el hecho de que el de afectación sea, precisamente, el que sirve de sustento para la vida personal y familiar del empresario supone una fuente importante de desequilibrio. Y es que el artículo 526-18 del Código de Comercio establece que es el empresario individual el que determinará las ganancias que se transfieren al patrimonio personal³⁵. Es decir, que la ley no consagra reglas especiales ni límites por lo que es posible que el empresario transfiera a su patrimonio personal todas las ganancias obtenidas, limitando así la garantía de los acreedores profesionales.

Es evidente que la cuestión de las relaciones entre los diferentes patrimonios es una de las que reviste mayor complejidad desde un punto de vista de técnica legislativa y a la que el legislador no ha prestado atención. ¿Podrá el empresario individual transmitir bienes de un patrimonio a otro mediante un contrato de compraventa o una donación? ¿Será posible celebrar un contrato de arrendamiento de un bien sobre un bien del patrimonio personal a favor del profesional o viceversa?

El fantasma del contrato consigo mismo aparece de inmediato y complica dar una respuesta afirmativa si bien, una evolución en la concepción de la

³⁴ TANDEAU DE MARSAC, S., *Réflexions...*, *op. cit.*, p. 3.

³⁵ Artículo 526-18 del Código de Comercio: «L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté».

noción de crédito y deuda que se abre paso entre la doctrina³⁶ abre la puerta a esta posibilidad. La evolución consiste en entender que crédito y deuda son más una relación entre dos patrimonios que entre dos personas, lo que permitiría establecer todo tipo de contratos entre dos patrimonios separados aunque su titular sea una misma persona. Ahora bien, ante un contrato como la venta cuya finalidad es la transmisión de la propiedad, es difícil aceptar que se pueda celebrar entre dos patrimonios sin que exista cambio de titular ya que entonces, la esencia misma del contrato desaparece pues no ha existido transmisión.

3) Elementos formales

La constitución del patrimonio de afectación exige cumplir una serie de requisitos formales que la ley impone como esenciales, es decir, *ad solemnitatem*, ya que de su cumplimiento depende la constitución misma del patrimonio o la producción de su efecto esencial: la oponibilidad.

Pero, además de esos requisitos formales de constitución, la ley impone también unas obligaciones formales al empresario en su ejercicio profesional. Vamos a distinguir ambos aspectos.

A) Requisitos esenciales para la constitución

La ley ha exigido para la constitución del patrimonio de afectación, la inscripción en un registro que, de acuerdo con el artículo 526-7 del Código de Comercio, puede ser el registro de publicidad legal en el que el empresario está obligado a inscribirse, o bien, para aquellos que no están obligados a inscribirse, como los agricultores, en un registro llevado en el tribunal de comercio del lugar del establecimiento principal de la empresa.

Lo que se inscribe es una declaración formulada por el empresario en la que debe constar:

1. Un inventario de los bienes, derechos, obligaciones y garantías afectados a la actividad.

³⁶ *Le sort des contrats entre les différents patrimoines de l'EIRL*, Droit et Patrimoine 2012, 215, p. 4: «En ce sens, la créance et la dette modernes seraient davantage un rapport entre deux patrimoines, qu'entre deux personnes qui ne seraient plus que les représentants juridiques de leurs biens. Envisagée d'une telle façon, la théorie contractuelle imposerait d'analyser ces contrats avec soi-même comme des rapports juridiques entre masses de biens isolées, à condition toutefois de considérer pour le cas de l'EIRL que l'entrepreneur est écartelé entre ses intérêts personnels et les intérêts de son entreprise».

2. Una valoración de todos los elementos aportados. Tratándose de bienes y derechos, si estos superan determinado valor, la valoración deberá hacerse por un experto contable o por un notario si se trata de un inmueble.
3. La mención del objeto de la actividad profesional a la que el patrimonio está afectado.
4. Tratándose de bienes inmuebles, la afectación se realizará mediante acta notarial que se inscribe en el Registro de la Propiedad (bureau des hypothèques).
5. Cuando el bien pertenezca a la comunidad conyugal o bien a una comunidad ordinaria, el empresario debe aportar el consentimiento expreso del cónyuge o del copropietario, consentimiento que se prestará en el modelo aprobado por el Decreto de 29 de diciembre de 2010.

B) Obligaciones impuestas durante el funcionamiento de la EIRL

Las estrictas exigencias formales que la ley impone para la constitución de una sociedad limitada unipersonal, han provocado que muchos empresarios no adopten esta vía para lograr la limitación de responsabilidad y se acojan al estatuto del empresario individual, con el consiguiente riesgo que ello supone para su patrimonio personal. BARREAU³⁷ pone de manifiesto como en 2009, solo el 6 por 100 de las empresas creadas en Francia lo hicieron bajo la forma de la sociedad limitada unipersonal. Por ello, el legislador ha buscado esta alternativa del EIRL pero, con el objetivo de preservar la seguridad jurídica y no perjudicar a los acreedores, ha impuesto también ciertas obligaciones que, aunque menos complejas que en el caso de una sociedad, van a comprometer al empresario durante toda la vida de la empresa.

La primera de estas obligaciones es la que establece el párrafo 3.^º del artículo 526-6 del Código de Comercio, que impone al empresario la obligación de utilizar una determinada denominación en su actividad profesional: su nombre precedido o seguido de las palabras empresario individual de responsabilidad limitada o sus iniciales, EIRL.

No es baladí la cuestión ya que, como posteriormente veremos, en caso de incumplimiento de esta obligación, el empresario responderá de las obligaciones contraídas con todo su patrimonio personal y profesional.

La segunda obligación consiste en llevar una contabilidad autónoma de la actividad profesional, que debe depositarse anualmente en el mismo registro en el que se ha inscrito la declaración de afectación.

³⁷ BARREAU, C., *Les dispositifs..., op. cit.*, p. 2.

La última obligación es la de tener cuentas corrientes separadas para el tráfico de la empresa.

IV. LA ESENCIA DEL DISPOSITIVO: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

1. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LA IMPERMEABILIDAD DE LOS PATRIMONIOS

La esencia del dispositivo consiste en limitar la responsabilidad. Pero, ¿en qué consiste esta limitación? La finalidad perseguida por la ley es que el patrimonio personal del empresario individual no responde de las deudas profesionales y, para ello, se establece que el patrimonio de afectación responderá de las deudas profesionales y el personal de las personales, hechas las salvedades a que luego nos referiremos. Es decir, que la limitación de responsabilidad es bidireccional y esto sí que constituye una novedad importante ya que, como señala SÉRIAUX³⁸, ejemplos de patrimonios de afectación ya existían como la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, ahora denominada aceptación a la concurrencia del activo neto, pero en este caso la razón de ser es muy diferente y la consistencia también ya que uno está llamado a perdurar en el tiempo y otro está llamado a desaparecer y esto determina diferencias importantes en su régimen.

En la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, al igual que ocurre en el Derecho español, la limitación de responsabilidad es temporal y unidireccional, es decir, los acreedores de la herencia no pueden perseguir los bienes personales del heredero pero, una vez satisfechas las deudas del causante, los acreedores personales sí pueden perseguir los bienes de la herencia.

En el EIRL no pasan así las cosas. Los acreedores del patrimonio de afectación no pueden perseguir los bienes personales, pero los acreedores personales tampoco pueden perseguir los bienes que integran el patrimonio profesio-

³⁸ SÉRIAUX, A., *Rapport..., op. cit.*, p. 2: «Il reste que, si l'on trouve bien ça et là deux patrimoines appartenant à un seul titulaire, l'esprit qui anime les deux institution diffère radicalement. Dans l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net, l'affectation est doublement statique. D'un part, le patrimoine affecté n'est que la perpétuation d'un patrimoine antérieur, celui du *de cuius*, dès lors relativement facile à identifier. D'autre part et surtout, l'affectation est au seul service d'une liquidation. Une fois les créanciers successoraux désintéressés, la dualité des patrimoines est appelée à disparaître. Dans l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, au contraire, la division des patrimoines est réalisée par l'entrepreneur individuel lui-même, sur ses propres biens; elle se trouve de plus au service d'une activité économique destinée, sinon à croître —puisque Jean Prieur nous a expliqué que le dispositif légal ne paraît intéresser que les «entreprises de subsistance» et non de «croissance»—, du moins à perdurer».

nal. Es decir, existen dos patrimonios separados, situados en compartimentos estancos, cada uno afecto a una finalidad y cada uno responsable de sus propias deudas, sin que exista permeabilidad entre ambos. Así lo deja claro el artículo 526-12 del Código de Comercio³⁹, que en su párrafo sexto dispone⁴⁰ que, por derogación de los artículos 2284 y 2285 del Código Civil⁴¹, «los acreedores a los que la declaración de afectación es oponible y cuyos derechos han nacido con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la que el patrimonio está afectado, tienen como única garantía general el patrimonio afectado» y «los otros acreedores a los que la declaración es oponible, tienen como única garantía general el patrimonio no afectado».

Ahora bien, la expresión «responsabilidad limitada» se refiere exclusivamente a esta delimitación de qué bienes responden de qué deudas porque, dentro de cada patrimonio, la responsabilidad continúa siendo ilimitada. Es decir, de las deudas profesionales responde el deudor con todo su patrimonio profesional y de las deudas personales con todo el patrimonio personal, pero únicamente con este. ¿Significa esto que en caso de insuficiencia del patrimonio personal los acreedores no podrán perseguir los bienes que integran el patrimonio profesional? Parece que esto es lo que se deduce de los términos literales de la ley, de su espíritu y de la intención del legislador y así lo ha interpretado la doctrina⁴², lo cual supone, desde luego, una enorme desventaja de los acreedores personales en relación con los supuestos en los que se ha creado una sociedad ya que, en este caso, los acreedores personales pueden embargar las acciones o participaciones que representan el capital social, mientras que, en el caso de la EIRL, nada se puede embargo del capital de la empresa ya que esta no está representada en el patrimonio personal; sencillamente ha salido del mismo.

³⁹ Párrafo sexto del artículo 526-12 del Código de Comercio: «Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code Civil:

- 1.^o Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté;
- 2.^o Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté».

⁴⁰ Traducción de la autora.

⁴¹ Estos artículos son los que consagran el principio de responsabilidad patrimonial universal y la *pars conditio creditorum*; artículo 2284 *Code*: «Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir». Artículo 2285 *Code*: «Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers: et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

⁴² SÉRIAUX, A., *Rapport... op. cit.*, p. 5: «C'est dire assez, pensons-nous, que toute la vitalité de celui-ci dépendra du maintien juridique d'un tel cloisonnement. Chacun des groupes de créanciers devra trouver de quoi apaiser ses inquiétudes dans la seule masse qui lui sert de gage, sans quoi tout l'équilibre du dispositif sera compromis».

Este es precisamente el núcleo central del sistema, que, como indica SÉRIAUX⁴³, mantiene el equilibrio del dispositivo, y, a la vez, uno de los puntos que algunos autores⁴⁴ han criticado con mayor dureza, calificándolo incluso de herejía, al entender que este efecto rompe con ciertas reglas naturales de la teoría general del patrimonio. Es decir, que la impermeabilidad que la ley impone respecto del pasivo es incluso mayor que la que existe cuando se constituye una sociedad creando una nueva persona. Esta impermeabilidad podríamos decir que se consagra incluso *post mortem*, ya que el artículo 526-15 del Código de Comercio impone la misma tras la cesación de la actividad e, incluso, después de fallecido el empresario, en cuyo caso, los diferentes acreedores solo podrán perseguir los bienes que podían embargar antes de la cesación de la actividad o del fallecimiento. Además, en este último caso, si uno de los herederos quiere continuar la actividad, se le transmite el patrimonio afectado con la limitación de responsabilidad.

Ahora bien, la dureza de los efectos que impone esta impermeabilidad respecto de los acreedores personales hace que la propia ley haya previsto un mecanismo para evitar que los acreedores ya existentes en el momento de la creación del patrimonio o de la afectación de un bien concreto se puedan ver perjudicados. Para ello regula un derecho de oposición que implica una cierta permeabilidad de los patrimonios y que no es el único supuesto en que esto tiene lugar. Veamos.

2. LOS SUPUESTOS DE PERMEABILIDAD

1) *Derecho de oposición*

Si el punto de partida y central del dispositivo es la responsabilidad del patrimonio profesional frente a los acreedores profesionales y del personal frente a los personales, un respeto básico de los derechos adquiridos por acreedores anteriores a la afectación impone que la creación del patrimonio de afectación o la afectación de un bien concreto, no les puede ser oponible sin más por lo

⁴³ SÉRIAUX, A., *Rapport..., op. cit.*

⁴⁴ *Du patrimoine d'affectation..., op. cit.*, p. 9: «L'entrepreneur y est certes propriétaire du patrimoine affecté, et débiteur des créanciers professionnels auxquels ses biens sont affectés, mais de façon radicalement séparée. Là est, véritablement, la violation “du dogme”. Car en vérité, l'affectation ne vise qu'à délimiter, au sein du patrimoine général, une masse de biens en quoi sera le seul gage de certains créanciers. Cela ne prive en rien les autres créanciers de leur gage naturel. Créditeurs de l'entrepreneur individuel personnellement, ils ont vocation à être payés sur tout ce qu'il possède. Le patrimoine d'affectation entre naturellement dans leur gage: telle est la vérité qu'il faut marteler. Le droit romain n'a jamais interdit aux créanciers du maître d'être payés sur le pécule. Le droit français n'a pas plus privé les créanciers personnels de l'héritier de leur droit sur la succession».

que la ley les concede un derecho de oposición. Es decir, que más que hablar de acreedores personales y profesionales, deberíamos referirnos a acreedores a los que la afectación es oponible y otros a los que es inoponible.

Para determinar a qué acreedores es oponible, el criterio de distinción no es la naturaleza profesional o no del crédito de que sean titulares, sino la fecha del mismo, ya que, de acuerdo con los cinco primeros párrafos del artículo 526-12 del Código de Comercio, es oponible de pleno derecho a los acreedores cuyos derechos hayan nacido con posterioridad a la publicidad de la afectación.

Tratándose de acreedores anteriores a la declaración de afectación, tanto si son personales como profesionales, también les será oponible si el empresario lo hace constar en la declaración de afectación, siempre que les haya informado previamente y estos no hayan formulado oposición en el plazo de un mes.

Si se oponen, una decisión judicial deberá determinar si rechaza o admite la oposición. Si la rechaza, la declaración les es oponible, lo que significa que no podrán embargar los bienes que integren el patrimonio de afectación para el cobro de sus créditos. Si, por el contrario, se acepta la oposición, esta no produce como efecto impedir la constitución del patrimonio afectado, sino que los efectos se traducen en la inoponibilidad de la separación de patrimonios frente a ellos de modo que podrán perseguir tanto los bienes que permanezcan en el patrimonio personal como los que pasen a integrar el patrimonio de afectación.

Ahora bien, esta inoponibilidad tampoco es automática ya que, admitida la oposición se da la opción al empresario individual, deudor, de pagar los créditos o bien constituir garantías suficientes para asegurar el pago y solo si no hace ninguna de estas dos cosas la declaración de afectación no será oponible a los acreedores anteriores, personales o profesionales, es decir, podrán perseguir también los bienes integrados en el patrimonio de afectación.

La cuestión que surge y que la ley no regula es qué bienes puede perseguir. Como el patrimonio de afectación será un patrimonio en movimiento, es posible que los bienes que inicialmente lo integraron se transformen o salgan del patrimonio para ser sustituidos por otros. Como indica THÉRY⁴⁵, a pesar de renegar de la teoría clásica, aquí vuelve a surgir con fuerza ya que lo importante no es el bien concreto sino su valor y, por tanto, por aplicación de la subroga-

⁴⁵ THÉRY, P., *Le passif, situation générale*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 3: «On pourrait d'ailleurs se demander si cette inefficacité de la déclaration d'affection à l'égard des créanciers antérieurs devrait avoir vocation à durer. La déclaration d'affection fait sortir des biens de l'actif ordinaire. On peut comprendre que les créanciers antérieurs puissent toujours exercer leurs droits sur ces biens. Mais supposons qu'ils disparaissent progressivement, pour être remplacés par d'autres? La théorie du patrimoine fournit la réponse en faisant appel à la subrogation réelle —c'est de l'Aubry et Rau pur et simple: "in judiciis universalibus"....—. Ce qui rentre remplace ce qui sort. Ce qui importe est la valeur des biens, et que s'ils sont remplacés par d'autres, il est normal que le créancier antérieur puisse exercer ses droits. Mais, ce créancier doit-il profiter de la plus-value qui résultera de l'accroissement du patrimoine affecté, à supposer qu'il y en ait un?».

ción real, estos acreedores podrán perseguir los bienes que hayan sustituido los anteriores. La duda que surge, aún, es si también podrán perseguir los bienes que hayan incrementado el patrimonio de afectación. La ley no deja claro si la inoponibilidad de la afectación se refiere solo a los bienes que se integran en el patrimonio separado al constituirlo o en los que sustituyan a estos, o si, por el contrario, se refiere a la totalidad del patrimonio, incluyendo también aquellos que se hayan adquirido con los beneficios de la actividad profesional y que se integren en el patrimonio de afectación, de modo que, por ejemplo, cinco años más tarde, el acreedor puede también perseguir los bienes nuevos que se han integrado en ese patrimonio ya que la responsabilidad patrimonial universal comprende los bienes presentes y futuros, es decir, aquellos que existan en el momento de exigirse el pago, aunque no existieran cuando nació el crédito.

2) La inoponibilidad derivada del fraude

Como hemos visto, la ley impone al empresario ciertas obligaciones formales relativas a la mención de su carácter de empresario de responsabilidad limitada, o bien relativas a la llevanza de una contabilidad o cuenta corriente separada. Estas dos últimas obligaciones tienen como objetivo preservar el equilibrio entre las masas que, como señala SÉRIAUX⁴⁶, aunque la ley no lo consagra expresamente, constituye la obligación principal del empresario. Por ello, el incumplimiento de estas obligaciones conlleva la sanción más grave que es la desaparición de la separación de patrimonios ya que el último párrafo del artículo 526-12 del Código de Comercio establece que en caso de fraude o no respeto de estas obligaciones, el empresario responderá de sus deudas con la totalidad de sus bienes y derechos.

Igualmente responderá con todo su patrimonio por la diferencia de valor entre el declarado y el real o el declarado y el estimado por experto contable, si bien esta permeabilidad está limitada a cinco años y se refiere solo a la diferencia entre ambas valoraciones.

⁴⁶ SÉRIAUX, A., *Rapport...*, op. cit., p. 8: «Au-delà du respect scrupuleux des formes, l'entrepreneur doit être fiable. Sa plus grande "obligation", évidemment non consignée dans la loi, consistera à conserver l'équilibre entre les masses dont il est propriétaire, équilibre toujours à revisiter tant il dépend de la nature et du nombre des engagements personnel ou professionnels de l'entrepreneur».

3) Ganancias: la permeabilidad respecto de las del último año

Quizá para compensar los drásticos efectos que la constitución del patrimonio va a producir respecto de los acreedores personales, el último párrafo del artículo 526-12 del Código de Comercio determina que en caso de insuficiencia del patrimonio no afectado, los acreedores a los que la afectación les sea oponible, pueden pedir el embargo del beneficio realizado por el empresario individual el último año cerrado, lo que supone aceptar una cierta permeabilidad, aunque limitada, que no exige la concurrencia de otros requisitos como la existencia de fraude o el incumplimiento de una obligación.

4) Las garantías complementarias

La eficacia del patrimonio de afectación va a depender en gran medida del impacto que su puesta en marcha tenga sobre el acceso al crédito del empresario individual de responsabilidad limitada. Como subraya SCHILLER⁴⁷, la peor posición en que el dispositivo sitúa a los acreedores personales hará que estos reclamen garantías complementarias. Pero no solo estos, también los acreedores profesionales podrán exigirlas para conceder crédito.

Estas garantías complementarias, que pueden ser personales o reales, son las que verdaderamente ponen a prueba el sistema. El legislador podía haber impuesto una prohibición de garantizar las deudas profesionales con los bienes personales como sí propuso el proyecto Champaud en 1978. Sin embargo, no lo ha hecho y, como subraya AYNES⁴⁸, no existe ningún obstáculo técnico para

⁴⁷ SCHILLER, S., *Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté?*, Droit et Patrimoine, 2010, 191, p. 1: «Les créanciers personnels seront alors dans une moins bonne situation qu'en cas de création de personne morale qui opère également un transfert des biens dans le patrimoine séparé, mais qui se traduit par ailleurs par l'entrée de droits sociaux dans le patrimoine personnel. Tous ces créanciers inquiets réclameront des garanties supplémentaires. Dès lors, deux questions se posent, la première portant sur les garanties susceptibles d'être réclamées et la seconde sur les garanties susceptibles d'être accordées».

⁴⁸ AYNES, A., *EIRL: la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés*, Revue Lamy Droit Civil, octobre 2011, n.º 86, p. 30: «Si rien dans les textes du Code commerce relatifs à l'EIRL ne semble absolument s'opposer techniquement à la constitution de sûretés en garantie de créances d'un autre patrimoine, reste à déterminer si cela est compatible avec le mécanisme même de l'EIRL: avec l'idée même de constitution de patrimoines affectés. Et c'est là, sans doute, que réside le véritable obstacle».

La finalité du mécanisme est de dissocier deux masses distinctes au sein du patrimoine de l'entrepreneur, précisément pour limiter le droit de poursuite des créanciers aux actifs de la masse dont ils dépendent. C'est un truisme de dire que la constitution volontaire de sûretés sur l'autre patrimoine contredit radicalement le procédé. Or, l'esprit de la loi est de donner une portée la plus large à ce fractionnement du patrimoine, puisqu'elle concerne aussi bien les créanciers postérieurs (comme dans le cas d'une déclaration d'insaisissabilité), que les

que se pueda constituir una garantía real sobre un bien perteneciente a un patrimonio para garantizar la deuda de otro patrimonio, a pesar de que ello es contrario al espíritu de la ley.

En palabras de LEGRAND⁴⁹, el legislador no ha llevado su revolución hasta el final y, a pesar de que en las discusiones parlamentarias salieron a relucir las dudas sobre la eficacia del dispositivo si no se limitaba la posibilidad de constituir esas garantías complementarias, la realidad es que nada establece la ley al respecto.

A falta de regulación legal, se ha abierto la vía del *soft law* y así, se ha firmado la Carta para el Acceso al crédito de la EIRL de 31 de mayo de 2011 entre el Estado y la Federación bancaria francesa en la que, su artículo 2 dispone que los establecimientos bancarios, para conceder crédito al empresario, se comprometen a no exigirle una garantía personal del mismo empresario o de un tercero, si se ponen en marcha soluciones de contragarantía por sociedades de garantía mutua con o sin apoyo del OSEO⁵⁰.

Además de la falta de eficacia de los mecanismos de *soft law*, autores como TANDEAU DE MARSAC⁵¹ ponen de manifiesto cómo el recurso a estas sociedades de garantía mutua produce el efecto de desnaturalizar totalmente el engranaje del patrimonio de afectación, ya que es práctica corriente que estas sociedades

créanciers dont les droits sont nés avant la déclaration de constitution (sous réserve de leur droit d'opposition).

Certes, le législateur a lui-même institué des cas de porosité entre les deux patrimoines. Mais, d'une part, il s'agit d'exceptions relativement limitées quant aux créanciers concernés (administration fiscale et organismes de Sécurité sociale) et aux situations dans lesquelles elles interviennent (fraude au manquement grave et répété de l'entrepreneur). On peut donc admettre qu'est alors en cause l'intérêt général, ce qui ne serait pas le cas de la constitution de sûretés au profit de créanciers particuliers».

⁴⁹ LEGRAND, V., *L'accès au crédit de l'EIRL: retour sur la constitution de sûretés par l'entrepreneur*, Petites Affiches, 20 avril 2012, n.^o 80, P. 6.

⁵⁰ El OSEO es una empresa pública que ofrece financiación o presta garantías para la creación, desarrollo e internacionalización de la empresa.

⁵¹ TANDEU DE MARSAC, S., *Réflexions générales...*, op. cit., p. 3: «Le mécanisme de la société de caution mutuelle doit permettre à des professionnels, notamment des artisans, d'accéder au crédit auprès d'un banquier, grâce à la caution de la corporation, alors que précisément lesdits professionnels n'avaient pas de patrimoine suffisant à mettre en garantie auprès dudit banquier. Ces sociétés utilisent la technique du fonds de garantie, lequel fonds est alimenté par des cotisations versées par les bénéficiaires du cautionnement mutuel. Lorsque survient la défaillance d'un des associés de la société de caution mutuelle, la société puise dans le fonds de garantie pour rembourser le banquier. Certes. Mais que se passe-t-il ensuite? La société de caution mutuelle se retourne alors contre le débiteur défaillant et va opérer une demande en remboursement de ce qu'elle a payé grâce au fonds de garantie. Il est alors de pratique courante pour nombre de sociétés de caution mutuelle d'exiger des garanties, des contre-garanties prises sur le patrimoine de l'associé de la société de caution mutuelle. Il y a là un mécanisme très utile, car ces sociétés permettent de développer l'accès au crédit. Mais ce mécanisme ne met absolument pas, pour la plupart des cas, le patrimoine de l'entrepreneur associé à l'abri».

exijan garantías y contragarantías sobre el patrimonio del empresario. Por otra parte, la participación de organismos como el OSEO o SIAGI, como señala SCHILLER⁵², es insuficiente para hacer frente a todas las operaciones de crédito de los empresarios individuales.

Respecto de estas garantías, además de las cuestiones de oportunidad, surgen otras de índole técnico, en las que se pone de manifiesto la dificultad que existe para encajar la naturaleza de este patrimonio de afectación, que, como hemos visto, es un patrimonio separado pero cuyo titular sigue siendo la misma persona que lo es del patrimonio personal. ¿Podrá el empresario avalarse a sí mismo respecto de las deudas contraídas en el ejercicio de su actividad profesional y con ello comprometer también el patrimonio personal?

Si esta práctica es posible, e incluso frecuente, cuando el empresario ha constituido una sociedad a través de la que ejerce la actividad profesional, es porque, en este caso, existen dos personas por lo que, desde un punto de vista de técnica jurídica, no plantea problemas. Los problemas surgen cuando no existe este «desdoblamiento» de personalidad y autores como SCHILLER⁵³ ponen en duda que alguien pueda ser avalista de sí mismo, entre otras cosas, porque se trataría de un contrato consigo mismo.

Sin embargo, otros como AYNES⁵⁴, entienden, realizando una interpretación teleológica de la fianza, que sí es posible admitir, desde un punto de vista

⁵² SCHILLER, S., *Quelle..., op. cit.*, p. 3: «Tout d'abord, une difficulté pratique pour ces organismes de faire face à la tâche qui leur serait attribuée, sachant qu'il existe plus d'un million d'entrepreneurs individuels et que la Siagi n'a garanti, en 2009, que 5386 opérations».

⁵³ SCHILLER, S., *Quelle..., op. cit.*, p. 2: «Dans tous ces contrats l'entrepreneur serait à la fois débiteur et garant. Plusieurs obstacles semblent s'opposer à l'acceptation de telles conventions. En premier lieu, il s'agit de contrats avec soi-même, ce qui n'est pas forcément acceptable».

⁵⁴ AYNES, A., *EIRL: la séparation..., op. cit.*, p. 29: «Est-ce si certain? Ces figures de garantie personnelle pour soi-même étaient effectivement impossibles tant qu'existant le principe d'unicité du patrimoine. Elles étaient impossibles car, surtout, elles n'avaient aucun sens: cela ne voulait rien dire qu'un débiteur, tenu du paiement de la dette sur l'ensemble de ses biens, se rende caution, c'est-à-dire s'engage à payer la dette au paiement de laquelle il était déjà tenu en qualité de débiteur principal... Il en allait de même dans l'hypothèse d'une garantie autonome pour soi-même, encore qu'alors les deux engagements de débiteur et de garant n'ont pas le même objet. Mais l'ajout d'un second engagement de la part de la même personne n'accroissait en rien le droit de poursuite de créancier; cela ne produisait donc pas en pratique l'effet d'une garantie.

Désormais les choses sont différentes. À une personne ne correspond plus nécessairement un seul et unique patrimoine. Ne faut-il pas alors faire évoluer la définition ou l'analyse des sûretés personnelles? Davantage que l'adjonction d'un second débiteur, ne consistent-elles pas en l'adjonction d'un second patrimoine? Jusqu'alors, il n'y avait pas de différence entre ces deux définitions. Il y avait une concordance parfaite entre la personne et son patrimoine. Aujourd'hui, à deux patrimoines ne correspondent plus nécessairement deux personnes. Il est donc techniquement envisageable qu'une extension du droit de poursuite du créancier à un second patrimoine opère sans qu'un tiers ne s'engage. L'extension du droit de poursuite ne suppose plus l'engagement d'un tiers. En d'autres termes, on peut se demander si notre

técnico, que una persona se afiance a sí mismo si con ello consigue el mismo efecto que con el aval de un tercero: ampliar el elenco de bienes que responden de la deuda. Para admitir esta interpretación hay que entender que la esencia de la fianza no está en la persona sino en los patrimonios, y, por eso, considera que los nuevos instrumentos incorporados al ordenamiento jurídico francés, han de hacer evolucionar la concepción de las garantías personales que, en cierto modo, añadimos nosotros, pasarían a ser también patrimoniales o reales, porque lo importante es que se añade un nuevo patrimonio a la garantía ya existente. En palabras de BORGA⁵⁵, se trata de pasar de una visión personalista a otra más objetiva, y, añade, su admisión no incurría en las dificultades técnicas que plantearía la existencia de un contrato consigo mismo, ya que no existe tal hipótesis. Lo que ocurre es que una misma persona tendrá a la vez la cualidad de deudor y de fiador o avalista, pero estas dos condiciones son fruto de dos contratos realizados con el acreedor y no consigo mismo.

Es decir, que desde un punto de vista técnico, nada impediría esta solución, calificada por algunos autores como «esquizofrénica» por lo que implica de desdoblamiento de la personalidad de quien, como titular de dos patrimonios separados, actuaría en una doble condición: como «persona privada» y como «persona profesional».

Desde un punto de vista práctico, aceptar una garantía personal del empresario individual, vinculando el patrimonio personal a la responsabilidad derivada de deudas profesionales, o bien constituyendo una garantía real sobre un bien personal para responder también de una deuda profesional, implica una renuncia total o parcial de la limitación de responsabilidad aunque, como indica AYNES⁵⁶, no puede identificarse totalmente con una renuncia, ya que los efectos que producen son diferentes y los requisitos y formalidades exigidos también.

No lo considera renuncia LEGRAND⁵⁷, quien, por otra parte, se muestra totalmente contrario a admitir estas garantías complementarias por vía conven-

conception des sûretés personnelles ne doit pas évoluer, comme, par exemple, celle des procédures collectives a dû s'adapter à l'institution de l'EIRL».

⁵⁵ BORGA, N., *L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles*, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2011, n.º 1, P. 76, p. 1: «Une vision moins «personnaliste» de l'opération, plus objective, est susceptible de vaincre les éventuelles réticences. La sûreté personnelle pourrait en effet fort bien être envisagée comme l'affectation d'un autre patrimoine que celui du débiteur à la garantie d'une dette, peu important qu'une seule personne soit titulaire des deux patrimoines en cause. Si la caution intéresse le créancier, c'est uniquement dans la perspective d'une appréhension patrimoniale. Signalons qu'il ne s'agirait pas d'un contrat avec soi-même puisque le contrat de sûreté personnelle unira nécessairement le garant au créancier».

⁵⁶ AYNES, A., *EIRL: La séparation...*, op. cit., p. 30.

⁵⁷ LEGRAND, V., *L'accès au crédit...*, op. cit., p. 2: «Pourtant, à la différence de la renonciation (qui ne peut être que totale en vertu de l'article L. 526-15), à l'issue de laquelle les créanciers retrouvent les mêmes droits sur chacun des patrimoines, l'octroi d'une garantie sur un autre patrimoine désorganise totalement les prévisions des créanciers de chacun des patrimoines».

cional pues entiende que ello supone, no solo desvirtuar toda la eficacia del dispositivo, sino también un atentado contra los intereses de los acreedores del otro patrimonio que se ven así claramente perjudicados.

Lo que resulta evidente es que, aunque podamos admitir desde un punto de vista de técnica jurídica la posibilidad de avalarse a sí mismo y tanto si lo consideramos como una renuncia de la limitación de responsabilidad o no, admitir esta posibilidad pone en entredicho la esencia misma de la institución creada por el legislador que, quizás para no provocar una restricción del crédito a la empresa no ha prohibido expresamente la constitución de estas garantías, pero que, consciente de la trampa que él mismo se tiende, utiliza instrumentos de *soft law* para no desactivar la esencia del patrimonio de afectación. Como afirma THÈRY⁵⁸, los deseos no hacen leyes y solo si interpretamos que la limitación de responsabilidad consagrada en la ley es una norma imperativa, que crea un «orden público de protección», el recién nacido, que es el EIRL, alcanzará toda su plenitud.

Sin embargo, como él mismo reconoce, el legislador no ha llegado tan lejos y el estudio de los debates parlamentarios pone de manifiesto que en la *mens legislatoris* estaba claro que la ley no puede prohibir a los acreedores, entre ellos las entidades bancarias, exigir garantías complementarias. La cuestión tiene su lógica ya que si es legítimo que el empresario quiera limitar el riesgo empresarial, no es menos legítimo que los bancos quieran limitar el suyo y esto lo consiguen exigiendo garantías complementarias para conceder crédito. Si no se pueden exigir estas, el crédito se restringirá y encarecerá y como señala GOURIO⁵⁹, la crisis financiera mundial agrava esta situación. Es entre este doble riesgo que el legislador tenía que encontrar un equilibrio que no ha querido o no ha podido conseguir.

Esta es la gran debilidad del dispositivo: se ha construido un patrimonio separado que es una construcción aislada respecto del patrimonio personal, de modo que no hay prácticamente comunicación de responsabilidades entre ellos, convirtiendo ambos, sobre el papel, en fortalezas inexpugnables. Fortalezas construidas con paredes de hormigón y puerta de cartón y, por ella, el enemigo la conquista sin dificultad y la somete a su propia ley, la vieja ley: la responsabilidad patrimonial universal, rompiéndose la separación de patrimonios y, con ella, la limitación de responsabilidad, al permitir la entrada de estas garantías complementarias.

⁵⁸ THÈRY, P., *L'accès...*, *op. cit.*, p. 2: «Les vœux ne font pas des lois».

⁵⁹ GOURIO, A., *Entreprise...*, *op. cit.*, p. 1: «Les contraintes réglementaires sont en train de se durcir considérablement de ce point de vue à la suite de la crise financière. Si les projets mondiaux et européens restent en l'état, on doit redouter à la fois une restriction dans la distribution du crédit et une hausse de son coût».

Solo la práctica mostrará si el EIRL se convierte en un actor esencial del tráfico jurídico y económico en Francia, a la altura de las expectativas que ha generado. Para que eso ocurra será esencial la interpretación que hará la jurisprudencia, pero también los comentarios de la doctrina que, como ya escribió con su lenguaje metafórico el Decano CARBONNIER⁶⁰, se debatirá entre dos tentaciones opuestas: hacer que las novedades vuelen hacia tierras de aventura o bien, cortarles las alas y arrancarles las plumas para darse al amargo placer de mostrar que nada cambiará.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

El principio de responsabilidad patrimonial universal se ha convertido, en tiempos de crisis económicas, en un freno para los emprendedores que ven como los resultados adversos de su empresa pueden suponer la pérdida de todo su patrimonio, incluida la vivienda familiar. Por ello, en algunos países de nuestro entorno se han elaborado dispositivos que permiten al empresario individual limitar la responsabilidad profesional a los bienes que integran un patrimonio afectado, precisamente, a esa actividad profesional. Es el caso del Empresario Individual de Responsabilidad Limitada, creado en Francia por la Ley de 15 de junio de 2010, que supone una ruptura con los postulados clásicos de la teoría del patrimonio.

La evidente oportunidad de que se incorpore al ordenamiento jurídico español una institución similar, no puede ocultar la realidad de que se trata de un instrumento jurídico de una gran complejidad técnica que afecta a diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico, por lo que debe utilizarse

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

In times of crisis the rule of unlimited personal liability curbs the plans of entrepreneurs, who see that if business goes badly they could lose all their assets, including the family home. For this reason some of Spain's neighbours have created devices enabling individuals in business to limit their business liability to only those assets devoted to the business. Such is the case of the "limited-liability individual entrepreneur" created in France by the Act of 15 June 2010, in a sharp departure from the classic postulates of liability theory.

It is obviously advisable for Spanish legislation to include some such institution, but the advisability of the result cannot conceal the fact that the legal instrument at issue is one of great technical complexity and affects different realms of legislation. Therefore, extremely nice legislation must be crafted to prevent the device from being doomed to failure from the start. The design of the assets in each liability group, the porosity between the two groups and the potential effect of supplementary per-

⁶⁰ CARBONNIER, J., en *Préface à La Réforme du droit des incapables majeurs* (1968), editado en la obra de recopilación «Écrits», Puf, 2008, p. 70: «Le commentateur d'une loi nouvelle a besoin de qualités rares pour résister aux deux tentations opposées qui le guettent: l'une qui est, dans l'enthousiasme du moment, de faire prendre aux nouveautés un envol vers des régions aventureuses; l'autre, qui est de leur couper les ailes, de leur arracher des plumes, pour se donner plaisir d'Écclésiaste, le plaisir amer de montrer que tout restera comme avant».

una técnica legislativa muy depurada para evitar que el dispositivo nazca condenado al fracaso. El diseño de los bienes que integran cada patrimonio, la porosidad que existe entre ambos y la incidencia que pueden tener las garantías complementarias, personales o reales otorgadas por el empresario a sus acreedores, son cuestiones que determinarán el éxito o fracaso de la nueva figura. Por ello, analizar cómo se ha regulado en Francia y cuáles son las debilidades del dispositivo, puede ayudarnos a depurar la técnica legislativa, encontrando un equilibrio difícil, pero posible, de todos los intereses en juego: limitar la responsabilidad del empresario sin impedirle el acceso al crédito.

sonal guarantees or collateral furnished by the entrepreneur to creditors are issues that will determine whether the new arrangement is a success or a failure. Looking closely at how it has been regulated in France and what the device's weaknesses are can help us fine-tune legislative technique and strike the tricky but possible balance of all the interests involved: entrepreneurial liability that is limited without stifling access to credit.