

Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil (*)

SUMARIO: I. *Concepto y terminología*: A) Impresa y azienda.—B) *Entreprise y fonds de commerce*.—C) Empresa y establecimiento mercantil.—II. *Empresa y establecimiento mercantil. Su consideración como un bien. Calificación como un bien ganancial o privativo*.—III. *Empresa o establecimiento mercantil ganancial*: A) Fundación del establecimiento mercantil ganancial.—B) Sucursales. C) Cambio de situación.—D) Incrementos patrimoniales de un establecimiento mercantil privativo: A') Inversiones: A'') Explotación regular de los negocios.—B') Inversiones extraordinarias.—B'') Actividades de los cónyuges.

I. CONCEPTO Y TERMINOLOGIA

Siempre que nos encontramos con temas relacionados con la empresa o el establecimiento mercantil nos enfrentamos previamente a una cuestión de terminología. El Código Civil (reforma mayo 1981) y en materia de bienes privativos y gananciales, aparecen en el lenguaje jurídico los siguientes términos. Empresa y establecimiento, artículo 1.347-5 del Código Civil. Explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa, artículo 1.360 del Código Civil. Y negocios, artículo 1.362-4 del Código Civil.

Pero toda esta terminología distinta ya tenía sus antecedentes en el Código de Comercio. POLO recogía los conceptos de empresas y sus equivalentes en el Código Civil. Según aparece en dicho texto legal, la palabra empresa es una actividad organizada, sin que por ello pueda considerarse

(*) Este trabajo es una adaptación a la nueva reforma del Código Civil de parte de mi tesis doctoral leída en la Universidad de Murcia, bajo la dirección de don MANUEL BATLLE. En los estudios en honor de ROCA SASTRE había aparecido también otro trabajo mío sobre cuestiones relacionadas con este tema.

sujeto de derecho, artículo 175-3 del Código Civil. Otras veces la empresa aparece como equiparada a compañía o sociedad mercantiles y se refleja este sentido en los artículos 67-2, 69, 70, 175-2 y otros del Código Civil. También aparece la palabra empresa como equiparada a establecimiento en el artículo 285 del Código Civil.

También se considera la empresa como un conjunto organizado de bienes, artículos 283 y 286 del Código Civil; a su vez, en el Código Civil aparecen otra serie de palabras con distintas significaciones jurídicas, como lonjas y casas de contratación, artículo 81 del Código Civil; almacenes y tiendas abiertas al público, artículos 3 y 85 del Código Civil (1).

Pero la doctrina moderna ha empezado a depurar toda esta terminología para fijar su verdadero contenido y para poder determinar con arreglo al Código Civil cuando nos encontramos ante una empresa o establecimiento mercantil que sea ganancial o privativo.

A) IMPRESA Y AZIENDA

En el Derecho italiano han quedado deslindados dentro del texto legal los conceptos de empresa y azienda. El artículo 2.555 del Código Civil Italiano (C. C. I.) considera como azienda un conjunto de bienes organizado por el empresario para el ejercicio de su empresa. Impresa y azienda, dice AULETA, no constituyen términos sinónimos, como muchas veces ocurre en el lenguaje corriente, sino que son dos conceptos que se mueven sobre planos diversos: la impresa, que se refiere a la actividad del empresario, y la azienda, que es un instrumento de dicho empresario, es decir, un conjunto de bienes necesarios para el ejercicio de la actividad del empresario.

GALGANO señala también cómo ambos términos, impresa y azienda, que aparecen en el lenguaje corriente como términos sinónimos, adoptan en el lenguaje técnico jurídico significados diversamente diferenciados. La impresa es jurídicamente una actividad y así aparece claramente en el artículo 2.082 del Código Civil Italiano, cuando define al empresario como aquél que ejerce como profesión una actividad económica organizada con la finalidad de producir o cambiar bienes y servicios. El concepto de azienda es lo que en el terreno de la teoría económica se considera como instrumento o medios de producción.

La distinción entre impresa y azienda aparece, pues, como entidades

(1) POLO: *Leyes mercantiles y económicas*, 1956, tomo I. Introducción XL; MARÍN LÁZARO: *Comentarios al Código de Comercio español*, tomo I, 1932, página 700; BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, tomo II, página 38; ESPEJO DE HINOJOSA: *Curso de Derecho mercantil*, 1947, pág. 296.

distintas. Actividad que es a lo que se refiere la impresa y objeto o conjunto de bienes que tiene por referencia la azienda.

Pero, sin embargo, existe una estrecha relación entre ambas, hay una recíproca dependencia entre la una y la otra, ya que actividad, que es la impresa, es la que crea y organiza los bienes que componen la azienda. De tal manera, existe esta recíproca dependencia que dice FERRARI que estamos ante un problema doctrinal no aclarado, concretamente el de la disciplina jurídica que regula la competencia mercantil y la competencia desleal entre empresas. El problema consiste si estas normas jurídicas aparecen como un derecho de la personalidad del empresario y en realidad protege la actividad de dicho empresario que, en definitiva, no es otra cosa que la impresa y en este sentido ALLARA y ASCARELLI. O más bien estas normas jurídicas protegen a la azienda, ya que se refieren a la clientela que tiene toda azienda y se consideran como una protección al derecho de propiedad que el empresario tiene sobre sus bienes organizados que constituyen la azienda y éste es el criterio de CASANOVA Y FERRARA. Todo esto nos revela que, pese a que el Código Civil Italiano ha definido legislativamente los conceptos de impresa y azienda como cosas distintas, no pueden, sin embargo, considerarse como datos independientes, sino que hay que tener en cuenta la recíproca dependencia entre una cosa y otra (2).

B) ENTREPRISE Y FONDS DE COMMERCE

La doctrina francesa, dice HAMEL, a partir de 1954 ha consagrado numerosos trabajos sobre la calificación jurídica de la empresa y entre todos ellos cabe citar, según este autor, la obra de DEXPAX, *L'Entreprise es le Droit*.

En presencia de una serie de consideraciones sobre la empresa, se debe buscar un método de investigación y este método de investigación consiste en analizar aquellos elementos constitutivos de la empresa y las relaciones jurídicas entre estos elementos. Por otra parte, ver y examinar la empresa como una síntesis de sus elementos constitutivos para considerar su naturaleza jurídica (3).

Como dice HAMEL, en la empresa hay una serie de personas que aportan a ella el capital y el trabajo o ambas cosas a la vez; y, por otra parte, hay un conjunto de bienes organizados de los cuales se obtiene

(2) AULETTA y SELANITRO: *D. commerciale*, 1977, pág. 41; GALGANO: *L'imprenditore*, tomo I, pág. 73; FERRI: *M. D. commerciale*, 4.ª edic., pág. 39; FERRARI: *Azienda. Enciclopedia del Diritto*, tomo IV, pág. 685.

(3) HAMEL y LAGARDE-JAUFFRET: *D. commercial*, tomo I, pág. 317; DEXPAX: *L'Entreprise et le Droit*; JAUFFRET: *D. commercial*, tomo II, pág. 89.

una serie de bienes y servicios. Para HAMEL los bienes, cualquiera que sea su clase, están excluidos del concepto de empresa; la empresa se compone de elementos personales y éstos son los aportadores del capital, los dirigentes y los trabajadores. La empresa aparece para este autor como una *institución* y, como tal institución, recoge las voluntades individuales de los capitalistas, de los técnicos, de los dirigentes y de los trabajadores, que se someten libremente al régimen jurídico de la empresa.

Al lado de la empresa aparece el Fonds de Commerce, que es una creación reciente de la práctica jurídica y que constituye un conjunto de bienes corporales e incorporeales y que es el instrumento del trabajo de la empresa.

JAUFFRET señala que los conceptos de empresa y fondo de comercio están perfectamente diferenciados; la empresa representa el elemento humano, compuesto por los aportadores de capital, los dirigentes y los trabajadores, mientras que el fondo de comercio sólo es un conjunto de bienes que sirve como instrumento material para el ejercicio de la empresa.

RIPERT (4) considera el fondo de comercio como una propiedad incorporeal y que da lugar a un derecho, que es el de tener una clientela. Esta propiedad se compone de una serie de bienes; unos de naturaleza corporal, el utillaje, las mercancías y otros; y otros de naturaleza incorporeal, como del derecho de arrendamiento y los derechos de propiedad industrial. RIPERT considera a la empresa como algo distinto del fondo de comercio; la empresa constituye para este autor una unidad económica, aunque reconoce la dificultad jurídica de concretar la naturaleza de la empresa. El fondo de comercio viene a ser el aspecto jurídico de la empresa en cuanto da derecho a una clientela determinada. Todo comerciante tiene un fondo de comercio y el fondo de comercio es una propiedad que puede ser objeto de transmisión.

Para VAN RYN también hay una diferencia entre la empresa y el fondo de comercio; después de reconocer que la actividad económica en el mundo moderno se opera a través de la empresa, de señalar que no hay ninguna disposición legal que defina a la empresa y que la empresa no es un sujeto de derecho, porque los sujetos de derecho son o bien el empresario individual o las sociedades mercantiles, reconoce que la empresa es una institución comercial, es un ejemplo de esta serie de instituciones que nacen y se desarrollan en el tejido económico y social; la

(4) RIPERT y ROBLLOT: *Traite D. commercial*, tomo I, pág. 372; VAN RYN y HEENEN: *P. Droit commercial*, tomo I, pág. 354.

empresa aparece, pues, como una actividad económica organizada que el Derecho reconoce y ampara.

Al lado de la empresa aparece el fondo de comercio que, para VAN RYN, es un conjunto de bienes corporales e incorporeales unidos para un objeto: la explotación de un comercio determinado.

Todo esto nos revela cómo puede considerarse, a través de este somero examen del Derecho francés e italiano, los diferentes matices que rodean a estos conceptos de *impresa*, *azienda* o fondo de comercio y la dificultad que plantea el deslinde de estas instituciones; sin embargo, en principio podemos considerar que son dos cosas distintas la empresa que constituye la actividad del empresario y el fondo de comercio o *azienda*, que es un conjunto de bienes organizados por dicho empresario para poder ejercer su actividad (5).

C) EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

Hemos hecho la delimitación legislativa en el Derecho italiano, como hemos visto, entre *impresa* y *azienda*, artículos 2.082 y 2.555 del Código Civil Italiano. Se ha expuesto un esquema doctrinal, pero también claro, en el Derecho francés entre la *entreprise*, como organización de personas, y el fondo de comercio, como conjunto de bienes organizado, cuando pasamos el examen de esta terminología legal dentro del Derecho español. Sólo vamos a examinar la doctrina más moderna, dejando aparte la obra de BLANCO CONSTANS, ESPEJO DE HINOJOSA, BENITO y MARÍN LÁZARO. El tratamiento que la doctrina moderna da a esta cuestión es el siguiente.

(5) El Derecho romano ya utilizaba una serie de conceptos en relación con el ejercicio del comercio y con los bienes o conjuntos de bienes organizados para poder ejercer dicho comercio. En este sentido, CALAMANDREI: *Teoria della azienda commerciale*, 1891, pág. 2. La gestión comercial en el Derecho romano lleva consigo una serie de expresiones, como *taberna*, *merx*, *mensa*, *negotiatio* y *negotium*. *Taberna* aparece como el edificio o el lugar donde se ejercita el tráfico (D-5-XIV-3). La *mensa* se refiere más bien al negocio bancario (D-16-XXXI-77). La expresión romana más parecida a la *azienda* es la de *negotiatio* y, sobre todo, la de *negotium*, que designa un complejo del activo y el pasivo del comerciante (D-3-XIV-3, D-58-XXVI-7, D-16-XXI-77). El régimen jurídico del *negotium* es expuesto por CALAMANDREI, y así estudia lo referente al legado y a la prenda de *taberna*, y así también los derechos de los acreedores. La legislación canónica feudal y municipal posterior, dice CALAMANDREI, regula la *azienda* más ampliamente que lo hacía el Derecho romano. Aparece una terminología más amplia y se considera al *negotium* como una *universitas* que gracias al principio de la subrogación, cualquiera que sea el cambio de sus elementos, mantiene su identidad. Se considera que el *negotium* puede ser objeto de arrendamiento e hipoteca, y es estudiado por ANSALDUS, CASAREGIS y DE LUCA. En tiempos modernos, la *azienda* aparece como objeto de contratación, y esto de manera muy frecuente; así, la doctrina trata de los caracteres de la *azienda*, como ROLLAND (1848), BOISTEL (1861), SUPIND (1885). Para un estudio sobre la *azienda*, la obra de CASTELLI-AVOLIO: *L'azienda commerciale nella Teoria e nella pratica del Diritto*, 1925, págs. 37 a 50.

Para GARRIGUES (6) la empresa es un concepto ausente del Código de Comercio; nuestras leyes no formulan un concepto jurídico unitario de la empresa y sólo se encuentra una normativa legal sobre los bienes que la componen. Para este autor hay una plena coincidencia entre el Derecho y la economía sobre el concepto de empresa que se considera como una organización de elementos heterogéneos movidos por la idea y la actividad del empresario y sus colaboradores, pero además se considera la imposibilidad de encajar el concepto de empresa tal y como aparece en la realidad, dentro de los cuadros dogmáticos tradicionales del Derecho.

La empresa, para GARRIGUES, consiste en un conjunto de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho. Constituyen los bienes patrimoniales de la empresa: 1.º La propiedad comercial, que es el derecho de arrendamiento sobre el local de negocio; 2.º La propiedad industrial, propiedad intelectual y otros derechos; 3.º Las cosas corporales constituidas por el material, las mercancías, el utillaje y los inmuebles; 4.º Respecto a las relaciones de hecho de la empresa, que es la clientela y las expectativas, no son ni cosas ni derechos y carecen de entidad jurídica y no pueden ser transmitidas con independencia del resto de la empresa.

Con un criterio opuesto a GARRIGUES, nos encontramos con la obra de URÍA (7). La doctrina más reciente, dice este autor, al contemplar la empresa como una unidad económica organizada, empezó a separar entre la actividad del sujeto y el conjunto de medios o de bienes organizados por dicho sujeto para el ejercicio de su actividad, así se considera la empresa como actividad, y el establecimiento mercantil, negocio, hacienda y casa comercial, como un conjunto de bienes organizado por el empresario; con esto gana carta de naturaleza el considerar a una empresa como una actividad económica y como tal actividad aparece en los artículos 117, 122 del Código Civil. Para URÍA aparece distinto de la empresa como actividad, el concepto de establecimiento mercantil (E. M.); el empresario, salvo casos excepcionales, no puede desarrollar su actividad sino a través de un conjunto de bienes y derechos por él organizados y este conjunto de bienes y derechos es lo que en el Derecho español se llama establecimiento mercantil. La empresa, como dice URÍA, es una actividad, y el establecimiento mercantil, un objeto, más bien, una serie de cosas o derechos organizados por el empresario y éste es el criterio que ha seguido la Ley de Hipoteca Mobiliaria en su exposición de motivos cuando dice que las dificultades que suponía la diversa terminología empleado por la doctrina científica para designar la empresa,

(6) GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 1976, pág. 167.

(7) URÍA: *Derecho mercantil*, 1976, pág. 31.

casa, hacienda, establecimiento mercantil y las diferentes cuestiones ligadas a la naturaleza jurídica de la empresa, desde aquellas que la consideran como un ente jurídico unitario al modo de una universalidad, hasta la que no admite que se pueda hablar de empresa dentro de un concepto jurídico también unitario, ha hecho que dicha Ley consagre el concepto de establecimiento mercantil como base física de la empresa. El Establecimiento Mercantil comprende, con arreglo al criterio de la Ley citada: 1.º El derecho de arrendamiento sobre el local de negocio o el derecho reconocido en el artículo 28 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 2.º Las instalaciones fijas y permanentes, siempre que pertenezcan al titular, y también pueden comprenderse, según el artículo 21, los derechos de propiedad industrial e intelectual, además de los instrumentos de producción y trabajo y mercaderías y materias primas; todos estos bienes constituyen, dentro de un criterio amplio, el establecimiento mercantil (8).

En el Derecho español, cuando la Ley de Hipoteca Mobiliaria ya había delimitado el concepto de establecimiento mercantil y los bienes que se componen a través de los artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de este texto legal y, posteriormente, el artículo 1.413 del Código Civil redactado con arreglo a la Ley de 24 de abril de 1958, decía que el marido necesitaba el consentimiento de la mujer para realizar actos de disposición sobre establecimientos mercantiles, se unificaba esta terminología jurídica. Pero nuevamente el Código Civil ha venido a considerar como bienes privativos o gananciales las empresas, los establecimientos, las explotaciones y los negocios. Pero cualquiera que sea la terminología empleada, el problema es el siguiente: cuándo se puede decir que una empresa o establecimiento mercantil o negocio es un bien privativo o un bien ganancial; hay que partir de que el Código Civil dice, en su artículo 1.347, que son bienes gananciales las empresas y establecimientos y que son bienes privativos, artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil,

(8) Aunque sea de una forma somera, podemos hacer una reseña de la doctrina moderna española. VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, 1960, pág. 316, señala que todo comerciante tiene un negocio o empresa, y que esto es una organización de actividad, capital y trabajo para el ejercicio de su función. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, 1981, pág. 107: El aspecto objetivo de la empresa es el negocio, al que también se le llama establecimiento o explotación; el negocio se concibe, por tanto, como un conjunto de bienes para obtener una finalidad económica. El negocio es una creación del empresario, pero se escinde de él y aparece como instrumento para ejercitar la empresa. BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*, 1981, pág. 88, determina: Que hay un concepto económico de la empresa y un concepto jurídico en el que ambos deben coincidir. La empresa es una unidad funcional en la que las partes o el ordenamiento jurídico consideran como una unidad objeto de negocio jurídico, aunque no puede considerarse como una cosa en sí misma independiente de sus componentes.

las explotaciones de establecimientos mercantiles y otro género de empresa. Todo esto requiere una cuestión previa, decir si una empresa o establecimiento mercantil es un objeto de Derecho o una cosa a la cual se le pueda calificar con la condición de bien privativo o de bien ganancial.

II. EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. SU CONSIDERACION COMO UN BIEN. CALIFICACION COMO UN BIEN GANANCIAL O PRIVATIVO

El Código Civil, en su nueva redacción, ha dejado ya claro que la empresa o establecimiento mercantil es un bien ganancial cuando se dan los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil. El problema está en resolver cómo se puede calificar de bien ganancial o de bien privativo a la empresa, que es un conjunto de bienes y de servicios; respecto a esto se ha considerado, por lo que podemos llamar teoría unitaria, que la empresa es un bien propio por sí mismo, independiente de los bienes y derechos que la componen. Por la teoría que podemos llamar pluralista, la empresa aparece como un bien compuesto por otra serie de bienes y donde cada uno conserva su estatuto jurídico particular, pero este problema así iniciado es el que se va a desarrollar.

FERRI (9) advierte cómo la azienda, y lo mismo podemos decir de la empresa o el establecimiento mercantil, se presenta como una entidad única y, a la vez pluralista; el punto neurálgico de la teoría y de la azienda reside en la dificultad de fijar las relaciones que se dan entre el complejo de la azienda y los bienes que la componen; esto es, hasta qué punto la unidad de la función económica absorben a la pluralidad de los bienes de los cuales se compone la azienda.

La unidad funcional de la azienda tiene, como dice este autor, una relevancia jurídica; la interdependencia entre los bienes que la componen dan lugar a los siguientes efectos económicos y, como consecuencia de ello, han de ser tomados en consideración por el Derecho.

La azienda tiene una productividad, pero su producto nada tiene que ver con el producto de sus bienes componentes, por tanto, el concepto de beneficio de la azienda tiene un contenido distinto de los beneficios que se podían obtener de cada uno de los bienes singulares que la componen.

Las nociones de posesión, goce, administración y custodia de una azienda tienen una especial relevancia y aparecen como diferentes res-

(9) FERRI: *D. commerciale*, pág. 197.

pecto a las mismas operaciones jurídicas en cada uno de los bienes que la componen.

La conservación de la azienda no tiene nada que ver con la conservación de los bienes singulares que la componen: la conservación de una azienda supone el mantenimiento de su productividad y los bienes que la componen son objeto de amortización y, en consecuencia, con el tiempo reemplazados por otros.

Pero el problema para su debida claridad, es decir, el de considerar la empresa o el establecimiento mercantil como un bien único, requiere, aunque sea breve la exposición, la exposición de la teoría de la universitas.

El concepto de universitas pertenece a una de las cuestiones más debatidas por la ciencia jurídica (10). En la doctrina del Derecho Civil sobre la universitas se siguen dos conceptos que son opuestos: el de considerar la universitas como una cosa unitaria distinta y diversa de los elementos que la componen o de ver que dicha universitas no es más que una pluralidad de cosas que se consideran de una manera unitaria en determinado supuesto jurídico; la universitas no tiene una categoría ontológica, pero sí tiene una categoría lógica y por eso tiene un relativo reconocimiento jurídico.

Pero de toda esta problemática lo que nos interesa es ver si la universitas es un bien en sí mismo o, por el contrario, es un conjunto de bienes sometidos a una regulación jurídica unitaria (11). En qué consiste la

(10) DE MARTINO (arts. 810-956): *Commentario C. C. S.-BRANCA*, pág. 31. En el Derecho romano no existe el concepto o sentido de la *universitas* de una manera técnica; solamente para BONFANTE la *grex* es la única colectividad de cosas tratadas en dicho Derecho y la única que en cierta medida puede ser considerada como una *universitas*. LONGO: *Curso D. romano*, 1956, pág. 46: Expone la teoría de si en el Derecho romano se reconoció el carácter de cosa única a un conjunto de cosas. FERRINI, que considera este conjunto de cosas o *universitas*, nunca fue reconocido como una cosa única. FADDA, por el contrario, ve que existe una cosa única cuando se dan un complejo de cosas coordinadas entre sí. LONGO considera, como FERRINI, que la categoría de *corpus ex distantibus* de POMPONIO no quiere designar una entidad objetiva, sino que es una simple fórmula comprensiva para regular el régimen de las cosas colectivas. Por otra parte, POMPONIO no cita como cosa colectiva más que la *grex*. LONGO examina los textos jurídicos romanos: En materia de acción reivindicatoria, legado y prenda llega a la conclusión ya dicha, es decir, que sólo la *grex* es considerada como una cosa única y, por tanto, tratada como una *universitas*. La multiplicación de cosas colectivas, además de la aparición de los conceptos como *universitas rerum* o *universitas iuris*, es en realidad obra de la glosa, que también ha extendido estos conceptos. En este sentido, BONFANTE: *Curso Derecho romano*, 1966, pág. 149, para el cual el concepto de *universitas*, cuyos límites son difíciles de precisar, no existe en el Derecho romano, como no existe el concepto o nombre de *universitas* en sentido técnico. Solamente, dice BONFANTE, la *grex* es la única colectividad de cosas tratadas en el Derecho romano y la única que en cierta medida puede ser considerada como *universitas*.

(11) FERRARA: *Trattato D. civile italiano*, 1921, pág. 159.

estructura de una *universitas rerum*. Siguiendo a FERRARA, los datos más característicos son los siguientes:

Una multiplicidad de cosas autónomas y distintas entre ellas. Las cosas que componen la *universitas rerum* están separadas y esto es lo que diferencia la *universitas* de una cosa compuesta.

Las cosas que componen una *universitas rerum* tienen una propia individualidad económica y un valor en el comercio distinto e independiente del que le produce la agregación necesaria para crear la *universitas rerum*.

FERRARA examina su naturaleza jurídica y dice que la cuestión fundamental que se presenta es si ante una *universitas rerum* nos encontramos con una cosa nueva, es decir, con una cosa distinta de los elementos que la componen o, por el contrario, no existe más que una pluralidad de cosas que tienen entre sí una conexión económica y esta conexión ejerce su influencia en la normativa jurídica que regula la *universitas*.

Se considera que la *universitas* es una cosa nueva, distinta, y en este sentido VENEZIAN. Esta doctrina se ha basado, como dice FERRARA, en que toda la *universitas* tiene una individualidad propia que no se altera por la variación de sus componentes. Que la *universitas* da una renta o beneficio distinto de las cosas separadas que la componen y todo esto hace que se considere como una cosa cuando es vendida, arrendada o hipotecada, por tanto, forma un nuevo bien por su propia individualidad e identificación (12).

Para FERRARA, en un sentido contrario el Derecho sobre una *universitas*, es en definitiva el derecho sobre una pluralidad de cosas homogéneas y heterogéneas, pero, desde luego, no hace nacer una nueva cosa objeto de relaciones jurídicas. La unidad económica del complejo no crea una cosa nueva, pero produce una serie de efectos jurídicos sobre ese complejo, ya sea por disposición de la Ley o por voluntad de las partes.

Este breve examen doctrinal nos proporciona los datos necesarios para examinar si el establecimiento mercantil es una cosa nueva o un conjunto agregado de cosas.

El Código Civil Italiano ha recibido la categoría general de las universalidades y la ha incorporado a sus preceptos; así, el artículo 816 del Código Civil Italiano dice que se considera como una universalidad

(12) FADDA y BENSA: *Diritto delle Pandette*, 1925, pág. 443. Se indica una serie de autores que consideran a la *universitas* como una sola cosa. Su naturaleza es la de una *res incorporalis*. Así, se dice que es una unidad ideal (SINTESIS). O que tienen una existencia ideal, como MOLITOR. O que se trata de una cosa jurídica (PUCHTA).

de muebles la pluralidad de cosas que pertenecen a una misma persona y que tienen un destino unitario. Las cosas singulares que componen la universalidad pueden ser objeto de actos separados y de relaciones jurídicas. El Código Civil Italiano, como dice DE MARTINO, se ha mostrado reservado en cuanto a las definiciones sobre este tema. Sin embargo, el Código Civil Italiano ha recogido una serie de conjuntos de cosas dándole una regulación jurídica y siendo este conjunto de cosas bajo cierta forma aproximado a la universitas. Así el Código Civil italiano regula el usufructo sobre el ganado, artículo 994; la azienda, artículo 2.555; la herencia, artículo 1.010. El artículo 1.160 regula la prescripción adquisitiva de las universalidades y el 2.914-3 se refiere a la enajenación forzosa de las universalidades de muebles.

Pero ni en el Código Civil francés ni en el Código Civil español han tratado el tema de la universitas; hay que tener en cuenta lo que dice BARBERO (13): No hay una elaboración ni discusión sobre la universitas en la obra de POTHIER y de DOMAT. La influencia del Derecho consuetudinario francés dejó fuera la elaboración de la teoría de la universitas y la única que fue aceptada fue la herencia. De esta forma, tampoco en el Derecho español hay nada comparable al artículo 816 del Código Civil Italiano. La influencia del Código Civil francés sobre este tema queda clara.

Qué hace la doctrina española cuando se enfrenta con el problema de la empresa o el establecimiento mercantil y tiene que decidir si es un bien ganancial o privativo; pasemos al examen del Derecho español.

La empresa o el establecimiento mercantil es un bien una cosa independiente de sus agregados: URÍA pone de relieve cómo hay una serie de datos demostrativos de que está penetrando en nuestro Derecho positivo la idea de que el establecimiento mercantil, en su unidad, constituye un bien distinto de los elementos que lo componen y susceptible, por tanto, de objetos jurídicos unitarios; y en este sentido, URÍA cita el artículo 291 del Código Civil y el 1.056 del Código vigente. En la exposición de motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria se dice que el establecimiento mercantil aparece en nuestra vida real como un bien que tiene un valor intrínseco, objetivo e independiente y que por sí sólo es objeto de transmisión.

Con este mismo criterio RUBIO señala que la empresa es un bien, una cosa en sentido amplio, es decir, un objeto de derecho (14). Se trata de una realidad objetiva del mundo exterior con un valor económico uni-

(13) BARBERO: *Le Universalita Patrimoniale. Universalita di Fatto e de Diritto*, página 318.

(14) URÍA: *Derecho mercantil*, pág. 43; RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, 1979, pág. 528.

tario, al que el derecho le concede un tratamiento jurídico propio, independiente de los elementos que componen el establecimiento mercantil.

La empresa, dice este autor, es un bien en sí; del conjunto ordenado de bienes y valores surge un nuevo bien, que es un nuevo valor presente y cotizable en el tráfico jurídico y económico. RUBIO considera a la empresa como un bien distinto de sus elementos componentes, es decir, como un objeto distinto y nuevo de los elementos que forman un establecimiento mercantil.

La empresa o establecimiento mercantil aparece, pues, como un bien inmaterial, el empresario tiene un derecho de propiedad sobre su empresa y este derecho de propiedad, reconocido por el ordenamiento jurídico, protege al empresario de la competencia desleal. Para RUBIO la empresa es una organización de bienes hecha por el empresario y esta nueva organización es la que crea un nuevo bien independiente de las cosas y derechos que componen la empresa; se trata de un bien inmaterial y es este derecho de propiedad que tiene el empresario sobre el producto de su creación, que es la empresa, el que aparece como un bien inmaterial y está protegido por el ordenamiento jurídico que regula la competencia desleal.

En el Derecho español SÁNCHEZ CALERO hace constar que el problema de la regulación jurídica del negocio en nuestro Derecho es extremadamente difícil, ya que no hay normas jurídicas generales y los preceptos se han de obtener de una normativa dispersa; pero aun cuando esto pueda ser discutido, el negocio aparece formado por una serie de bienes aglutinados o con una estructura producto de una organización que es la obra del empresario. Por eso, la jurisprudencia dictada al margen de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha reconocido que el negocio o empresa puede ser objeto de propiedad y de derechos dentro del tráfico jurídico (15).

Pero hay otro punto de vista doctrinal opuesto al anterior; para GARRIGUES (16) la empresa no es un todo unitario, ya que para decir que una empresa es un todo unitario sería necesario lo siguiente: 1.º La configuración de la empresa como un objeto jurídico único, teniendo en cuenta que los derechos conexos a la empresa tendrían que ser considerados como partes constitutivas o como pertenencias. 2.º La posibilidad de la transmisión de la empresa como un solo objeto. 3.º La protección de la organización de la empresa como una creación del empresario. Hay que reconocer, como dice GARRIGUES, que nuestro Derecho positivo no ha dado este paso y que ningún precepto de nuestra legislación ha defi-

(15) SÁNCHEZ CALERO: *Obra citada*, pág. 107.

(16) GARRIGUES: *Obra citada*, tomo I, pág. 174.

nido la empresa y que, por otra parte, no se encuentran en las leyes datos positivos acerca de su unidad jurídica.

Con parecido criterio se manifiesta BROSETA cuando dice que la empresa no es un todo, no es una cosa y, aunque se venda y se compre la empresa, ésta no puede transmitirse como un todo, ya que se transmiten individualmente cada uno de sus elementos componentes, como los bienes inmuebles, los derechos de propiedad industrial e intelectual y en su transmisión se observan las normas jurídicas especiales para cada caso.

El problema aparece, pues, como confuso y contradictorio, una teoría que podríamos llamar atomista que concibe la empresa como una pluralidad de cosas y que estas cosas mantienen su individualidad. Y otra teoría unitaria en la cual aparece la empresa como un bien independientemente de las cosas que la componen.

Y con este problema planteado y no resuelto vamos a pasar a la tercera cuestión objeto de este trabajo, ya que el Código Civil dice claramente que son bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad, artículo 1.347-5 del Código Civil. Y por otra parte, se considera que la empresa es un bien privativo en otras circunstancias, artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil. El texto legal aparece en principio claro cuando dice en el artículo 1.347 son bienes gananciales las empresas y establecimientos (17).

III. EMPRESA O ESTABLECIMIENTO MERCANTIL GANANCIAL

En este capítulo se van a examinar las consideraciones jurídicas que determinan que una empresa sea un bien ganancial o privativo; para nuestro Código Civil, en el artículo 1.347, son bienes gananciales las empresas cuando reúnen los requisitos que señala este artículo 1.347-5 del Código Civil. La Ley señala que la empresa o establecimiento mercantil es un bien y en este sentido se expone este tema.

BOULANGER (18) señala cómo el fondo de comercio tiene unas características especiales; los bienes que componen dicho fondo están sujetos a cambio y renovaciones; las instalaciones y maquinaria industrial son amortizadas y sustituidas. Las mercancías son vendidas y todo el fondo de comercio está sujeto a una mutación o cambio. Hay, por tanto, en esta clase de bienes que constituyen las empresas una especial problemática muy distinta de las cosas o bienes que en nuestro Derecho aparecen perfectamente deslindadas.

(17) BROSETA: *Obra citada*, pág. 91.

(18) BOULANGER: *Traite P. D. civil française*, tomo VIII, 1957, pág. 662.

A) FUNDACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL GANANCIAL

El Código Civil dice, en su artículo 1.347-5, lo siguiente: Son bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a espensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurre capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354. Según este precepto legal, para considerar que una empresa es bien ganancial, se han de dar los supuestos siguientes:

1.º Que la empresa haya sido fundada durante la vigencia de la sociedad conyugal; pero el primer problema que se plantea es cuando puede decirse que se ha fundado una empresa.

Hay que descartar, es decir, no se ha fundado una empresa cuando sólo se hacen los trabajos preparatorios para ella; la adquisición o arrendamiento de locales de negocio, la adquisición de propiedad industrial o la compra de maquinaria y utillaje; todos estos bienes adquiridos no suponen por sí solos la creación o fundación de una empresa (19). Como una aproximación a la fundación de la empresa podemos señalar los siguientes supuestos:

Inscripción en el Registro Mercantil

El artículo 69 del Reglamento del Registro Mercantil dice que la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes y el artículo 71 dice que la persona que desea ser inscrita en dicho Registro presentará al registrador una instancia con la firma legitimada donde se hará constar: el nombre, apellidos, edad, estado civil y nacionalidad; entre otros requisitos se hará constar también, según el artículo 71-4 del Reglamento del Registro Mercantil, la calle, número o lugar donde se sitúe el establecimiento, así como sucursales y agencias. El artículo 71-5 del Reglamento del Registro Mercantil señala que se hará constar la fecha del comienzo de las operaciones. Pero es indudable que la inscripción en el Registro Mercantil, pese a cumplirse todos los requisitos que se requieran, no lleva consigo la creación o fundación de una empresa.

SÁNCHEZ CALERO dice que, por regla general, la inscripción en el Registro Mercantil tiene efectos declarativos, ya que se da publicidad a unos hechos que han nacido fuera del Registro. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 3-1 del Reglamento del Registro Mercantil, el contenido de los libros del Registro se presume exacto y válido. Por consi-

(19) CALAMANDREI: *Obra citada*, pág. 45.

guiente, dice este autor, esta presunción produce sus efectos no sólo en el campo de los negocios jurídicos, sino también respecto de los hechos y por eso la inscripción de una persona como comerciante en el Registro Mercantil presume que esta persona ha adquirido la condición de empresario, aunque de hecho esto no sea cierto.

Está claro que la inscripción de una persona en el Registro Mercantil lleva consigo la presunción de la existencia de un establecimiento mercantil y del ejercicio del comercio; pero esto es sólo una presunción y, por tanto, cabe prueba en contrario. URÍA señala sobre esta cuestión que se trata de una presunción que admite prueba en contrario, pero en tanto no sea cancelada la inscripción del comerciante en el Registro Mercantil, esta inscripción produce todos sus efectos. GARRIGUES indica sobre este punto que la inscripción en el Registro Mercantil tiene efectos puramente documentales o declarativos.

Apertura del establecimiento mercantil

Esta es otra presunción de que se ejercita el comercio y que, por tanto, existe un establecimiento mercantil. El artículo 3.º del Código Civil dice que existirá la presunción del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público y de otro modo cualquiera un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil. Este artículo supone, como dice GARRIGUES, una presunción en el ejercicio habitual del comercio. Solamente cuando se ejercite el comercio por una repetición de actos, dicha presunción se convierte en una prueba legal e irrefutable.

Pero he aquí que nos encontramos nuevamente, según el artículo 3.º del Código Civil, ante una presunción; se entiende que ha fundado un establecimiento mercantil cuando se dan las circunstancias del artículo 3.º del Código Civil. Pero se trata de una presunción en el ejercicio del comercio y, como consecuencia de ella, de la creación de una empresa. Pero esta presunción puede ser destruida por prueba en contrario que, pese a darse los requisitos del artículo 3.º del Código Civil, no puede decirse que ha sido fundado un establecimiento mercantil.

Creación o fundación de la empresa o establecimiento mercantil

Fuera de todo tipo de presunciones, tanto la que se refiere en el artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil y en el 3.º del Código Civil, hay que examinar en realidad cuándo se funda o se crea la empresa. Porque si se crea durante la vigencia de la sociedad conyugal, se da un bien ganancial, artículo 1.347-5 del Código Civil, pero si la

empresa ya creada se aporta al matrimonio, será un bien privativo, artículo 1.346-1 del Código Civil.

El problema de la creación o fundación de una empresa ha sido estudiado por la doctrina bajo criterios distintos (20).

No hay un criterio legislativo claro sobre cuándo se ha creado un establecimiento mercantil y ha sido la doctrina la que ha tenido que sistematizar esta cuestión. VERCRUYSE señala que existe un fondo de comercio cuando se dan los siguientes requisitos:

La existencia de un conjunto de bienes organizados por el comerciante para el ejercicio de su empresa y además la existencia de una clientela. VAN RYN dice, respecto a esta cuestión de la creación de un fondo de comercio, que se considera creado desde que está abierto al público. Para otros autores, LIMPENS y COHEN, es necesario que se hayan realizado operaciones con el público (21).

JAUFFRET dice que el fondo de comercio es creado cuando la unión de los elementos que la componen está hecha para la explotación de dicho fondo. Aunque hay autores, como COHEN y MATTEI, que exigen que realmente haya comenzado la explotación, JAUFFRET estima que esto no es necesario y que es suficiente para considerar que se ha creado un fondo de comercio el hecho de que haya una apertura de él, siempre que, además, exista la posibilidad, por el hecho de dicha apertura, de la existencia de una clientela (22).

Queda claro que la inscripción de comerciante en el Registro Mercantil, artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil, o apertura del establecimiento mercantil, artículo 3.º del Código Civil, aparecen como presunciones del ejercicio de éste, pero para que pueda decirse que una empresa está creada es necesario que se den dos condiciones. Que exista un conjunto de bienes organizado por el empresario. Y, además, que exista una apertura y la existencia de una clientela.

2.º El segundo requisito que requiere el artículo 1.347-5 del Código Civil es que la empresa o establecimiento mercantil haya sido fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges o por los dos cónyuges. El comerciante, para ejercer el

(20) MALAUZAT: *Le vie du Fonds de Commerce*, pág. 548. VERCRUYSE y LAWERS: *Le Fonds de Commerce*, tomo I, pág. 31.

(21) VAN RYN: *Obra citada*, tomo I, pág. 397; JAUFFRET: *Enciclopedia Dalloz, Fonds de Commerce*.

(22) En la jurisprudencia citada por JAUFFRET dice que el arrendamiento de una sala de cine enteramente equipada, pero no abierta al público, es decir, no explotada, se considera como arrendamiento de un inmueble, pero no puede considerarse como arrendamiento de un fondo de comercio porque éste carece de clientela.

comercio, necesita organizar un conjunto de bienes y este conjunto de bienes organizado y apto para el ejercicio del comercio constituye la empresa o establecimiento mercantil. El Código Civil lo que dice es que esta empresa es ganancial cuando haya sido fundada durante la vigencia de la sociedad de gananciales, artículo 1.345 del Código Civil.

3.º El tercer requisito para que la empresa o establecimiento fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges sea ganancial, es que se haga a expensas de los bienes comunes. Pero el examen de este requisito requiere, a nuestro juicio, la exposición de la siguiente cuestión.

CATALÁ ha puesto de relieve la existencia dentro del Derecho civil de bienes de consumo y bienes de producción (23). Los bienes de producción forman una categoría de bienes de origen político y económico, pero que cada día tienen una mayor consistencia jurídica. A diferencia del capital inmobiliario, en el caso de una empresa, los bienes de producción aparecen como un capital dinámico; hay que precisar la diferencia entre el capital y los beneficios o rentas. Hay que considerar que cuando las rentas o beneficios se invierten en bienes de consumo no forman parte ni crean capital. Son los frutos y rentas invertidos en los bienes de producción los que crean la cuenta del capital en una empresa.

En el supuesto que señala el artículo 1.347-5 del Código Civil, las rentas o salarios procedentes del trabajo y de la industria y los frutos, rentas o intereses que producen los bienes privativos, se convierten en frutos y productos gananciales, artículo 1.347-1-2 del Código Civil. Y aquellos que no quedan afectados por el consumo, y son invertidos en la fundación de una empresa o establecimiento mercantil, constituyen bienes de capital.

Ahora bien, cómo puede hacerse esta afectación. En este punto podemos señalar estas dos cuestiones: cómo estos bienes salarios, rentas de la industria, frutos e intereses pasan a constituir bienes gananciales y son invertidos en la creación de una empresa o establecimiento mercantil ganancial.

Para unos autores como PATARIN y MORIN señala que la comunidad tiene derecho sobre los frutos percibidos y no consumidos; sosteniendo que quedan excluidos de la sociedad conyugal las rentas no percibidas y las rentas consumidas. La sociedad conyugal adquiere, por tanto, las ren-

(23) CATALÁ: «La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne», en *R. T. Droit Civil*, 1966, núm. 2, pág. 193.

tas o intereses desde que son percibidos, pero queda un poder de gestión y disposición a favor del dueño del bien privativo, en tanto en cuanto el marido no lo reclama. MARTY y REYNAUD estiman que este análisis no es correcto en cuanto que hace ilusorio el derecho de goce sobre los bienes propios de la mujer, ya que lo que no es consumido se convierte automáticamente en bienes de la comunidad.

Otro criterio es el mantenido por PONSARD, según el cual los frutos o rentas de bienes propios entran en la comunidad en el momento en que han sido ahorrados y se convierten en economía, y con más razón si se han convertido en un bien nuevo. Puede decirse que los frutos y rentas de bienes propios se convierten en comunes cuando se han convertido en capital y se han convertido en capital, como dice PONSARD, cuando han servido para adquirir un bien nuevo.

Hay una tercera doctrina sobre este tema que considera que los salarios, frutos y rentas de los bienes propios no se convierten en comunes hasta que no se haya adquirido un bien o una cosa; es decir, hasta que no haya una adquisición en el sentido técnico y jurídico y éste es el criterio de MAZEAUD (24). Para este autor, los frutos y rentas de los bienes propios solamente se convierten en bienes comunes cuando se haya adquirido un bien nuevo.

Sobre este punto, el artículo 1.381 del Código Civil dice que los frutos y ganancias de los patrimonios privativos forman parte del haber de la sociedad conyugal, pero este principio general tiene una excepción que se refleja en el propio artículo cuando dice que, sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá, a este solo efecto, disponer de los frutos y productos de sus bienes (25).

Respecto a la otra clase de bienes, los adquiridos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, el problema se simplifica dentro de nuestro Derecho civil. No procede aplicar el artículo 1.381 respecto al trabajo e industria de los cónyuges y sí el artículo 1.347-1 del Código Civil: Los bienes o las rentas procedentes del trabajo y la industria se convierten automáticamente en bienes gananciales en virtud del artículo 1.381-1.º del Código Civil.

(24) MAZEAUD: *Leçons de D. civil*, tomo IV-1, pág. 155; CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, 1974, pág. 213; MARTY y REYNAUD: *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, pág. 178; AUBRY y RAU y PONSARD: *Droit civil*, tomo VIII, 1970, pág. 254.

(25) Puede decirse que se mantiene la conservación de un patrimonio o de un bien cuando se conserva respecto a ellos su productividad, y además dicha productividad no daña a su valor de liquidación; aunque no se puede hacer ahora un análisis del artículo 1.381 del Código Civil, es evidente que dicho artículo ha venido a clarificar el problema.

B) ESTABLECIMIENTO PRINCIPAL Y SUCURSALES

Puede existir una pluralidad de establecimientos mercantiles, pero la relación entre ellos es de establecimiento principal y de sucursal (26). HAMEL y LAGARDE señalan que una distinción debe ser hecha entre el establecimiento mercantil principal y la sucursal. Puede decirse que hay tres elementos que califican la existencia de una sucursal. Se requiere, en primer lugar, que la sucursal se haya constituido en virtud de una instalación material distinta de la sede central. Se requiere también que la sucursal tenga una clientela propia distinta de la sede central y, además, hace falta que la persona encargada o con poderes al frente de la sucursal tenga facultades para crear y retener una clientela. La existencia de una clientela es lo que hace que la sucursal sea un fondo de comercio distinto del fondo de comercio ubicado en la sede central.

Pero el problema que se plantea es el de ver si la sucursal, en cuanto empresa o establecimiento mercantil, puede ser calificada como bien privativo o ganancial. MALAUZAT cita la jurisprudencia francesa, donde se dice que las sucursales son fondos de comercio distintos del establecimiento principal. Este es el criterio de RIPERT cuando dice que por necesidad de la aplicación de la Ley; los Tribunales tienen que definir lo que es una sucursal y que lo que caracteriza a una sucursal es la independencia de su explotación.

En el Derecho español se ha planteado el tema de la calificación jurídica de la sucursal.

RUBIO señala cómo en nuestra normativa legal se habla de establecimientos mercantiles y sucursales: 11-3 de la Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 7-5.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Artículo 71-4 del Reglamento de Registros Mercantiles. Artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las sucursales son, según RUBIO, establecimientos distintos, objeto de una protección jurídica independiente y susceptible de negocios jurídicos separados, aunque ligados por su titularidad y su responsabilidad al empresario individual. Cada sucursal, dice RUBIO, es un establecimiento mercantil separado (27). Para URÍA se habla de establecimiento principal para designar el domicilio del empresario y respecto a las demás se consideran sucursales. URÍA dice que la sucursal tiene la consideración de un establecimiento mercantil cualquiera que sea la importancia de ella.

Todo esto plantea, respecto a nuestro tema, una nueva cuestión: Está claro que puede darse la existencia de una empresa fundada antes

(26) HAMEL y LAGARDE: *Obra citada*, tomo I, pág. 350.

(27) RUBIO: *Obra citada*, pág. 538.

de la vigencia de la sociedad conyugal y que será un bien privativo, artículo 1.346-1 del Código Civil. Pero ya dentro de la vigencia de la sociedad conyugal, después de contraído el matrimonio, pueden crearse sucursales; ahora bien, estas sucursales creadas durante la vigencia del matrimonio a expensas de los bienes comunes serán bienes gananciales, artículo 1.347-5 del Código Civil.

Aunque la sucursal, como hemos dicho, depende del establecimiento mercantil principal, no puede aplicarse respecto a ella el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, artículo 375, 376 y 377 del Código Civil. El criterio es distinto. La sucursal creada con los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil es un bien ganancial, aunque el establecimiento mercantil principal sea considerado como un bien privativo. En el Derecho español, como hemos visto, RUBIO y URÍA consideran que el establecimiento mercantil sucursal tiene la misma consideración jurídica que el principal, por tanto, a nuestro juicio cabe que el establecimiento mercantil principal aparezca como un bien privativo y la sucursal, cuando se reúnan los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil, sea un bien ganancial, ya que se trata de un establecimiento distinto y separado del establecimiento principal.

C) CAMBIO DE SITUACIÓN: DESPLAZAMIENTO DEL LUGAR O DOMICILIO DONDE ESTÁ SITUADA LA EMPRESA O ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La empresa puede cambiar de situación; se desplaza de un lugar a otro, de una zona de la ciudad a otra, buscando una expectativa de clientela. El problema se plantea en parecidos términos con el anterior. Cuando una empresa cambia de domicilio social y se traslada a otro sitio, nos encontramos con el problema de considerar si esta empresa es la misma o esta empresa ha sido creada de nuevo; en ambos casos tiene su importancia en orden a la calificación como bien ganancial o privativo.

Un establecimiento mercantil privativo es trasladado durante la vigencia de la sociedad conyugal a otra zona o barrio en la misma ciudad; se plantea el problema de si es el mismo establecimiento o bien, por el hecho del desplazamiento, ha sido creado uno nuevo que reúne los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil y entonces se considera ganancial.

Pese al artículo 333 del Código Civil, todas las cosas se consideran muebles e inmuebles y el 335, donde se dice que se reputan bienes muebles aquellos susceptibles de apropiación no comprendidos en el artículo anterior y que se pueden transportar de un punto a otro y sin menoscabo del bien inmueble a que estuvieran unidos, la doctrina

española no ha calificado el establecimiento mercantil como un bien mueble. En la doctrina francesa, desde siempre, se ha planteado el problema de la naturaleza mueble del fondo de comercio; así, para RIPERT, el fondo de comercio es un derecho a la clientela; este derecho a la clientela se puede considerar como una propiedad incorporada que, a su vez, hay que clasificarla como un bien mueble. La Ley de Hipoteca Mobiliaria considera el establecimiento mercantil en nuestro Derecho como un bien mueble, artículos 12 y 28 de esta Ley.

La doctrina francesa ha estudiado el tema del desplazamiento del lugar del establecimiento mercantil; MALAUZAT señala las dificultades prácticas para alcanzar un criterio sobre este punto. En todo supuesto de desplazamiento de lugar, el criterio para determinar si el fondo de comercio es el mismo u otro diferente, es el de la identidad. Un establecimiento mercantil privativo que se ha desplazado de un lugar a otro puede decirse que, en principio, continúa siendo privativo, pero si el desplazamiento del lugar o situación es tan importante que puede decirse que se ha creado un nuevo establecimiento mercantil, éste será ganancial. En nuestro Derecho para que un establecimiento mercantil privativo que cambia de domicilio pueda convertirse en establecimiento ganancial, tendrán que cumplirse los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil y parece difícil que puedan darse. El desplazamiento de lugar no convierte en principio el establecimiento mercantil de ganancial en privativo o de privativo en ganancial; no obstante, se hacen constar las dificultades prácticas para la aplicación en este caso del artículo 1.347-5 del Código Civil (28).

D) INCREMENTOS PATRIMONIALES DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL PRIVATIVO

El Código Civil había ya recogido el problema del aumento del valor en los bienes y su regulación jurídica y lo había hecho en tema de posesión, artículo 453 del Código Civil, en materia de usufructo, artículo 502 del Código Civil, pero ha sido la reciente reforma la que ha regulado de una manera más completa el aumento del valor en las cosas, así en la disolución de la sociedad de gananciales, artículo 1.397-2-3 y artícu-

(28) El establecimiento mercantil aparece regulado como un bien mueble en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Los bienes inmuebles quedan excluidos del concepto de establecimiento mercantil. Por esta razón, el artículo 28 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria dice que si se constituye la hipoteca sobre un establecimiento mercantil por el propietario del local de negocio, el bien inmueble donde está situado dicho establecimiento mercantil, queda por determinación legal fuera de la hipoteca (arts. 20, 21, 22 y 23 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria).

lo 1.398-2-3 del Código Civil y en el que va a ser objeto de nuestra exposición, artículos 1.358, 1.359 y 1.360 del Código Civil que regula la materia de los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación o establecimiento mercantil.

Aunque el tema de incrementos patrimoniales tiene una gran importancia en su aspecto fiscal, el análisis ahora queda concretado a las normas de la sociedad de gananciales dentro del Derecho civil.

El primer problema que se plantea es el de considerar en qué consiste el aumento de valor o plusvalías. CAPITANT define la plusvalía como un incremento de valor apreciado en dos momentos diferentes, ahora bien, ese incremento de valor puede tener tres orígenes.

Plusvalías monetarias, en el caso de que el bien no haya cambiado, no haya sufrido modificaciones y no se haya alterado ni en su estructura ni en su productividad, puede decirse que es la moneda la que ha cambiado, ya que el valor de la empresa en sí permanece estable.

Plusvalía económica. El aumento de valor del fondo de comercio no obedece a ninguna inflación, sino que se produce por un cambio en su entorno; se trata, generalmente, de transformaciones urbanas que aumentan el valor de los terrenos, como consecuencia de lo cual aumenta el valor de las empresas en razón de sus expectativas.

Las plusvalías voluntarias son los aumentos de valor producidos o bien por la actividad de los cónyuges o bien por la inversión en la empresa de dinero privativo o ganancial; estos incrementos de valor son el objeto de este tema.

Respecto a los incrementos de valor o plusvalía, hay que señalar dos cuestiones: que los incrementos no son bienes, sino que se incorporan a un bien y aparecen como inseparables de él, y además que los incrementos no alteran la naturaleza jurídica del bien a la cual se han incorporado.

La teoría general de los incrementos de valor está explicada en el artículo 1.359 del Código Civil cuando dice que las edificaciones, plantaciones y mejoras que se realicen en bienes gananciales o en bienes privativos tendrán el carácter correspondiente a estos bienes, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.

El artículo 1.359-2 dice que si la mejora se hace en bienes privativos y es debida a la inversión de fondos comunes o la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad de gananciales será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de dicha mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

El artículo 1.360 del Código Civil regula toda la cuestión de los incrementos patrimoniales en el establecimiento mercantil cuando dice que

se aplicará el artículo 1.359 a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

Hay que tener en cuenta que estas normas jurídicas tienen unos antecedentes históricos que merecen una explicación.

En nuestro derecho histórico se han considerado como gananciales las mejoras o aumentos de valor efectuados en los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. Casi todos los Fueros regulan estos supuestos, aunque con soluciones distintas. Hay una diferencia entre el Fuero de Alcalá de Henares, que concede al cónyuge que plantó viñas o construyó casas en el terreno del otro a una cuarta parte de la finca, reconociendo al dueño de la propiedad las otras tres cuartas partes. Hay que tener en cuenta que el Fuero de Alcalá es el más arcaico y primitivo y sigue la costumbre mantenida en los siglos ix y x.

Por el contrario, los Fueros de Béjar, Cuenca y Plasencia responden a la idea romana; el suelo o la finca es siempre del dueño y, por tanto, el que planta o edifica en suelo ajeno no hace suya parte de la finca por el hecho de la plantación; en estos casos, los Fueros citados disponen que se dividan entre los cónyuges el importe de las mejoras o de las obras, ya que este importe es lo que verdaderamente se dice ganancial (29).

SALA considera que si el marido ha mejorado una finca propiedad suya, la mujer no tendrá derecho a parte de la finca, sino sólo a la mitad de lo que se gastó en la mejora y éste es el criterio que sigue MORATO. Pero es ROMERO Y GINZO el que precisa más el tema cuando dice que el derecho no se atiene a lo que costó la mejora, sino a su valor; en definitiva, no es el coste, sino el aumento del valor de la cosa lo que es ganancial; como explica GUTIÉRREZ, la mejora vale más que lo gastado. Como se ve, la mujer ha pasado de tener un derecho sobre la propiedad y después a tener un derecho sobre lo que ha costado y después un derecho sobre el valor actual; puede resumirse así este problema dentro del Derecho histórico español.

El incremento patrimonial que señala el artículo 1.359-2 y que puede afectar a la empresa puede nacer de dos fuentes, una la inversión de fondos comunes y otra la actividad de cualquiera de los cónyuges. Se van a examinar separadamente.

(29) MARTÍNEZ GIJÓN: «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1959; ASSO Y MANUEL: *Derecho civil de Castilla*, 1792, página 67; ROMERO Y GINZO: *Derecho real de España*, 1841, tomo I, pág. 78; MORATO: *Derecho civil español*, 1868, tomo I, pág. 141; B. GUTIÉRREZ: *Códigos. E. Derecho civil español*, 1881, tomo I, pág. 618.

A') Inversiones. El incremento patrimonial que tenga una empresa puede proceder de fondos comunes. Hay que tener en cuenta que el artículo 1.359-2 del Código Civil señala dos fuentes para la financiación de la empresa. Se parte en este precepto de un establecimiento mercantil de carácter privativo, pero que se produce en él un incremento patrimonial debido, como hemos dicho antes, a dos fuentes claramente diferenciadas; una es la inversión de fondos comunes y otra es la actividad de los cónyuges, pero dentro del problema que plantea la inversión de los fondos comunes se requiere una doble consideración.

A'') La explotación regular de los negocios, artículo 1.362-4 del Código Civil. Este texto legal dice que será de cargo de la sociedad de gananciales la explotación regular de los negocios y este mismo criterio sigue el artículo 1.382-3, cuando dice que será de cargo de la sociedad de gananciales los gastos requeridos por administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

Queda claro que es gasto que corresponde a la sociedad de gananciales la explotación regular de los negocios; los gastos necesarios para una explotación normal de una empresa o establecimiento mercantil privativo estarán a cargo de la sociedad de gananciales.

Si esta explotación regular de un negocio produce un incremento patrimonial, en la empresa o establecimiento de uno de los cónyuges, este incremento patrimonial aprovecha a su propietario, ya que toda plusvalía que corresponde a un bien privativo de uno de los cónyuges corresponde a su propietario; y si en una explotación regular de una empresa ganancial se produce un incremento patrimonial, el incremento patrimonial beneficia a la sociedad de gananciales.

Ahora bien, el problema que se plantea es si un incremento patrimonial en una empresa privativa de uno de los cónyuges que se produce como consecuencia de una explotación normal de dicha empresa, lleva consigo el reembolso a la sociedad de gananciales.

El texto del artículo 1.360 del Código Civil dice que todo incremento patrimonial que sea incorporado a una empresa o establecimiento mercantil de carácter privativo debido a la inversión de fondos comunes, tiene como consecuencia el reembolso del dueño de esta empresa privativa a favor de la sociedad de gananciales. Hay un trasvase de fondos comunes desde la sociedad de gananciales a un establecimiento mercantil de carácter privativo y hay, como consecuencia, un empobrecimiento de dicha sociedad de gananciales y un enriquecimiento de la empresa privativa de uno de los cónyuges; este enriquecimiento lleva consigo un

incremento patrimonial del bien privativo al que se han aportado los fondos gananciales.

Pero el empleo de fondos comunes en una empresa o establecimiento mercantil de carácter privativo puede ser de dos clases. Puede haber una aportación de fondos comunes limitada y en la medida necesaria que sirva para mantener una explotación regular de los negocios. Pero también puede haber una inversión de fondos comunes que supongan no una explotación regular, sino que se considere como una inversión extraordinaria en la empresa o establecimiento mercantil; la normativa jurídica es distinta en un caso y en otro (30).

JULLIOT DE LA MORANDIERE dice que si un esposo afecta todos los beneficios de la sociedad conyugal favor de un fondo de comercio privativo de uno de los cónyuges, supone un enriquecimiento de este patrimonio privativo a costa de la sociedad conyugal.

Pero el problema se plantea cuando la afección de fondos gananciales al establecimiento privativo está hecha en la medida para mantener la explotación regular del negocio o empresa. En este caso no hay lugar a reembolso de la sociedad conyugal por los fondos comunes empleados en mantener una explotación regular de los negocios. La doctrina, como WEILL y CORNU, señala que el derecho de la comunidad a ser reembolsada por el patrimonio privativo de uno de los cónyuges no aparece sino cuando hay una inversión extraordinaria de los fondos comunes. CORNU mantiene que la no afectación de fondos comunes a la explotación regular de un negocio privativo lleva consigo la pérdida de éste y, como consecuencia, la pérdida de beneficios que son propios de la comunidad.

Y éste es el criterio que se puede mantener en nuestro Derecho; hay que tener en cuenta que, con arreglo al artículo 1.362-4 del Código Civil, están a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originan por causa de la explotación regular de los negocios.

Está claro que si la explotación regular de una empresa privativa es a costa de la sociedad de gananciales y que lo invertido está limitado a una explotación regular de la empresa, esto no lleva consigo el reembolso a la sociedad conyugal. Como no es reembolso a la sociedad conyugal por los gastos que ésta hace en orden al sostenimiento, alimentación y educación de la familia. No se puede decir que en el supuesto del artículo 1.362-4 del Código Civil haya un empobrecimiento de la sociedad de gananciales y un enriquecimiento del patrimonio privativo de uno de los cónyuges.

(30) AUBRY Y RAU y PONSARD: *Obra citada*, tomo VIII, pág. 502; RIOU: *Les Fonds de Commerce dans les regime matrimoniaux*, pág. 377; CORNU: *Obra citada*, página 267.

Por otra parte, si bien los fondos comunes de la sociedad de gananciales sirven para mantener la explotación normal de una empresa, también es verdad que los beneficios que se obtienen de una empresa privativa son bienes gananciales, artículo 1.347-1-2 del Código Civil. Hay, pues, una compensación entre los gastos de la sociedad conyugal que sirven para mantener una explotación regular de negocio, artículo 1.362-4 del Código Civil, y los beneficios que se reciben de dicho negocio, que son bienes gananciales, artículo 1.347-2 del Código Civil.

Del razonamiento ya expuesto se puede mantener que todo empleo de fondos gananciales en un establecimiento mercantil o empresa privativa de uno de los cónyuges para mantenerlo dentro de los límites de una explotación regular, es una obligación de la sociedad de gananciales, como dice el artículo 1.362 del Código Civil y, por tanto, si esta inversión ordinaria produce o no produce un incremento patrimonial, no hay derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales. En la relación entre gastos gananciales y explotación regular de las empresas no hay empobrecimiento de la sociedad conyugal y enriquecimiento del patrimonio privativo, aunque éste por ésta o por otras causas adquiera un incremento patrimonial.

B') *Inversiones extraordinarias.* Cuando hay una inversión de fondos gananciales que va más allá de la medida necesaria para la explotación regular de un negocio, sí puede decirse que hay un derecho de recompensa para dicha sociedad conyugal. CORNU dice que el derecho de reembolso o recompensa a favor de la comunidad no aparece más que cuando hay una afectación excesiva de fondos comunes a favor de un fondo de comercio privativo de uno de los cónyuges. Dicho en el lenguaje de nuestro Código Civil, una inversión extraordinaria de fondos comunes en un establecimiento privativo y se entiende por inversión extraordinaria la que va más allá de lo que supone una explotación regular de un negocio produce que la sociedad de gananciales aparezca como acreedor por el aumento del valor que adquiere el establecimiento mercantil privativo al tiempo de su enajenación o de la disolución de dicha sociedad.

Cabe aquí aplicar lo que antes se ha expuesto cuando se dice que una inversión superior a la explotación normal de un negocio supone un enriquecimiento del patrimonio privativo a costa de la sociedad conyugal; y para corregir este desequilibrio, el patrimonio privativo debe a la sociedad conyugal el incremento patrimonial conseguido a costa de ella.

B'') *Actividades de los cónyuges.* Incremento patrimonial debido a la actividad de cualesquiera de los cónyuges. Sobre esta cuestión, RIOU dice estar excluidas de reembolso a la sociedad conyugal las plusvalías de los

bienes privativos de uno de los cónyuges, tanto en cuanto se debe a un caso fortuito o al trabajo de uno de los cónyuges; ya que en ambos casos la sociedad conyugal no se empobrece. El mismo autor RIOU señala en su obra jurisprudencia de los Tribunales donde se mantiene que la sociedad conyugal no tiene ningún derecho a recompensa sobre las plusvalías de un bien propio cuando se debe al trabajo o habilidad de uno de los cónyuges; ya que no se puede decir que el trabajo de uno de los cónyuges en un fondo de comercio privativo priva a la sociedad conyugal de una riqueza, puesto que el trabajo dedicado a un fondo de comercio privativa hace aumentar los beneficios de éste y los beneficios de un fondo de comercio, sea privativo o común; son ellos comunes. Para RIOU los productos del trabajo son comunes y los beneficios del fondo de comercio también son comunes.

Ahora bien, dentro de la doctrina moderna hay que tener en cuenta, y respecto a la aportación del trabajo, lo que se llama valor-trabajo. CORNU (31) considera cómo el trabajo se tiende a considerar como una actividad profesional y que constituye para aquel que lo ejerce no sólo una fuente de riqueza, sino un capital. Este capital que supone el trabajo profesional se empieza a considerar como un nuevo bien dentro del patrimonio de la persona.

Lo que ocurre, como dice SAVATIER, es la dificultad de determinar el valor contable del trabajo humano. No hay más procedimiento para hacer una valoración de un trabajo que capitalizar el salario, pero el salario difícilmente puede relacionarse con el incremento patrimonial de una empresa; en las inversiones extraordinarias la cifra de capital está determinada en las inversiones. En la inversión por razón del trabajo, la valoración de éste es más imprecisa.

Con estas consideraciones pasamos al examen del Código Civil español que dice que el incremento de valor debido a la actividad de cualquiera de los cónyuges da lugar a un reembolso a favor de la sociedad conyugal.

La actividad de cualquiera de los cónyuges que esté limitada a la explotación regular de los negocios, se produzca o no incremento patrimonial, no dará lugar a un derecho de reembolso a favor de la sociedad conyugal. Según el artículo 1.347-1 del Código Civil, son gananciales los bienes obtenidos por el trabajo y, según el artículo 1.347-2 del Código Civil, son también gananciales los frutos o rentas que produzcan los bienes privativos como consecuencia del trabajo de uno o de los dos cónyuges.

(31) CORNU: *Droit civil*, tomo I, pág. 318; SAVATIER: *Le Droit comptable au service de l'homme*, 1969, pág. 202.

El problema puede plantearse ante la actividad de uno de los cónyuges que se considere, por razón de sus conocimientos o profesión, no normal sino extraordinaria, para el desarrollo de la empresa o establecimiento mercantil privativo. Una actividad que se considere más de lo que se necesita para una explotación regular del negocio puede dar lugar a un reembolso del patrimonio privativo a favor de la sociedad de gananciales, ya que a costa de esta actividad considerada como extraordinaria se ha producido un incremento patrimonial y cabe aplicar el derecho de reembolso de la sociedad de gananciales conforme al artículo 1.359 y 1.360 del Código Civil.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad