

**LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR
EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS.
ASPECTOS SUSTANTIVOS**

PONENTES:

D. Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad

COPONENTES:

D.^a María Ángeles Parra Lucán
Catedrático de Derecho Civil

D. Juan Antonio Yuste González de Rueda
Notario

MODERADOR:

D. Francisco Javier Hernández Puértolas
Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

Francisco Javier Hernández Puértolas. Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

Buenas tardes a todos, vamos a dar comienzo a esta segunda sesión de los XI Encuentros del Foro que se destina a la sucesión en la empresa familiar en el derecho civil aragonés, aspectos sustantivos. Es para este Colegio, y para este Decano, un motivo de especial satisfacción el que el Foro, en las sesiones que celebra en Zaragoza, haya elegido esta casa como sede. Agradecemos mucho a las autoridades y entidades organizadoras y sabéis que nos tenéis, como siempre, a vuestra entera disposición.

En este foro de juristas, profesionales y estudiosos del derecho, es absolutamente innecesario presentar a los ponentes. Todo el mundo conoce su personalidad y su competencia profesional y jurídica. Solamente a efectos de acta: D. Fernando Curiel Lorente, Registrador de la Propiedad desde hace muchos años, actualmente en Lérida; a sus muchos títulos diré uno que me es especialmente grato: su condición de profesor colaborador en el centro de formación para la abogacía del Colegio de Abogados.

D. Juan Antonio Yuste González, estudió derecho en Zaragoza, es notario también desde hace muchos años, en la actualidad y desde hace tiempo también, notario de Zuera; y todos sus destinos han estado en Aragón.

Y, excusa su presencia, por razones de lejanía, Doña María Ángeles Parra Lucán, actualmente catedrático en La Laguna; sus obligaciones familiares le han impedido desplazarse hasta nosotros. No obstante, ha enviado su trabajo y lo incorporaremos a las actas.

Doy muchas gracias también en nombre de los organizadores a los ponentes por dedicarnos su trabajo y su tiempo.

El procedimiento será el tradicional también en estas sesiones del foro. En primer lugar, los ponentes harán su exposición y, a continuación, destinaremos un tiempo al debate y al coloquio. En consecuencia, doy la palabra al ponente D. Fernando Curiel para que inicie su exposición.

LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS. ASPECTOS SUSTANTIVOS

por

Fernando CURIEL LORENTE (Ponente)

María Ángeles PARRA LUCÁN y

Juan Antonio YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA (Coponentes)

Intervención de D. Fernando Curiel Lorente

SUMARIO: I. Aproximación al concepto de empresa familiar. II. La problemática de la sucesión del empresario. III. La empresa familiar y el régimen matrimonial consorcial. La empresa familiar en el seno de una comunidad conyugal continuada. IV. La transmisión de la titularidad de la empresa: la legítima como límite de la voluntad del empresario. V. Las deudas y relaciones jurídicas del empresario tras la sucesión: ámbito de autonomía de la voluntad del causante. VI. La viudedad en relación con la empresa familiar. VII. La empresa en la herencia yacente: continuidad de la actividad empresarial. VIII. La fiducia sucesoria y la empresa familiar. IX. Conclusiones.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR

Durante los últimos meses se han sucedido múltiples noticias sobre los problemas de subsistencia, de gestión o de sucesión de la empresa familiar, congresos nacionales y autonómicos, promesas electorales de beneficios fiscales para los empresarios familiares, manuales difundidos a través de la prensa y reivindicaciones al Gobierno, que han culminado con el anuncio por parte del Vicepresidente segundo del Gobierno de la formación de una comisión mixta de los Ministerios de Economía y Justicia sobre la empresa familiar, que trabajará sobre la ponencia que ha de elaborar una comisión del Senado.

Me preguntaba si estaría justificado el interés que parecían despertar las empresas familiares y los datos difundidos obligaban a responder afirmativamente:

Se estima en un millón y medio el número de empresas familiares en España.

Un 20% de las 1.000 empresas mayores de España son de carácter familiar.

Las empresas familiares representan el 80% de las empresas españolas, producen el 60% del PIB y generan el 80% del empleo privado de España (65% de la población activa).

Quise, entontes, saber qué era exactamente una empresa familiar, pero, conforme fui leyendo obras sobre la materia, fuí convenciéndome de que mi empeño por encontrar un concepto de empresa familiar iba a resultar inútil. El de empresa familiar es un concepto de esos que llamamos indeterminados, que no admiten una definición universalmente válida.

Cualquier persona se atreve a afirmar que pertenecen a tal o cual familia algunas conocidas empresas como la Banca March, el Grupo Planeta o Pikolín, pero difícilmente podrá precisar los elementos concretos que deben concurrir para que una empresa sea o deje de ser familiar.

Parece claro que la titularidad de la empresa debe pertenecer a personas vinculadas por parentesco, pero no hay conformidad a la hora de señalar qué participación es suficiente cuando no es la totalidad, ni tampoco el grado de parentesco admisible.

Suele añadirse la necesidad de que miembros del grupo familiar participen en la dirección de la empresa, pero tampoco llega a definirse el grado de participación exigible, y ni siquiera se considera ya imprescindible, hasta el punto de considerarse hoy beneficioso que la gestión de la empresa se profesionalice encomendándola a expertos extraños a la familia.

Hay quien va un poco más allá, al entender que el único criterio válido para calificar una empresa como familiar es el reconocimiento de la existencia de un nexo cultural en la concepción de la empresa compartido de forma permanente por los familiares integrados en la empresa. Es decir, que se compartan valores y pautas de conducta en el desarrollo de la actividad empresarial, como si el aire de familia se extendiera también por la empresa (GALLO).

En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, citando a COURET, entiende que la peculiaridad de la empresa familiar es la existencia de una cultura familiar de la empresa que se manifiesta en un particular ejercicio del poder, vinculado al respeto y a la autoridad reconocida al líder familiar, una singular percepción del riesgo, habida cuenta de que en muchos casos se invierte en la empresa el propio patrimonio de la familia, y una especial asunción de responsabilidad.

Por otra parte, se considera algo consustancial a la empresa familiar una cierta vocación de permanencia, manifestada en la incorporación a la empresa de, al menos, una segunda generación, lo que deja planteada la cuestión de si la empresa perteneciente a un empresario individual, que es la que más problemas presenta en cuanto a la sucesión, puede o no ser conceptuada como familiar.

La escasas normas que aluden a la empresa familiar para otorgar al empresario determinados beneficios fiscales o ayudas financieras reflejan esta misma discrepancia, al exigir diferente participación en la propiedad y diferente grado de parentesco, como ocurre en la

normativa estatal y en las autonómicas de Cataluña, Valencia o Aragón de los Impuestos de Patrimonio, Sucesiones y Transmisiones.

La L. 9/85, de 24 de mayo, de Cataluña, de modernización de la empresa familiar agraria prefiere hablar de la titularidad del disfrute en lugar de la titularidad del dominio; consiente que dicha titularidad corresponda a una sola persona física o a varias personas sin más vínculo que el de ser sucesores de una misma persona y acepta la separación entre titularidad y gestión, para exigir, finalmente, que los ingresos que obtengan de la empresa los miembros de la familia que trabajan en ella sean iguales o superiores a los que se obtengan de actividades ajenas a la empresa.

Un criterio parecido, de dependencia de la familia respecto de la empresa, que ha de constituir su principal fuente de ingresos, es el que utiliza la Compilación de Derecho Aragonés, al regular la continuidad de la comunidad conyugal al fallecimiento de uno de los cónyuges, al poner como condición que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de una explotación agrícola, ganadera, industrial o comercial.

Un documento de trabajo del Ministerio de Economía (2001) considera familiares las sociedades y empresas individuales que desarrollan actividades económicas industriales y de producción de bienes y servicios o administren y gestionen participaciones directas o indirectas de sociedades que desarrollen tales actividades en las que concurren estas circunstancias: participación significativa de un grupo familiar en la propiedad, vocación de continuidad, unidad de decisión y dirección, participación en la gestión de un miembro, al menos, del grupo familiar, con capacidad de decisión en aspectos relevantes, circunstancias, como puede verse, tan concretas como imprecisas.

Lo único claro es que no es decisivo el tamaño de la empresa y que debe huirse de la ligereza de identificar empresa familiar con empresa modesta, tanto como de la de calificar de empresa cualquier negocio individual o artesanal autosuficiente para atender las necesidades familiares carente de intencionalidad de ulterior desarrollo o continuidad. Las empresas familiares, como el resto de las empresas pueden ser pequeñas y medianas, que son las más, y grandes o muy grandes, que también las hay. Quizás, por ello, la ponencia del Senado, a que antes aludía, no sea partidaria de crear un estatuto específico de la empresa familiar, entendiendo que muchos de los problemas de esta empresas no difieren de los del resto de las empresas.

Hay coincidencia también al afirmar que tampoco resulta determinante la forma jurídico-económica bajo la que se configura la empresa. Así podemos encontrarnos con empresas familiares individuales, sin forma específica alguna, y empresas que adoptan alguna de las formas societarias civiles o mercantiles típicas, particularmente, la de sociedad de responsabilidad limitada, con mayor frecuencia, y la de sociedad anónima, en el caso de grandes empresas que prevén una financiación pública y una salida a mercados bursátiles. Algunas de estas sociedades tienen carácter unipersonal.

La adopción de una forma societaria somete la empresa al Derecho mercantil y facilita la solución de algunos de los obstáculos que el Derecho civil ofrece al problema de la sucesión, que es del que hoy debemos ocuparnos. En términos muy generales, suele decirse que la microempresa, de carácter individual, queda sometida en su integridad al Derecho Civil, mientras que la sociedad familiar se somete, preferentemente, al Derecho mercantil. Aún en este caso, la necesidad de tomar en consideración las disposiciones civiles que regulan el fenómeno sucesorio es evidente, aun cuando las normas mercantiles contemplan también el supuesto del fallecimiento del socio.

A falta de un concepto generalmente admitido de empresa familiar, habrá que estar en cada caso a los requisitos que la norma a aplicar o la situación a analizar exijan. En este caso vamos a ocuparnos de la sucesión del empresario al frente de la empresa, fundamentalmente al tiempo de su fallecimiento.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA SUCESIÓN DEL EMPRESARIO

Los problemas relativos a la sucesión del empresario, como titular de la empresa, se desenvuelven en diferentes ámbitos: algunos se refieren a los costes inherentes a la transmisión, especialmente los fiscales o los derivados de la necesidad de compensar económicamente a sucesores legales no elegidos por el empresario (legítimas, en su caso); otros, a los riesgos que la sustitución del empresario comporta para la subsistencia de la empresa.

Hay que precisar, con Vicente SANTOS, que el Derecho puede dar solución al problema de la transmisión de la titularidad de la empresa, pero no al de la sucesión en la condición de empresario, para lo cual, además de adquirir la titularidad de la empresa, es preciso ejercer habitualmente la actividad empresarial y esto depende absolutamente de la voluntad del titular de la empresa.

A este respecto, los datos conocidos llaman la atención sobre la elevada tasa de mortalidad de las empresas familiares. Según el Instituto de Empresa Familiar no más de un 20% de las empresas familiares superan la tercera generación, y cerca de un 60% no pasan de la segunda.

Evidentemente, la desaparición de una empresa familiar no siempre es debida a problemas derivados de la sucesión. Como señala GALLO a la empresa familiar le afectan las causas propias de toda empresa y, además, algunas específicas. Entre éstas cabe citar la falta de diversificación del negocio, la inadaptación a la estructura globalizada de la economía, la inexistente profesionalización de la gestión y la inadecuada estructura de las relaciones internas entre propiedad, familia y trabajo.

En realidad, familia y empresa, siendo instituciones básicas del tejido social, son absolutamente antagónicas: la empresa debe guiarse por el ánimo de lucro y por criterios de productividad y eficiencia, mientras que en la familia prevalece el servicio desinteresado y nunca se prescinde de las personas, por poco productivas o eficientes que resulten. Este antagonismo está, precisamente, en la raíz de alguno de los problemas de la empresa familiar.

Es verdad que la armonía y la dedicación propias de la relación familiar son puntos fuertes de la empresa de este carácter, pero una defectuosa implicación de ambas relaciones puede propiciar su desaparición. En concreto perjudica la buena marcha de una empresa familiar la confusión entre la propiedad y la capacidad de dirección (pensar que todo familiar propietario está capacitado por el hecho de serlo para dirigir la empresa) y la inadecuación de los flujos económicos internos (retribuir la propiedad, la dirección y el trabajo de forma diferente a familiares y no familiares, al alza o a la baja, no dejando que sea el mercado el que determine la retribución).

Si, además, existe una pluralidad de grupos familiares pueden establecerse estructuras organizativas erróneas que no favorecen, en absoluto, la continuidad, bien porque incrementan innecesariamente los costes de gestión, bien porque dificultan considerablemente la toma de decisiones. Tales son: la duplicación (todas las familias controlan todos los depar-

tamentos en lugar de diversificar responsabilidades), la de la querencia (cada uno se coloca donde más le gusta y se estructura la empresa en función de los apetencias), la de la ordenación genealógica (copiando en la empresa el árbol genealógico de la familia), la tribal (distribuyendo las responsabilidades por familias), la policial (organizando múltiples y recíprocos sistemas de control) o la de suplencias (cada miembro familiar es acompañado por un suplente no familiar).

Por ello es tan decisivo el proceso de sucesión del empresario, ya que a través de una sucesión no controlada puede favorecerse que la propiedad de la empresa pase a manos de familiares que no decidieron en su día colocar su patrimonio en la empresa, y/o que tienen como patrimonio principal su participación en la empresa y/o que han conseguido esta participación de forma gratuita. Todo ello puede contribuir, según los casos, a una pérdida del carácter familiar, si se presentan ofertas económicas ventajosas, o a un deterioro progresivo de la empresa misma hasta su desaparición, por falta de interés o dificultades en su gestión.

Aunque el problema afecta tanto a las empresas individuales como a las sociedades familiares no se presenta de la misma forma, ni se presta a idénticas soluciones. En el caso de la empresa individual la posible sustitución de un empresario único por una pluralidad de sucesores pone en peligro la subsistencia misma de la empresa por la posibilidad de que se imponga una indeseable liquidación o venta para entregar a cada sucesor su derecho. En la sociedad familiar, más consolidada, el riesgo es la diversificación de la dirección de la empresa a través de la diversificación de su titularidad, pero no su desintegración al ser factible la distribución de títulos de participación del capital en proporción a los derechos de los sucesores.

En el primer caso, por tanto, importa conocer las posibilidades de actuación que el Derecho vigente deja al empresario individual que, de cara a su sucesión, quiere evitar la dispersión de la titularidad. En el caso de las sociedades familiares, se trata de compaginar la sucesión en la propiedad con las necesarias previsiones acerca de la participación en la dirección de la sociedad. Mi exposición se referirá a la aplicación del Derecho civil aragonés en la sucesión del empresario individual.

Es el propio empresario el más capacitado para tomar la decisión sobre su sucesión. Sólo él puede saber si la empresa debe ser dejada en manos de uno u otro posible sucesor. La Ley no tomará nunca esta decisión por él, sino que acudirá, preferentemente, a sistemas de distribución igualitaria de la herencia con el consiguiente riesgo de desintegración de la empresa al tiempo de la partición. La sucesión está, por tanto, en manos del propio empresario, que se verá, probablemente, en la dificultad de tener que elegir un sucesor y tener o querer, a la vez, no perjudicar económicamente a los no elegidos. La Ley fijará en estos casos el ámbito que deja a la autonomía del empresario.

A estos efectos habrá que tomar en consideración diferentes factores. En primer término, la vecindad civil del causante, que determinará la ley personal aplicable. En este punto, es de todos conocido que los derechos civiles tradicionalmente denominados forales, pero que propiamente constituyen el derecho común del territorio al que se aplican, suelen ofrecer un ámbito de autonomía mayor que el del Código civil, debido precisamente al deseo de favorecer el mantenimiento de la integridad del patrimonio familiar. El Derecho sucesorio aragonés, recientemente reformado por la L. 1/1999, de 24 de febrero, es un vivo ejemplo de libertad de disposición del causante a la hora de regular su sucesión.

Por otro lado, el tratamiento de la empresa familiar vendrá también condicionado por el régimen económico del matrimonio, que determinará la titularidad privativa o común de la empresa, cuando se hubiera establecido alguno de los regímenes de comunidad o

cuando en los de separación o participación fuesen de aplicación alguna de las presunciones legales de pertenencia de bienes cuya titularidad no resulte probada. Aquí también el Derecho aragonés ofrece peculiaridades como la continuación de la sociedad conyugal al fallecimiento de uno de los cónyuges, que puede resultar útil al empresario, o el carácter gerencial del usufructo viudal, que se regula como institución de Derecho familiar y no sucesorio.

Finalmente, el hecho de que la sucesión vaya a producirse al fallecimiento del fundador o, por el contrario, aunque es poco frecuente, en vida de éste. La legislación aragonesa permite adoptar decisiones sobre la propia sucesión en vida del causante, que, en todo caso, obviarían siempre los problemas relativos a la continuidad de la empresa.

El Código Civil impone límites muy estrechos a la libertad del empresario, por razón del sistema legitimario, amplio y poco flexible, y la imposibilidad de pactos sucesorios o de delegación fiduciaria. Llama la atención la previsión del artículo 1.056 C.c., otorgando al padre la facultad de evitar la desintegración de una explotación industrial, agrícola o fabril adjudicándola indivisa y disponiendo el pago en metálico a los legitimarios no favorecidos, facultad que se generaliza en el artículo 841 haciéndola extensiva al contador-partidor. En ese marco se han propuesto diversas previsiones al testamento del empresario para procurar la mejor solución a los problemas de su sucesión (GARCÍA CANTERO): la mejora del legitimario en cosa determinada (art. 829) o el legado de empresa (art. 821 C.c.), el usufructo universal a favor del cónyuge viudo (art. 820 C.c.) o la imposición de la prohibición de pedir la partición, subordinada siempre a la no concurrencia de alguna de las causas por la que se extingue la sociedad (art. 1.051 C.c.).

En el Derecho aragonés no se encuentra un tratamiento específico de la sucesión de la empresa, ni mucho menos de la empresa familiar. No obstante, es bien sabido que la sucesión aragonesa ha girado tradicionalmente en torno a la institución de la «casa», que no es sino una manifestación de la empresa agraria, aunque con importantes matizaciones. Por ello, es fácil encontrar en el Derecho aragonés, recientemente reformado en esta materia por la L. 1/1999, de 24 de febrero, instrumentos eficaces para abordar con éxito la doble problemática que la sucesión del empresario plantea: la mejor atribución definitiva de la titularidad y la no interrupción de la explotación, lo que se ha llamado la conservación y la continuidad de la empresa.

Antes de entrar en el análisis del propio derecho sucesorio, y por lo antes expuesto, conviene referirse al derecho de familia y, en concreto, a las relaciones del régimen económico matrimonial con la empresa familiar.

III. LA EMPRESA FAMILIAR Y EL RÉGIMEN MATRIMONIAL CONSORCIAL. LA EMPRESA FAMILIAR EN EL SENO DE UNA COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

Contrasta el silencio de la L. 1/1999 acerca de la empresa familiar con las frecuentes referencias a ella que contiene la Compilación en materia de régimen económico consorcial, de las que nos interesan, especialmente, las que contemplan algún supuesto de transmisión de la titularidad de una empresa de carácter consorcial:

1. Presunción de aportación de la empresa como sitio: se consideran aportadas a la comunidad como sitios —por tanto, no se hacen comunes salvo pacto en contrario—

- las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras (art. 39).
2. Responsabilidad de los bienes comunes por deudas del empresario: cada cónyuge obliga a los bienes comunes frente a terceros en la explotación regular de sus negocios (art. 42).
 3. Gestión individual de la empresa consorcial: la administración y disposición de los bienes comunes y, en general, las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges conjuntamente o a uno con el consentimiento del otro, pero cada cónyuge está legitimado individualmente para los actos de administración ordinaria, así como para los de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio (art. 48, 2.1.º).
 4. Disolución de la comunidad: administración de los negocios comunes:
 - a) disuelta la comunidad por muerte de uno de los cónyuges, administra los bienes hasta la liquidación el cónyuge superviviente, quien atiende al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes, además de hacer frente al pago de las deudas y los alimentos (art. 53).
 - b) disuelta la comunidad por otra causa, la administración provisional se regulará por acuerdo de ambos cónyuges y, en su defecto, por decisión del Juez (art. 54).
 5. Atribución de la empresa consorcial en la liquidación de la comunidad: en la liquidación de la comunidad, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a pedir que se le adjudique la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, sin perjuicio de las compensaciones correspondientes (art. 58).

No podemos entrar ahora a analizar estas normas ligadas a la liquidación de una sociedad conyugal. Baste tener en cuenta que ya en ese momento puede producirse una transmisión de titularidad de la empresa, del patrimonio común al privativo de uno de los cónyuges, no por herencia, sino en pago del haber consorcial o común, y que la Ley favorece la continuidad del empresario al frente de la empresa al otorgar al cónyuge que la dirigiera el derecho a pedir que se le adjudique en pago de su haber.

Al producirse con ocasión de la liquidación de todo el patrimonio común, en el mismo acto debe darse solución a la subrogación en las deudas, sin perjuicio de las disposiciones que en beneficio de los acreedores regulan la responsabilidad de los bienes que fueron anteriormente comunes.

En ningún caso se producirán problemas de gestión ordinaria de la empresa, dado que la propia Ley encomienda la administración del patrimonio común al cónyuge sobreviviente o a ambos de común acuerdo, teniendo en cuenta, además, que la empresa puede ser adjudicada al cónyuge que viniera dirigiéndola.

No debe olvidarse, sin embargo, que pueden entrar en juego las reglas de la viudedad, extensiva a la empresa privativa del cónyuge premuerto, y, en su caso, las de la continuación de la comunidad conyugal que evitan la liquidación de la sociedad en los términos que veremos a continuación.

La empresa familiar en el seno de una comunidad conyugal continuada

La posibilidad de prolongar la comunidad conyugal más allá de la vida de uno de los cónyuges ha sido señalada como una peculiaridad típicamente aragonesa. Se ha dicho a este

respecto que, aun cuando la continuidad se produce especialmente en aspectos económicos, la finalidad de la institución es mantener no tanto la indivisión de un patrimonio como la cohesión del grupo familiar en torno a su principal medio de subsistencia. Es, por otro, lado la referencia más específica de la legislación aragonesa a la empresa familiar, centrandolo este carácter en el hecho de la dependencia de la familia respecto de la empresa.

Tenemos entendido que la comisión que prepara la reforma de la Compilación aragonesa en materia de Derecho de familia se cuestiona la conveniencia de mantener la vigencia de esta institución. Sin embargo, no puede olvidarse que cuando se aprobaba la Compilación no sólo se aplaudió esta figura, sino que, incluso, se defendía su extensión a otras legislaciones civiles españolas.

No obstante, existen importantes dudas en el alcance de la comunidad continuada. La primera es la relativa a qué bienes ingresan en la comunidad y, en concreto, en lo que aquí nos interesa, si la empresa privativa de uno de los cónyuges forma parte y de qué modo de la comunidad. La generalidad entiende que la dependencia familiar respecto de la empresa no impone, además, como condición que la empresa fuese común o consorcial y que, por tanto, la continuación se produce aun cuando la empresa fuese privativa.

Esto es así. Ahora bien, una cosa es que la comunidad conyugal deba prolongarse y otra muy diferente que la titularidad de la empresa forme parte del patrimonio de la comunidad. Lo cierto es que la comunidad sólo asume el activo y pasivo consorciales (art. 62 C.A.), por lo que no ingresará en su activo una empresa privativa, aun cuando sus rendimientos sí deban imputarse al patrimonio común (art. 63 C.A.).

En tal situación, si la titularidad de la empresa privativa pasa a los herederos del cónyuge premuerto, no se extenderán a ella las atribuciones del cónyuge supérstite en cuanto gestor de la comunidad, sino solo a los rendimientos que deriven de la actividad empresarial que son recursos de la comunidad.

Por otro lado, nada impedirá a los herederos de la empresa privativa decidir libremente sobre su enajenación, lo que supondrá la pérdida de una fuente de ingresos de la comunidad. La previsión legal de que quedarán subrogados los bienes o caudales procedentes de la enajenación (art. 63 C.A.) parece insuficiente y hubiera sido deseable imponer alguna limitación a esta facultad de disposición. En todo caso, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que exista usufructo de viudedad, cuyo régimen alteraría la anterior afirmación, aun cuando se tratase de un empresa privativa del causante.

En todo caso, es indudable la utilidad de la continuación de la comunidad conyugal para la continuidad en la empresa familiar que tuviera carácter consorcial. La continuación se hace depender, como queda expuesto, de la existencia de una empresa de carácter familiar y su consecuencia es el aplazamiento de la liquidación del patrimonio conyugal, lo que conlleva la continuidad de la actividad de la empresa sin interrupción.

Aun cuando la continuación de la comunidad económico-conyugal entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto se presenta como una facultad ofrecida por el legislador a los cónyuges, en algún caso, la función tuitiva de menores de edad lleva a imponer la continuación con carácter obligatorio.

Dispone, en efecto, el artículo 60 C.A. que al fallecimiento de uno los cónyuges continúa la comunidad entre el sobreviviente y los herederos del premuerto siempre que los ingresos de la comunidad procedan fundamentalmente de una explotación agrícola, ganadera, mercantil o industrial y se dé alguna de las siguientes situaciones (arts. 60-61 C.A.).

- a) Pacto de los cónyuges en capitulaciones matrimoniales.
- b) Disposición de ambos en testamento mancomunado.
- c) Acuerdo entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto.
- d) Tácito consentimiento: si ninguno de los interesados notifica a los demás su voluntad en contrario en término de un año desde el fallecimiento.
- e) Continuación forzosa: si, no habiendo descendientes de uno solo de los cónyuges, hubiera menores de edad, en cuyo caso no surte efecto la voluntad en contrario.

De estos supuestos, la previsión en capitulaciones o testamento mancomunado y la continuación forzosa permiten, en lo que a la empresa familiar se refiere, la continuidad de su actividad sin interrupción; el supuesto de tácito consentimiento, también implicará la continuidad en tanto no se manifieste una voluntad en contrario; en cambio, la continuación por acuerdo puede implicar un período de vacío de poder en tanto el acuerdo no se produzca.

El empresario habrá de tener en cuenta que la ley atribuye la gestión y administración de la comunidad, comprendiendo la de la empresa misma, al cónyuge viudo, aun cuando éste puede exigir la colaboración de los partícipes que reciban alimentos o sean atendidos con cargo a la comunidad. Nada impide que el cónyuge administrador nombre factor a cualquiera de los partícipes que viniera ya colaborando en la dirección de la empresa. Tampoco debe existir inconveniente para que de común acuerdo los partícipes adopten las decisiones que estimen oportunas en torno a la dirección de la empresa.

En todo caso, la ley impone al gestor administrador la necesidad de recabar el acuerdo unánime de los partícipes o la autorización judicial supletoria para la realización de actos dispositivos. Obviamente, entre estos actos dispositivos no pueden estar comprendidos los que constituyan el objeto propio del giro o tráfico de la empresa, sino sólo aquéllos que impliquen la enajenación de la propia empresa o de elementos de la misma indispensables para la realización de su actividad o que influyan de modo determinante en su rendimiento.

Por otra parte, el dolo o negligencia en la administración es causa que permite pedir la extinción de la comunidad que se producirá siempre que de aquella conducta derive grave perjuicio para los intereses familiares (art. 68 C.A.).

También se extinguirá la comunidad por muerte o renuncia del cónyuge a su participación; por la voluntad del cónyuge superviviente o de la mayoría de los partícipes, con mayor motivo por el acuerdo unánime de todos los interesados; en cambio, la muerte o la separación de uno de los herederos partícipes no produce por sí misma la disolución de la comunidad, previéndose la posibilidad de la adquisición de su parte por otro de los partícipes o por la comunidad, con reajuste de las cuotas, cuando no recayera en descendientes del fallecido.

Lo que interesa poner de manifiesto es que en el momento de la extinción se reproducirán las cuestiones relativas a la sucesión en la empresa. Será en ese momento cuando se harán efectivas las previsiones voluntarias del empresario o las legales supletorias acerca de la transmisión de la titularidad de la empresa. La continuación de la comunidad no hace sino aplazar en el tiempo el fenómeno de la sucesión.

Una particular consecuencia derivada de la continuación de la comunidad conyugal es su compatibilidad con el usufructo del cónyuge viudo, expresamente declarada por el

artículo 60 C.A. La doctrina interpreta unánimemente esta compatibilidad como la coexistencia de la comunidad y del usufructo, si bien quedando éste temporalmente reducido en cuanto a las facultades del usufructuario, tanto en la gestión de los bienes como en la percepción de frutos y rendimientos, al ser preferentes las normas de gestión y atribución de frutos de la comunidad conyugal continuada: ingresan en el patrimonio común los frutos y rendimientos de explotación de los bienes de la comunidad y de los que eran privativos de cada cónyuge, así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellas. El usufructo de viudedad recobrará su contenido normal en caso de extinción de la comunidad por causa que no produzca al propio tiempo la extinción de aquél (muerte del usufructuario, dolo o negligencia en la administración, etc.).

¿Qué ocurre con las deudas y los créditos, así como con los contratos en vigor, en relación con la empresa ?

La Compilación ha establecido una regla general de continuidad: son cargas de la comunidad continuada las deudas y responsabilidades de la anterior comunidad conyugal (art. 64) y durante la continuación regirá en materia de deudas de gestión las mismas normas que durante la comunidad conyugal (art. 66 C.A.).

La comunidad, y al frente de ella, el cónyuge administrador deberá responder frente a los acreedores de las deudas anteriores que fueran responsabilidad de los bienes comunes; el administrador obligará siempre a estos bienes en el ejercicio de sus funciones y responderá, en defecto de bienes comunes, con los suyos propios, sin perjuicio de poder exigir a los partícipes la parte proporcional correspondiente (art. 66 C.A.).

Se ha planteado la posibilidad de que cuando participen en la gestión de la empresa el cónyuge viudo y otros partícipes se constituya de hecho una sociedad irregular. En tal caso, la responsabilidad frente a los acreedores sería solidaria de todos los que participan en la gestión. Y esta responsabilidad se extenderá, a falta de bienes comunes, a los propios de los partícipes.

IV. LA TRANSMISIÓN DE LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA: LA LEGÍTIMA COMO LÍMITE DE LA VOLUNTAD DEL EMPRESARIO

A falta de normas específicas para la sucesión en la titularidad de la empresa, habrá que acudir a las normas sucesorias generales, en las que se encuentran mecanismos para esos objetivos perseguidos por el empresario: elegir un sucesor para asegurar la conservación de la empresa, compensar económicamente a los no elegidos, y garantizar la subsistencia definitiva de la empresa y, desde el primer momento, la continuidad de la explotación.

El Derecho aragonés se muestra extraordinariamente espléndido con la voluntad individual para decidir el destino de los bienes después de la muerte: el causante no tiene más límites, ajenos a su voluntad, que los derivados del régimen legitimario. Los generales del *standum est chartae* a que también alude el artículo 3.º L. 1/99 no son extraños totalmente a su voluntad. Confirma el artículo 149 de la nueva Ley que «quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos, a favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder», mientras que «el que tenga legitimarios sólo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que se establecen en esta Ley».

El régimen legitimario es, por tanto, un límite a la libertad de decisión del empresario,

pero no es el único. Fuera de la autonomía de su voluntad, total o parcialmente y coartándola, se encuentra también el régimen aplicable a las relaciones jurídicas en vigor, particularmente, la responsabilidad por las deudas pendientes, y, en su caso, la viudedad que el causante debe también respetar. Me referiré ahora al sistema legitimario aragonés.

La Ley impone que una mitad del caudal hereditario ha de ser para los descendientes y que ha de ser pagada, en principio, con bienes del caudal relicto; la lesión, cuantitativa o cualitativa, se repara mediante la reducción de liberalidades hechas a favor de no legitimarios.

Ahora bien, la legítima puede ser distribuida entre los descendientes en la forma que disponga libremente el causante —sólo en defecto de su voluntad, se impone la distribución igualitaria— (art. 171 L. 1/99). Además, el causante es también libre a la hora de elegir la forma en que realice la atribución de la legítima: puede asignarla por cualquier título lucrativo, herencia, legado, donación inter vivos. Cabe, por tanto, dejar la empresa a un legitimario, cualquiera que sea su valor, por cualquier título.

Si se deja a quien no sea legitimario, la disposición puede verse expuesta a reducción si se produce una lesión, cuantitativa o cualitativa, a la legítima, por absorber la empresa el mayor valor del caudal relicto. El legislador, sin embargo, ha previsto una medida correctora de los efectos de la reducción cuando pudiera afectar a un «bien o conjunto de bienes que no admite cómoda división», que puede ser utilizada para el caso de la empresa: la reducción puede ser evitada por el beneficiario mediante una compensación en metálico a los legitimarios. Ahora bien, hay una posibilidad de que la previsión del empresario quede ineficaz: si el beneficiario y el legitimario no se ponen de acuerdo sobre la compensación y el importe de la reducción a realizar absorbe la mitad del valor de la empresa, la titularidad de la empresa no sería para el sucesor elegido por el empresario, sino para el legitimario. Sólo el cónyuge viudo ostenta siempre el derecho a evitar la reducción de las liberalidades a su favor compensando en metálico la legítima (arts. 181 L. 1/99).

La misma posibilidad de evitar la reducción de la disposición inoficiosa de la empresa a favor de un no legitimario existe en caso de lesión cualitativa de la legítima, es decir, cuando se incumpla el deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para completar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables (art. 182 L. 1/99).

La Ley ofrece otros mecanismos que pueden ser útiles al empresario. Por ejemplo, la L. 1/99 permite al causante utilizar cautelas de opción compensatoria, es decir, ofrecer a un legitimario la opción entre una atribución mayor sujeta a gravamen o menor libre de él, lo que puede resultar de interés si se quiere dejar la empresa a un legitimario con la carga de atender a otros legitimarios, cuando el valor de la empresa absorba la mayor parte del caudal relicto (arts. 185, 186 L. 1/99).

En el mismo sentido, hay que tener en cuenta que la ley permite al causante imponer toda clase de condiciones al heredero o legatario, las cuales serán válidas si no son imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, citando como válida, entre otras, la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa a favor del disponente o de otra persona (art. 161 L.1/99).

Así pues, puede el empresario designar como sucesor a una persona sin límite alguno, si se trata de un descendiente, y con respeto a la legítima, en otro caso, con posibilidad de imponer al heredero o legatario la carga de atender o hacer disposiciones a favor de los legitimarios no elegidos.

La disposición puede hacerse a título de herencia o de legado; en el primer caso, cabe la modalidad del heredero «ex re certa», al que se equipara la institución en usufructo; en el segundo, puede el legatario coexistir con heredero o sólo con otros legatarios si toda la herencia se distribuye en legados. Nada impide que, respetando la legítima, sea designado heredero un extraño.

Si el causante se decide por la elección de varios sucesores será conveniente, no obstante, que utilice fórmulas legales para impedir la división de la empresa y facilitar su gestión.

Puede, en primer término, con respeto a la legítima, hacer él mismo la partición de toda o parte de la herencia y, por tanto, adjudicar la empresa de la forma que estime más conveniente, o establecer normas vinculantes para su realización (art. 53 L. 1/99).

Puede, asimismo, prohibir la división de la empresa por un tiempo determinado, que no puede exceder de quince años o de la duración del usufructo vidual, en su caso. Los partícipes pueden también imponerse la indivisión por un plazo de 15 años. En ambos casos podrá prorrogarse la indivisión por plazos de 15 años. La medida es, relativamente, útil, ya que cabe pedir la división judicial por justa causa en cualquier momento (art. 50 L. 1/99).

En este caso, parece imprescindible adoptar alguna medida en torno a la administración, a que después nos referiremos, por los inconvenientes que para la ordinaria gestión puede representar la existencia de una comunidad de titulares.

No parece posible, y hubiera sido deseable que la L. 1/99 lo hubiera previsto favorablemente, aplicar a la empresa adquirida en proindiviso las reglas del consorcio foral (art. 58). La explícita mención de bienes inmuebles concretos no lo permite, pese a la evidente identidad de razón y el interés mayor en este caso de la conservación unitaria del patrimonio empresarial (SÁNCHEZ-FRIERA). No obstante, el carácter plenamente facultativo, no sólo para el disponente, sino también para los partícipes, le hace perder utilidad a los efectos que examinamos. Otra cosa es que el propio causante impusiera un régimen similar al del consorcio, excluyendo, al menos temporalmente, la posibilidad de disolución.

En cambio, entiendo aplicable y sumamente interesante la posibilidad de que el causante pueda realizar una atribución a favor de una persona jurídica que él mismo cree u ordene crear: aunque sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión, tendrá capacidad para adquirir la atribución patrimonial ordenada por el causante desde que tenga personalidad, pero los efectos se retrotraerán al momento de la delación (art. 12). Los amplios términos del precepto permiten al empresario, que deja una pluralidad de sucesores, imponer la constitución de una sociedad mercantil como titular de la empresa y predeterminar su régimen mediante un protocolo familiar incorporado, en su caso, al testamento.

Todas estas posibilidades de sucesión, única o plural, a título universal o particular, pueden darse en el Derecho aragonés sin esperar al fallecimiento del empresario, mediante los pactos sucesorios, que permiten al empresario anticipar su sucesión cuando así lo considere conveniente o preverla con la ventaja del carácter vinculante del pacto, que dificulta tanto la revocación por el instituyente como la renuncia del instituido, una vez fallecido el instituyente.

Los pactos sucesorios en sus múltiples modalidades, incluida la donación universal o particular, que equivale a pacto sucesorio, permiten la incorporación del elegido a las actividades de la empresa, si se opta por la entrega actual de bienes (institución de presente,

arts. 74-76), o simplemente un mayor compromiso, si se opta por demorar la entrega al tiempo del fallecimiento (institución para después de los días, arts. 77-79 L. 1/99). Particularmente, la coparticipación del elegido puede hacerse efectiva en la institución con reserva para el instituyente del usufructo y señorío mayor, que la ley (art. 73) preve en el hereamiento de la casa y que es aplicable, por analogía, a la empresa familiar.

Para ambos supuestos preve la nueva Ley el régimen de responsabilidad por las deudas del instituyente: en la institución de presente, los acreedores del instituyente por deudas anteriores a la transmisión gozan de preferencia sobre los bienes transmitidos respecto de los acreedores del instituido; en la institución para después de los días, a falta de transmisión actual, los bienes objeto de la institución siguen respondiendo de las deudas contraídas por el instituyente.

Asimismo se establece un diferente régimen de disposición: en la institución de presente, el poder de disposición corresponde al instituido, mientras que en la institución para después de los días, es el instituyente el que puede disponer, si bien precisa del consentimiento del instituido en actos a título lucrativo.

El título de atribución de la empresa, universal o particular, herencia o legado, no es indiferente puesto que influye en el régimen de las relaciones jurídicas en vigor y en la responsabilidad por las deudas del causante, que juega, como antes decía, como un segundo límite de la voluntad. El disponente no puede alterar relaciones jurídicas que afectan a tercero, ni puede convertir en heredero o legatario a quien no asuma los efectos propios de la respectiva condición (GARCÍA ALMAZOR). Examinemos detenidamente esta cuestión.

V. LAS DEUDAS Y RELACIONES JURÍDICAS DEL EMPRESARIO TRAS LA SUCESIÓN: ÁMBITO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

A) Responsabilidad por las deudas de la empresa

La empresa no es sujeto sino objeto de derecho: por tanto, no es titular de créditos o deudas, y no asume la responsabilidad de éstas, que corresponde, exclusivamente, a la persona del empresario.

Cuando el empresario adopta la forma de persona jurídica, sea o no sociedad mercantil, existe entonces un sujeto distinto del propio empresario que unifica las relaciones jurídicas derivadas de la actividad empresarial. Aun cuando se trate de una sociedad unipersonal, la falta del empresario no determina cambio alguno en esas relaciones jurídicas.

Caso distinto es el del empresario individual. La empresa es un conjunto de bienes y derechos, cargas y obligaciones, unificadas por la organización, pero integradas aisladamente en el patrimonio del empresario. Es éste su único titular. Faltando éste, quedan, como el resto de sus bienes, sin titular.

No goza de una absoluta libertad el empresario para determinar el destino de sus deudas, como antes decía, por cuanto afectan a terceras personas para las que no es indiferente la persona del deudor. La previsión del empresario-causante puede tener efectos internos, entre sus herederos y el adquirente de la empresa, pero no vinculará a sus acreedores. La Ley no quiere, ni puede dejar a la voluntad del deudor el destino de los derechos del acreedor.

Es el heredero, por ministerio de la ley, quien adquiere los bienes y derechos dejados

por el causante, quien se subroga en sus obligaciones y quien debe cumplir sus cargas (art. 7 L. 1/99). El heredero paga a los acreedores, cobra los créditos y cumple, en su caso, los legados dispuestos por el testador (art. 45 L. 1/99)

Por tradición, esta responsabilidad del heredero está limitada en Aragón al caudal heredado, sin necesidad de que se otorgue expresamente la aceptación a beneficio de inventario. Los acreedores no pueden, en principio, perseguir los bienes propios del heredero. Únicamente, podrán hacerlo si el heredero hubiera enajenado o consumido bienes heredados o los hubiera empleado en pagar créditos no vencidos o se hubieran deteriorado o perdido por su culpa y no pudieran los acreedores ser satisfechos con los bienes restantes de la herencia: en este caso el acreedor puede perseguir bienes propios del heredero, si bien la responsabilidad de éste queda limitada también al valor de lo recibido en herencia de lo que hubiera dispuesto o que, por su culpa, se hubiera perdido o deteriorado (art. 40 L. 1/99). El heredero puede defenderse de la agresión no permitida de sus bienes propios mediante la tercería de dominio prevista en el artículo 43 L. 1/99, medida concorde con la no confusión de patrimonios establecida en el artículo 42.

Por otro lado, los acreedores de la herencia tienen sobre los bienes heredados preferencia de cobro respecto de los legatarios y de los acreedores particulares del heredero, pero no sobre los bienes propios del heredero, para los que, en caso de concurrencia de acreedores de la herencia y del heredero, regirá lo establecido en el Código Civil (art. 44 L. 1/99).

Existiendo varios herederos, estos responden de forma conjunta mientras no se ha efectuado la partición y de forma solidaria, una vez efectuada ésta, hasta el límite de su participación (arts. 54 y 56.1 L. 1/99). A tal efecto, el demandado puede hacer llamar al proceso a sus coherederos, salvo que por disposición del causante o su fiduciario o a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda (art. 56.3 L. 1/99). Éste es, por tanto, el único efecto de una atribución de responsabilidad por el disponente: impedir que sean llamados a juicio los coherederos no demandados, pero no excluye la posibilidad de que el acreedor accione directamente contra todos o cualquiera de ellos, según los casos.

Teniendo en cuenta esta normativa, se plantearán problemas cuando el sucesor del empresario no lo sea en concepto de heredero universal, ya sea como legatario, ya como heredero «ex re certa».

El heredero «ex re certa» responde de las deudas, de todas las de la herencia, en proporción al valor de lo recibido (arts. 152 L. 1/99). Al heredero «ex re certa» se equipara el instituido en usufructo de toda o parte de la herencia, posibilidad ésta que puede ser útil para diversificar los papeles en cuanto a la dirección de la empresa familiar y la atribución de sus rendimientos, al menos temporalmente, designando herederos en nuda propiedad y usufructo a personas diferentes.

En cambio el legatario, aun siéndolo de parte alícuota, no responde, al menos frente a terceros, de las deudas del causante, que son asumidas por el heredero, salvo cuando toda la herencia se distribuye en legados. Señala el artículo 153 L. 1/99 que «si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia.»

Por ello, si el empresario opta por disponer de la empresa a título de legado, será el heredero y no el legatario el que responda con sus bienes frente a los acreedores, sin perjuicio de que, si así se hubiera previsto, pueda repetir contra el legatario cuando se trate de

deudas derivadas de la actividad empresarial. Lo mismo cabe decir de los créditos, que deberán ser hechos efectivos por el heredero, con igual obligación. Todo ello, claro está, salvo que los acreedores o deudores presten sus consentimiento a la asunción de la deuda o del crédito por parte del legatario.

Excepcionalmente, puede ocurrir que el legatario sí se vea afectado por las deudas existentes cuando los bienes restantes no sean suficientes para satisfacer a los acreedores ya que éstos tienen preferencia sobre los legatarios y los legados no se entregan sino después de haber sido satisfechos los acreedores del causante (artículo 44 y 45 L. 1/99).

Además, el legatario asumirá la responsabilidad proporcional de las deudas del causante si toda la herencia se distribuye en legados. Señala el artículo 154 L. 1/99 que «si la voluntad del disponente ha sido distribuir toda la herencia en legados, se prorratearán las deudas y cargas entre los legatarios en proporción a sus cuotas, a no ser que se hubiera previsto otra cosa» y esta responsabilidad se mantendrá aunque concurrieran con herederos legales sobrevenidos por aparecer nuevos bienes no adjudicados por el causante. Cabe también en este caso que el empresario disponga de la empresa a título de legado imponiendo al legatario la responsabilidad sólo de las deudas de la empresa.

Por otro lado, baste recordar aquí que los acreedores de la herencia pueden oponerse a la partición hereditaria hasta tanto se les pague o garantice el pago del crédito y que los acreedores particulares de un heredero pueden intervenir, a su costa, en la partición (art. 55 L 1/99).

B) Relaciones jurídicas en vigor

Aun cuando lo deseable y lo razonable es que el adquirente de la empresa por cualquier título quede subrogado en lugar del empresario-transmitente en todas las relaciones jurídicas en vigor, la falta de tratamiento unitario de la sucesión en la empresa impide aceptar incondicionadamente esta afirmación.

Sólo el adquirente a título de heredero puede quedar subrogado con carácter general en las relaciones jurídicas en vigor. La determinación en contrario del empresario no vinculará a la otra parte contratante sino cuando una norma legal así lo imponga (p.ej., art. 33 L.A.U.) o cuando voluntariamente acepte la cesión del contrato.

Señala DÍEZ-PICAZO, en relación con el legado de empresa, que escindir los contratos pendientes de ejecución de los demás elementos de la empresa es amputar gravemente no sólo el legado, sino la propia empresa. En la voluntad del causante que dispone el legado está, sin duda, que en el legado se comprendan los contratos en vigor, y esa voluntad vincula desde luego al heredero, y también al legatario, estando ambos obligados a formalizar una cesión de contratos. En cambio, no obliga a la otra parte contratante, que deberá consentir la sustitución, bien expresamente, bien tácitamente (continuando la ejecución o, al menos, no denunciando la sustitución una vez conocida la transmisión de la empresa).

Esta solución puede ser, sin embargo, matizada en contratos directamente relacionados con la actividad de la empresa, como el arrendamiento del local en que la empresa esté establecida. La subrogación, en este caso, por ministerio de la ley, corresponde al legatario como sucesor en la titularidad de la empresa (artículo 33 L.A.U.).

Particular relevancia tendrá la solución a adoptar si se trata de un arrendamiento financiero, en el que la condición de arrendatario lleva inherente el derecho de adquisición del

local a un precio inferior (valor residual) por razón de las cantidades ya satisfechas por el causante. Parece claro que el ejercicio del derecho de opción inherente al contrato deberá ser ejercitado por quien se subrogue en él, que será, según lo expuesto, el legatario, siendo dudoso si debería imputarse a la herencia la parte de las cuotas satisfechas hasta la muerte del empresario correspondiente a financiación de la adquisición para reducir el valor residual a efectos del ejercicio del derecho de opción.

VI. LA VIUDEDAD EN RELACIÓN CON LA EMPRESA FAMILIAR

No hay duda de que la empresa familiar se ve afectada por este derecho del cónyuge viudo, que tiene en el Derecho aragonés una particular significación. Como todos sabemos, el Derecho aragonés lo configura como de carácter familiar, más que sucesorio, por razón de su finalidad: la conservación de la unidad de la familia en torno a la unidad del patrimonio familiar. No obstante, el que sus efectos se manifiesten, en gran parte, al fallecimiento de uno de los cónyuges justifica su tratamiento en este lugar.

La viudedad nace como transformación en usufructo del expectante derecho que pesa sobre todos los bienes pertenecientes a uno de los cónyuges durante el matrimonio. Respecto de los bienes muebles se limita a los que pertenezcan al causante al tiempo de su muerte, mientras que respecto de los inmuebles se extiende también a aquéllos que hubieran sido enajenados por su titular sin haber obtenido la renuncia del cónyuge a su expectante derecho de viudedad.

Varias observaciones impone la existencia de una empresa familiar a este respecto:

1.^a La empresa es uno de los bienes a los que siempre se extiende la viudedad, cuando uno de los cónyuges quiere reducir el derecho de viudedad del otro, conforme a lo indicado por el artículo 72 C.A.

2.^a A estos efectos la Compilación contempla la empresa de una forma unitaria, al referirse a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales con cuantos elementos estén afectos a unas y otras, de modo que, como entiende de forma unánime la doctrina, la viudedad se extenderá no sólo al inmovilizado (edificios, fábricas, oficinas, etc.), sino también a los muebles (materias primas, mercaderías, mobiliario, etc.) y a los bienes inmateriales (derechos de propiedad intelectual e industrial). El único requisito es su afectación a la actividad empresarial (art. 39 C.A.).

3.^a No preve la Compilación la posibilidad de conmutación del usufructo de viudedad por un capital, una renta o unos bienes concretos. No puede imponerla, por tanto, el causante. Dada la posibilidad de renuncia reconocida al viudo, es admisible que pacte con los herederos una renuncia al usufructo a cambio o no de una contraprestación.

Por tanto, producido el fallecimiento del empresario, su cónyuge va a adquirir el usufructo de la empresa, si no concurre alguna de las causas de pérdida de la viudedad. Y esto ocurrirá no sólo respecto de la empresa todavía perteneciente al causante, sino también respecto de la que éste hubiera transmitido en vida sin contar con la renuncia del cónyuge a su expectante derecho de viudedad.

La disociación del usufructo y la nuda propiedad, que corresponderá a quien haya determinado el causante o prevea la ley, plantea, en cuanto a la empresa se refiere, el problema de la atribución de su administración. Contemplamos el supuesto de empresa indi-

vidual, puesto que la empresa con titularidad societaria tiene ya previsto su régimen de administración y el fallecimiento del empresario no debe provocar alteraciones en el mismo.

Suele distinguirse a estos efectos entre el usufructo no gerencial, que daría derecho a percibir los beneficios derivados de la actividad empresarial sin intervención en su dirección, y el usufructo gerencial, que atribuye, además, a su titular las facultades de administración.

La normativa aragonesa no deja lugar a dudas sobre el carácter gerencial del usufructo de viudedad, si bien se atribuye al nudo propietario una facultad de control o supervisión, que puede llegar a convertir el usufructo gerencial en una mera renta vitalicia. Así lo deduce Vicente SANTOS de las normas relativas al inventario y la fianza (art. 80 C.A.), de la posibilidad de adoptar las medidas cautelares previstas en el artículo 81 y la sanción del artículo 82, y de las previsiones sobre frutos, gastos, expensas, mejoras y reparaciones del artículo 84. Pero, sobre todo, existen referencias bastantes explícitas en los artículos 85 y 87 en materia de administración.

En efecto, el artículo 85 C.A. reconoce implícitamente la condición de administrador al viudo usufructuario cuando permite a los nudo-propietarios acudir al Juez o a la Junta de Parientes si el viudo no hace caso de las indicaciones que le hicieran sobre la administración, debiendo entenderse que por implicar la actuación negligente del viudo un riesgo de pérdida o disminución del valor de los bienes. Por su parte, el artículo 87 C.A. añade que, si el usufructuario no cumpliera lo acordado por el Juez o la Junta de Parientes, podrán aquéllos pedir la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta vitalicia.

La entrega de los bienes y la conversión de la viudedad, sin dejar de serlo, en el derecho a una renta vitalicia provocará que pase la administración de la empresa a los nudo-propietarios, convertidos ya, por la extinción del usufructo, en plenos propietarios. Y en este momento es cuando se producirá, en su caso, la sustitución del empresario único por una pluralidad de titulares si eran más de uno los nudo-propietarios. Es pensando en este momento como debe el empresario adoptar las decisiones acerca de su sucesión.

No debe olvidarse, por otro lado, que esta misma situación podrá darse también cuando se produzca la extinción de la viudedad misma, sin derecho a renta vitalicia, por las causas previstas en el artículo 86 C.A. Entre ellas, por cierto, se menciona el incumplimiento con negligencia grave o malicia de las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad. ¿Cuándo se estará en el caso del artículo 86 y cuándo en el del artículo 87? Parece que la gravedad de la negligencia determinará una u otra sanción, correspondiendo la decisión, según los casos, a la Junta de Parientes o al Juez.

La facultad de administrar la empresa atribuida al viudo por su condición de usufructuario plantea la problemática del alcance de sus facultades, particularmente por el límite natural del usufructo expresado en el principio «salva rerum substantia».

Las dificultades que puedan plantearse en cada caso concreto quedan obviadas por ese derecho de control de los nudo-propietarios. Parece claro que el usufructuario debe organizar la empresa de modo que se produzca de forma ordinaria el aprovisionamiento de materias primas o productos y la enajenación de los objetos que constituye el giro o tráfico de la empresa. De no hacerlo así, incurriría en la negligencia que puede producir, como hemos visto, la sustitución o extinción del usufructo. Entre esos productos se encontrarán, en su caso, bienes inmuebles, si éstos constituyen el objeto sobre el que recae la actividad

empresarial (empresas promotoras o constructoras). Y, si embargo, mucho me temo que para la enajenación de bienes inmuebles, que, al no ostentar la empresa condición de persona jurídica, serán de la propiedad de los nudo-propietarios con el gravamen del usufructo, será necesario que concurra en cada caso el consentimiento de ambos: así lo preve expresamente el artículo 83 L. 1/99. De ahí la conveniencia del nombramiento de un factor o representante, al que se otorgue poder suficiente por parte de aquéllos. Lo que sí es claro es que la disposición de los productos del giro o tráfico de la empresa no implica, por sí sola, vulneración del criterio «salva rerum substantia».

Obviamente, las facultades del usufructuario en ningún caso le autorizarán a disponer de la empresa en sí, ni de los elementos indispensables para el ejercicio de su actividad, para lo que requeriría siempre el consentimiento de los nudo-propietarios, pero sí cabrá que la ceda en arrendamiento, incluso a los propios nudopropietarios.

En cuanto al régimen de los créditos y las deudas del empresario y los contratos en vigor es aplicable la regla general de que, no siendo el usufructuario heredero, no asumirá la titularidad que correspondía al causante sin consentimiento de la otra parte, sino que ésta pasará al nudo-propietario heredero. Entiendo, no obstante, que las consecuencias de los créditos, deudas y contratos que afecten directamente a la actividad de la empresa deberán repercutir finalmente en el usufructuario, si bien sólo en la relación interna entre heredero y usufructuario.

En resumen, cabe decir que la viudedad es una garantía para la continuidad de la empresa, puesto que desde el primer momento existe una persona autorizada para tomar decisiones sobre la misma. Ahora bien, a la vez, es un límite para la libre determinación del empresario, que no puede prescindir del cónyuge viudo, y no resuelve, sino que aplaza, la problemática sobre la continuidad en la titularidad y dirección definitiva de la empresa.

¿Qué ocurrirá si el cónyuge viudo no se considera capacitado para la administración de la empresa? ¿Cabe pactar una transformación del usufructo? Creo que dada la posibilidad de renunciar total o parcialmente al usufructo (artículo 74 C.A.) (artículo 44 L. 1/99) y la de pactar con los herederos lo que estime oportuno respetando las cargas del usufructo siempre que no haya descendencia del cónyuge premuerto (art. 83 C.A.), no veo inconveniente para que pueda pactarse la conmutación del usufructo sobre la empresa en una renta o en un capital siempre que no haya descendientes o habiéndolos sean todos ellos los nudo-propietarios, que quedarían dueños de aquélla en pleno dominio.

VII. LA EMPRESA EN LA HERENCIA YACENTE: CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Uno de los problemas que plantea la sucesión es, como queda dicho, el de evitar la interrupción de la normal actividad de la empresa por la imprevista falta del empresario. El fallecimiento de una persona determina la apertura de su sucesión y quien llega a ser heredero lo es desde ese mismo momento, pero hasta tanto se presta la aceptación la herencia carece de titular (art. 9 L. 1/99). Es necesario, por tanto, determinar quién asume la capacidad de decisión en esa situación. Una empresa no tolera la falta de dirección.

Indudablemente, lo mejor es que el empresario tenga designada la persona que lo sustituye o puede hacer sus veces, incluso estando él mismo en activo. El Código de Comercio, atento a las exigencias del tráfico mercantil, preve que esa persona pueda continuar en

el cargo, incluso tras la muerte del empresario, en tanto el nuevo titular adopta las decisiones que estime conveniente: el factor, apoderado general para dirigir el giro o tráfico de la empresa, está autorizado para administrar y dirigir la empresa y sus facultades no cesan «no obstante la muerte de su principal o de la persona de quien en debida forma los hubiera recibido» (art. 290 C.co).

Haya o no adoptado esta decisión, puede el empresario, en el ámbito de las disposiciones sucesorias aragonesas, tomar medidas que permitan atender correctamente la continuidad de la empresa.

Conforme al artículo 9 L. 1/99, la administración de la herencia yacente corresponderá a la persona que hubiera designado, en su caso, el causante. En su defecto, los llamados como herederos pueden realizar actos dirigidos, exclusivamente, a conservar y administrar la herencia, así como instar el nombramiento de un administrador judicial, conforme a lo que dispongan las leyes procesales. De esta normativa se excluye el supuesto de existir fiduciario, por cuanto la administración de la herencia en tal caso, también de yacencia, está sujeta a una regulación especial, así como el de supervivencia del cónyuge, por el instituto de la viudedad, y el de la continuación de la comunidad conyugal, en su caso, en los términos que después veremos.

Yacente la herencia, y a falta de viudedad y fiducia o continuación de la comunidad conyugal, se atiende en primer término a lo dispuesto por el causante, que puede nombrar un administrador de la herencia. En su defecto, el heredero único o todos los llamados quedan facultados para administrarla o para solicitar del Juez el nombramiento de un administrador.

Entiendo que las facultades concedidas al causante y a los herederos podrían quedar referidas limitadamente a la propia empresa, sin hacerse extensivas a todo el caudal relicto. Es decir, puede el causante nombrar y los herederos pedir al Juez un administrador sólo de la empresa que existiera en el caudal relicto, asumiendo ellos mismos la administración del resto de los bienes, o a la inversa.

La administración de la empresa comporta realizar todo aquello que constituye su actividad normal, lo que la hace productiva, y puede requerir realizar actos que, objetivamente, son de alcance dispositivo, como la enajenación de los productos de la actividad empresarial, que constituyen el giro o tráfico habitual de la empresa. Tales actos dispositivos deben quedar incluidos dentro de las facultades del administrador de la herencia y, en su caso, de la empresa. Problema especial presenta el caso de actividad empresarial que implica la enajenación de inmuebles: ¿debe extenderse a ellos la doctrina expuesta sobre el alcance de las facultades del administrador de la empresa? La respuesta debería ser afirmativa, si bien se enfrenta a la espinosa cuestión de la prueba de que los inmuebles son, precisamente, resultado de la actividad habitual del empresario, como se plantea ya en el ámbito del empresario casado bajo el régimen legal supletorio de nuestra Compilación.

En cuanto a la administración por los herederos, la nueva Ley hace salvedad de que la realización de meros actos de administración no comporta aceptación de la herencia. A estos efectos, habrá que estar a cada caso concreto para determinar si la realización de un acto implica o no la voluntad de aceptar la herencia, pero la doctrina es unánime en considerar que deben reputarse actos de mera administración los comprendidos en el giro y tráfico de la empresa, aun cuando tenga alcance dispositivo, como indispensables para la subsistencia de la misma, y que, por tanto, su realización no implicará necesariamente la aceptación de la herencia por el llamado.

Por lo demás, el régimen de comunidad exigirá la adopción de acuerdos por mayoría, cuando no la unanimidad, por lo que resultará conveniente el nombramiento de un factor o apoderado, para evitar el entorpecimiento de la actividad normal de la empresa.

Los mercantilistas han defendido la posibilidad de que la actuación conjunta de los herederos en la gestión de la empresa puede permitir apreciar la existencia de una «*affectio societatis*» que, al menos, en el orden interno facilitase el funcionamiento de la empresa, al entender constituida una sociedad irregular o de hecho. Desde luego, no existiría frente a terceros una personalidad jurídica distinta de la de los cotitulares, ni se modificaría la responsabilidad solidaria de éstos frente a aquéllos.

No hago referencia a la posibilidad que tiene también el causante de nombrar albacea, por ser ésta materia a la que se aplica supletoriamente el Código Civil. La nueva Ley sólo contiene dos disposiciones referidas al albaceazgo: la entera libertad del causante para nombrar uno o más albaceas con las determinaciones que estime conveniente y el cómputo del plazo en caso de nombramiento en testamento mancomunado (arts. 169 y 170 L.1/99).

VIII. LA FIDUCIA SUCESORIA Y LA EMPRESA FAMILIAR

La fiducia sucesoria no es, en síntesis, más que una delegación de la facultad de disponer por causa de muerte (Adolfo Calatayud) que responde a una doble finalidad: prolongar de momento la unidad de la familia manteniendo la integridad del patrimonio y demorar la elección del heredero para aumentar las posibilidades de acierto (Mariano Alonso). Como puede verse, parece pensada, por tanto, para abordar con éxito el doble objetivo del empresario con ocasión de su sucesión: la continuidad, de momento, y la conservación después de la empresa.

La reforma llevada a cabo por la L. 1/1999 potencia, además, la utilidad de esta figura al conceder más autonomía en su utilización y ofrecer una mejor regulación de su contenido y funcionamiento.

En efecto, si antes la fiducia parecía vinculada necesariamente a persona casada, hoy se reconoce la facultad de utilizarla a «todo aragonés capaz de testar», que puede nombrar uno o varios fiduciarios, con carácter simultáneo o sucesivo y, en el primer caso, de forma solidaria o conjunta (art. 124 L. 1/99). Esto hace inútil la previsión de la L. Aragonesa de Parejas Estables no casadas de 26 de marzo de 1999, que hace extensiva a cada miembro de la pareja la posibilidad de ordenar su sucesión mediante la fiducia.

En cuanto al plazo de ejercicio, se otorga al comitente libertad para fijarlo y, en defecto de fijación, se limita a tres años, susceptibles de prórroga, salvo cuando se encomiende al cónyuge viudo, en cuyo caso el plazo se extiende a toda su vida. La coincidencia en el cónyuge fiduciario, ordinariamente, del usufructo de viudedad justifica este plazo especial. No obstante, cabe señalar la posibilidad que tienen los interesados para solicitar del Juez, con audiencia del Ministerio Fiscal, que señale un plazo más breve, si la situación de pendencia pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario, medida que se une a las que después veremos para integrar un cierto derecho de control, que puede ser útil cuando en el caudal relicto se encuentre una empresa familiar.

Se ha suprimido ya, con acierto, la remisión al régimen de la comunidad hereditaria para regular la administración y disposición del caudal relicto que antes establecía el artículo 113 de la Compilación. La generalidad de la doctrina había señalado que, pendiente

la asignación por el fiduciario, no puede hablarse de una comunidad hereditaria propiamente dicha, porque los posibles llamados no ostentan derecho alguno, sino, a lo sumo, una mera expectativa, doblemente subordinada: a la asignación por el fiduciario y a la capacidad del designado en el momento de la delación.

La delación, se aclara ahora en la nueva Ley, coincide con el momento de la ejecución de la fiducia o el de su extinción (art. 133 L. 1/99). Pendiente la asignación, dice el artículo 133 de la nueva Ley, la herencia se encuentra en situación de herencia yacente y su administración y disposición se regirá por lo que la propia Ley establece.

En general, la fiducia conlleva la facultad de administrar el patrimonio hereditario, pero puede que no sea así. En caso de fiducia colectiva, cabe que el causante designe un administrador. Con fiduciario individual que no sea el cónyuge viudo, la administración corresponde a éste sobre todo el caudal, mientras sea administrador de la comunidad conyugal conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Compilación; en otro caso, sobre los bienes a que se extienda su usufructo, si lo tuviera. El fiduciario, por tanto, sólo será administrador en defecto de cónyuge viudo o limitadamente a los bienes no usufructuados por éste. Puede ocurrir, por tanto, que concurren dos administradores: el cónyuge viudo y el fiduciario. Con todo, lo normal es que sea el cónyuge quien ostente la administración del patrimonio, en alguno de los conceptos, usufructuario, administrador de la comunidad conyugal o fiduciario.

Una interesante innovación de la L. 1/1999 es la de haber separado la administración de la disposición de los bienes relictos: la facultad de disponer no corresponde al administrador, sino al fiduciario, lo que puede tener importancia en relación con la empresa, cuando el causante quiera designar un administrador distinto del o de los fiduciarios.

La gestión de los negocios que formen parte del caudal relicto corresponde al administrador. A él se atribuye la legitimación activa y pasiva respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario (art. 137 L. 1/99), y entre sus obligaciones se encuentra la de pagar las cargas y deudas de la herencia, así como las obligaciones contraídas por él mismo en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación (art. 136 L. 1/99). De este modo, la atención al funcionamiento normal de la empresa, así como la responsabilidad frente a los acreedores, está asegurada en todo momento.

Por el contrario, la disposición de los bienes relictos es facultad reconocida al fiduciario si bien condicionada a que el comitente le hubiera autorizado para ello o que sea necesaria para atender las obligaciones y cargas del artículo 136 o cuando lo considerara conveniente para sustituirlos por otros (art. 138 L. 1/99). En la fiducia colectiva, la decisión debe tomarse por unanimidad. Me refiero, obviamente, a disposición a título oneroso, porque la disposición a título gratuito es ejercicio de la fiducia y sujeta a su régimen propio (CALATAYUD).

Como novedad, se impone además que, si existen legitimarios, la disposición de los inmuebles por naturaleza y de los muebles como sitios del artículo 39 de la Compilación—entre los que se encuentran las explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o comerciales, es decir, las empresas— exige autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos menores o incapaces, la de la Junta de Parientes o la del Juez Competente (art. 139 L. 1/99).

La distinción entre actos de administración y disposición exige alguna matización en el ámbito de la empresa: no cabe considerar acto dispositivo, sino de mera gestión del negocio, la enajenación de los productos propios del giro o tráfico de la empresa, incluidos, en

su caso, los inmuebles sobre los que recaiga la actividad empresarial. El problema radica en acreditar que los inmuebles son resultado de la actividad empresarial. La nueva Ley facilita, no obstante, la disposición al permitir la al fiduciario con el consentimiento de uno solo de los legitimarios, sin acudir, como antes, al expediente de la previa asignación del inmueble a uno de los legitimarios para su inmediata enajenación.

La enajenación de la propia empresa, o de elementos indispensables para su actividad (establecimiento, fábrica, etc.), en cambio, es siempre un acto dispositivo que, paradójicamente, parece excesivamente facilitado al bastar la autorización de uno solo de los legitimarios con capacidad de obrar.

Es importante también saber, a efectos de la decisión del empresario-causante, que la fiducia se ejerce siempre respetando las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores al nombramiento del fiduciario, y cumpliendo las instrucciones recibidas del comitente sobre ejecución de la fiducia, o sobre la administración y disposición de los bienes sujetos a ella (arts. 124 y 126 L.1/99). El empresario puede tomar así todas las previsiones que considere oportunas para la buena marcha de la empresa, si bien debe tener en cuenta que todas las instrucciones al fiduciario deben constar en testamento o en escritura pública (art. 127 L. 1/99). Del mismo modo puede ser revocado el nombramiento de fiduciario, cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado (art. 128 L. 1/99).

Finalmente, y esto puede tener interés en relación con la empresa familiar, el ejercicio de la fiducia no ha de ser total y unitario, sino que puede hacerse un uso parcial. Cabe así hacer asignación de la empresa, conservando las facultades el fiduciario respecto al resto del caudal relicto o a la inversa según convenga a los intereses de aquélla (art. 142.3 L. 1/99). Por otro lado, será de aplicación a la empresa la previsión del artículo 146 L. 1/99 sobre designación de heredero para la casa o patrimonio cuando no se hayan determinado las normas para su nombramiento o sean de imposible cumplimiento.

IX. CONCLUSIONES

Primera. No existe un concepto generalmente admitido de empresa familiar. Puede ser pequeña, mediana y grande, individual o societaria. La microempresa individual queda íntegramente sometida al Derecho Civil. La empresa societaria se rige, básicamente, por el Derecho Mercantil, aun cuando en el fenómeno sucesorio no pueden dejar de tomarse en consideración las disposiciones de Derecho Civil.

Segunda. La sucesión del empresario, que no de la empresa, comporta diferentes órdenes de problemas. De un lado, problemas de costes (impuestos, compensación económica a sucesores legales no elegidos) o de riesgos (acierto en la elección del sucesor). De otro, la necesidad de garantizar la subsistencia (conservación) de la empresa y la de evitar su paralización momentánea por la falta del empresario (continuidad). Finalmente, el deseo de compensar económicamente a los sucesores no elegidos cuando se opta por designar sucesor sólo a alguno o algunos de los posibles. Tratándose de empresa individual habrá que tomar en cuenta no sólo las normas de Derecho sucesorio, sino también las que regulan el régimen económico matrimonial del causante.

Tercera. En el Derecho aragonés, el régimen económico consorcial contiene normas específicas para el caso de que una empresa perteneciera privativamente a uno de los cónyuges o a ambos con carácter consorcial. Particularmente, la tiene en cuenta a la hora de

disolverse y liquidarse el régimen, incluso para evitar la liquidación precisamente por la dependencia de la familia respecto de los rendimientos de una empresa, privativa o consorcial (comunidad conyugal continuada).

Cuarta. La L. 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (BOA núm. 26, de 4 de marzo, entrada en vigor 23 de abril de 1999) concede al empresario aragonés un amplio margen de libertad para determinar el futuro de la empresa a su muerte o durante su vida (testamento, pacto sucesorio). La legítima, la existencia de deudas y relaciones jurídicas en vigor y la viudedad constituyen los límites de la autonomía de la voluntad del empresario.

Quinta. El empresario aragonés puede ejercer su facultad directamente o a través del instituto de la fiducia, que se ve favorecido por la mayor autonomía y mejor regulación de la Ley 1/1999.

Sexta. La limitación que comporta la legítima está muy flexibilizada por la libertad de distribución entre legitimarios y por la posibilidad de evitar, con una compensación económica, la posible reducción de la disposición gratuita de la empresa a favor de un no legitimario.

Séptima. La viudedad constriñe la libertad del empresario, que no puede conmutar el usufructo por un capital o renta, si bien constituye, a la vez, un eficaz mecanismo para atender a la gestión de la empresa a la muerte del empresario.

Octava. El empresario no es absolutamente libre para disponer sobre las deudas y relaciones jurídicas en vigor sin atenerse al título de atribución (herencia, legado, donación inter vivos).

Novena. El causante empresario tiene en la normativa sucesoria suficientes mecanismos para atender la continuidad de la empresa disponiendo acerca de su administración durante la situación de herencia yacente.

Zaragoza, 13 noviembre 2001

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., «Aproximación a un concepto de empresa familiar», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 43/1998, AEAFF, Madrid.

COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL, «Comentarios breves a la Ley aragonesa de Sucesiones», Librería General, S.A., Zaragoza, 1999.

COMENTARIOS A LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN, Dirigidos por J. L. LACRUZ BERDEJO y J. DELGADO ECHEVERRÍA, Volumen segundo, Zaragoza 1993.

DÍEZ PICAZO, L., «La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. XXXIX, núm. 96, 1965.

FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., «Problemas de la transmisión de la empresa familiar», Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. y REYES LÓPEZ, M. J., «La empresa familiar», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GALLO, M. A., «Etapas en el desarrollo de la empresa familiar» y «La empresa familiar: fortalezas y trampas». LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL DERECHO. Seminario de la UIMP dirigido por Víctor Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA CANTERO, G., «Empresa familiar y sociedad de gananciales» y «Transmisión mortis causa de la empresa familiar». LA EMPRESA FAMILIAR ANTE EL DERECHO. Seminario de la UIMP dirigido por Víctor Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 1995.

GARRIDO DE PALMA, V. M., «La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas». ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL EN HOMENAJE A MANUEL BROSETA PONT, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., «La transmisión «mortis causa» de la empresa en el Derecho Aragonés», tesis doctoral, Zaragoza, septiembre 1981.

PUIG BRUTAU, J., «Testamento del empresario», R.D.P., Tomo XLIV, 1960, pág. 845 y ss.

RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., y AGUSTÍN TORRES, C., «La empresa familiar y el Derecho Civil: aspectos matrimoniales y sucesorios», BOLETÍN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, número 12, 3.ª época, mayo 1999.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., «La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil», Cuadernos 2 Mercantiles, Edersa, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., y CALERO ARTURO, J. F., «La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento...», Comares-Lexconsult, Granada 2000.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M.^a C., «El consorcio foral», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.

SANTOS MARTÍNEZ, V., «Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés», Actas de los Séptimos encuentros del FORO DE DERECHO ARAGONÉS, Zaragoza, 1997.

SIMÓ SANTONJA, V. L., «Aspectos jurídicos, fiscales y económicos de la transmisión gratuita de la empresa», AAMN, XXIV, pág. 123 y ss., EDERSA, 1980.

VALLET MAS, «El empresario creador y el futuro de su empresa», AAMN, XXIV, pág. 193 y ss., EDERSA, 1980.

VICENT CHULIÁ, F., «La organización jurídica de la sociedad familiar», Revista de Derecho Patrimonial, 5/2000, 31 diciembre.

Intervención de D.^a María Ángeles PARRA LUCÁN

**LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN
EN LA SUCESIÓN LEGAL DE LA EMPRESA INDIVIDUAL.
EN ESPECIAL, LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS**

La sucesión de la empresa plantea un conjunto de problemas que deben ser abordados desde una perspectiva interdisciplinaria, que tenga en cuenta al mismo tiempo la normativa de Derecho privado —tanto la del Derecho mercantil, en particular del Derecho de sociedades, como la de Derecho civil, tanto del régimen económico matrimonial como del Derecho de sucesiones— y la normativa fiscal, porque en definitiva puede ser esta última la razón que en la práctica aconseje tomar una u otra decisión.

Se trata de un tema que preocupa intensamente a los empresarios, lo que se refleja en la organización de jornadas en las distintas sedes de las organizaciones comerciales a lo largo de la geografía nacional, con independencia de que exista un Derecho civil propio o no —como ejemplo, la confederación de empresarios de Tenerife, en donde actualmente estoy residiendo, organizó el pasado mes unas jornadas sobre este mismo tema—, pero también en la publicación de monografías específicas y artículos de revistas sobre la sucesión de la empresa familiar y, lo que es más llamativo, en la adopción de medidas legislativas de carácter fiscal. El caso más reciente, por lo que aquí interesa, y del que se ocuparán en la próxima sesión del Foro competentes expertos en la materia, es precisamente el art. 3 de la Ley aragonesa de ordenación económica de 27 de diciembre de 2000. Desde esta perspectiva no es de extrañar, por lo demás, que una norma semejante se ofreciera en las elecciones gallegas por el partido gobernante como medida a incluir en la ley de acompañamiento a los presupuestos del año 2001 en caso de ganar las elecciones.

El interés del tema ha llevado a la publicación de alguna Comunicación y Recomendación de la Comisión europea acerca de la transmisión de las pequeñas y medianas empresas. Conviene resaltar que, en estos textos, junto a la necesidad de mejorar el entorno fiscal de las transmisiones de empresa, se pone de relieve la necesidad de modificar el Derecho de sociedades y el de sucesiones con el propósito de facilitar la continuidad tanto en las llamadas sociedades personalistas como en las individuales. Respecto de estas últimas merece la pena destacar algunas sugerencias, como la de alterar el régimen de la comunidad hereditaria cuando tenga por objeto una empresa, de forma tal que baste con una decisión de la mayoría para pronunciarse sobre el futuro de la misma, sin que un heredero pueda imponer la liquidación; o la de permitir la compensación escalonada a lo largo de varios años para los herederos que no continúen con la empresa; o la de reforzar el estatuto del empresario individual (lo que se ha hecho mediante la admisión de la sociedad de un único socio, pero se insiste en la posibilidad de limitar la responsabilidad del empresario individual, haciendo de la empresa un patrimonio separado).

La implicación de perspectivas distintas en este ámbito se pone de relieve, finalmente, en la elaboración de propuestas legislativas sobre mediación: así sucede en el caso de la Ley valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar, cuyo art. 13 prevé la solución a través de mediación para los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar y, entre ellos, no cabe duda de que pueden estar los conflictos que se suscitan en las familias cuando se plantea la sucesión de una empresa familiar.

Aunque la perspectiva del tema es muy amplia, mi contribución en este Foro, por indi-

cación del Ponente, Don Fernando Curiel, se va a referir a un aspecto concreto. Se trata de ofrecer un panorama de las dificultades que para la continuidad de la empresa supone la falta de previsión acerca de su sucesión. El Derecho aragonés ofrece cauces para facilitar la continuidad de la empresa, obviando muchos de los inconvenientes que se ponen de relieve al estudiar el Derecho del Código civil (carácter colectivo de la legítima —cfr. art. 1056 CC—, posibilidad de fiducia, celebración de pactos sucesorios, incluso de presente, anticipando los efectos de la sucesión hereditaria en vida del causante). Puesto que esos cauces existen, parece conveniente destacar la oportunidad de prever la sucesión de la empresa, señalando el riesgo de desaparición de la misma cuando se trata de una empresa de titularidad individual, que carece de personalidad jurídica, no se ha previsto nada y, en consecuencia, entra en juego la sucesión legal.

Se enfrenta a especiales dificultades la continuidad de la empresa de titularidad individual: al no existir entonces un patrimonio separado, la sucesión y la transmisión de la empresa queda sometida únicamente a las reglas de Derecho civil (régimen económico y de sucesiones) y, por lo que aquí interesa, en particular, del Derecho aragonés, que deben aplicarse tanto para resolver los problemas de transmisión de la titularidad de la empresa como los derivados de la responsabilidad por las deudas frente a terceros. Es cierto que también se habla de empresas familiares cuando se ha adoptado la forma de un empresario social, de una persona jurídica, si el capital (y a veces también la gestión) se encuentra en manos de miembros de una familia. Naturalmente que también en estos casos deben tenerse en cuenta las disposiciones sobre régimen económico y sucesorias para resolver los problemas de sucesión de la empresa (titularidad de las participaciones, cómo se liquida la sociedad conyugal y se adjudican las participaciones sociales, derechos del viudo, si hay o no legítimas). Pero, en lo fundamental, debe tenerse en cuenta que hay reglas específicas del Derecho de sociedades a las que habrá que atender en estos casos (extinción de la sociedad por muerte de un socio, para las sociedades civiles y las colectivas, pero al mismo tiempo, posibilidad de pactar la no extinción de la sociedad tras la muerte de un socio mediante las cláusulas de continuación de la sociedad con los herederos; o los problemas que se plantean acerca de las restricciones en la transmisión de las acciones o de las participaciones a los hijos y descendientes).

Cuando fallece un empresario individual que no ha anticipado en vida los problemas de sucesión de su empresa son aplicables las reglas de la sucesión legal. Pero, con carácter previo, si estaba casado, debe procederse a la liquidación del régimen económico del matrimonio. La empresa puede ser de titularidad individual o consorcial (arts. 37 a 39 de la Compilación de Derecho civil de Aragón; cfr. art. 27.2 letras j y k del proyecto sobre régimen económico matrimonial elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que clarifica algunos de los problemas que se plantean en la actualidad), por lo que deben distinguirse ambos supuestos.

EMPRESA PRIVATIVA

1) Con arreglo al régimen de la sucesión legal, si existen descendientes, éstos heredarán la empresa; en defecto de descendientes (y si no procede el recobro de liberalidades ni la sucesión troncal) son llamados los ascendientes y, en defecto de ascendientes, la herencia se defiere al cónyuge.

A) Si son varios los herederos se produce una situación de *comunidad hereditaria*, cuyo régimen no es satisfactorio para la continuidad de la empresa. Todos los problemas que se

plantean aconsejan que el empresario tome las medidas necesarias para evitar que se lleve a producir esa situación.

En primer lugar, la empresa explotada en forma de comunidad está expuesta, fuera de los casos de prohibición impuesta por el testador o de pacto de indivisión entre todos los comuneros, al ejercicio de la acción de división.

Para que la empresa pueda continuar es preciso el acuerdo de todos los coherederos, pues basta que uno de ellos se oponga para que tenga lugar la división de la empresa. El disponente puede evitar esta situación, porque el art. 50 de la Ley de sucesiones le permite que prohíba la partición durante un tiempo determinado, que no puede exceder de quince años desde la apertura de la sucesión o por el tiempo que los bienes estén sujetos a viudedad. El tiempo previsto como límite de la prohibición es más que suficiente para que los partícipes puedan decidir, en función de la marcha de la empresa, continuar con la misma o prever la transformación en otra forma de empresa. En cualquier caso, aunque exista prohibición de división, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe «si concurre una justa causa sobrevenida» (art. 50.3 de la Ley de sucesiones).

Por otra parte, si procede la división, y puesto que la empresa debe considerarse como indivisible, puede sostenerse que, salvo que estén todos de acuerdo en adjudicársela a uno solo de los herederos, deberá procederse a la venta en pública subasta y al reparto del precio entre los herederos. Esta es la interpretación jurisprudencial elaborada en torno al art. 1062 CC. Puesto que la Ley de sucesiones no tiene una norma expresa, en principio, parece que debe acudirse a ese criterio, que resulta antieconómico y puede suponer no sólo una depreciación del valor de la empresa, sino también su desaparición como actividad organizada. Sólo por acuerdo de todos los interesados puede convenirse un modo de realización más eficaz para adjudicar la empresa (arg. art. 640 Lec).

Aunque los herederos decidan continuar el ejercicio de la actividad, si no crean una sociedad (o si el testador no lo ha impuesto como una carga a los herederos, lo que también debe admitirse) habrá que acudir a las reglas de la comunidad, lo que tiene numerosos inconvenientes.

Resulta difícil coordinar las normas sobre comunidad de bienes con el funcionamiento de una empresa. En la comunidad, la administración tiene lugar con arreglo al criterio de la mayoría de intereses (art. 398 CC). Pero, como por definición, la comunidad no es un ente dirigido a obtener ganancias, resulta muy discutible que la mayoría pueda obligar a la minoría a contribuir a las deudas por mejoras dirigidas a la mejor explotación de los bienes (arg. arts. 393, 395, 397 y 398 CC). Tampoco resulta sencillo determinar el régimen de responsabilidad por deudas, aunque se trate de obligaciones contraídas por acuerdo de la mayoría para la administración y la explotación de la empresa. En principio, de acuerdo con el régimen jurídico de la comunidad, cabe pensar que los acreedores sólo pueden exigir responsabilidad a los comuneros con los que contraten, porque la comunidad carece de personalidad jurídica. Ahora bien, si los contratos celebrados se basan en decisiones adoptadas por mayoría, vinculante para todos, los que hayan respondido pueden exigir su contribución a los demás. Para poder embargar los bienes comunes (la empresa), parece que los acreedores deberían dirigirse contra todos los comuneros, y que las deudas fueran deudas de conservación o deudas contraídas con el acuerdo de todos.

En la actualidad, hay que considerar si lo anterior se ve o no afectado por lo dispuesto en la nueva ley procesal, que reconoce con gran amplitud la legitimación para ser parte, «superando —como dice la E. M. de la Ley— a efectos procesales, el dualismo de las personas físicas y las jurídicas». En primer lugar, la comunidad no es una masa patrimo-

nial «que carezca transitoriamente de titular», pues titulares son todos los comuneros, por lo que no son aplicables los arts. 6.1.4.º y 7.5 Lec (preceptos que, en cambio, sí serían aplicables a la herencia yacente, a la que se refiere el art. 9 de la Ley de sucesiones). Cabría pensar, en segundo lugar, en la aplicación del art. 6.2 Lec, al amparo del cual pueden ser demandadas «las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado». En tal caso, y conforme al art. 7.7 Lec, por tales entidades «comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros». La ejecución entonces, conforme al art. 544 Lec —que se refiere a los «títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad»—, «podrá despacharse frente a los socios, miembros, gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad».

Si se entendiera que estos preceptos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil son aplicables a la comunidad hereditaria que continúa la actividad empresarial resultaría que podrían llegar a embargarse bienes comunes sin haber demandado a todos los comuneros, y con independencia de que el contrato celebrado por el comunero en nombre de la comunidad se refiriera a actos de conservación o, en otro caso, contara con el respaldo de todos los demás.

Este planteamiento debe relacionarse con la tesis de que, existiendo acuerdo de todos los herederos acerca de la continuación de la empresa, nos encontramos en realidad, pese a la denominación de comunidad, ante una sociedad: civil, si la actividad no es mercantil —agraria, artesana, profesional—; o mercantil irregular, si la actividad es mercantil.

En efecto, parte de las dificultades puestas de relieve para la empresa como comunidad hereditaria se superan si se admite, lo que parece razonable, la tesis doctrinal y jurisprudencial acerca de la consideración de tal «comunidad» como una *sociedad*. Debe señalarse que, en realidad, si el Derecho fiscal (art. 33 de la Ley general tributaria) o el Derecho laboral (art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores) contemplan a la comunidad de bienes como forma de empresa es, exclusivamente, por razón de evitar el fraude en esos sectores. Si se actúa unificadamente en el tráfico hay que reconocer que se trata de sociedades externas, personificadas, en las que el contrato de sociedad, si no se ha pactado expresamente, se ha concertado tácitamente o por hechos concluyentes. Aunque hay que reconocer que existen voces discrepantes, y cierta ambigüedad en algunas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, esta es la tesis mantenida en la actualidad de forma mayoritaria por la jurisprudencia y por la doctrina (Girón, Capilla, Paz-Ares, de los Ríos Sánchez). La consecuencia que se extrae de tal tesis es doble: de una parte, queda excluida la posibilidad de la acción de división (la extinción se producirá únicamente por las causas de extinción de la sociedad) y, de otra, la afirmación de la responsabilidad frente a terceros con arreglo a las normas propias de la sociedad.

Lo que sucede es que este planteamiento se enfrenta a otros problemas conocidos, como el de cómo hacer efectiva la responsabilidad sobre el «patrimonio social», cuando, por ejemplo, los bienes muy probablemente figuran a nombre de todos los «comuneros» (por ejemplo, no es posible la inscripción a favor de la comunidad como tal en el Registro de la Propiedad; a veces se ha pretendido denegar la inscripción a favor de la «sociedad civil no inscrita», y en 1998 incluso se previó, en norma reglamentaria declarada después ilegal por la Sala 3.ª del TS, la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles).

En definitiva, las dudas e incertidumbres que se plantean en torno al régimen de la comunidad como forma de empresa lleva a la conclusión de la conveniencia de que el

empresario prevea alternativas que eviten esa situación entre sus herederos después de su muerte.

B) *Sucesión troncal y recobro de liberalidades*

a) Si un ascendiente dona en vida una empresa a un descendiente, y si éste fallece antes que el donante, procederá la aplicación del *derecho de recobro* si se dan las demás circunstancias requeridas por el art. 209 de la Ley de sucesiones (M. Martínez Martínez).

Puesto que la empresa no es un patrimonio separado, y el empresario responde con todos sus bienes (responsabilidad personal e ilimitada, art. 1911 CC), las deudas del empresario forman parte de la herencia. Pero el recobrante no es un heredero ni, en consecuencia, responde de las deudas de la herencia, ni le son aplicables las reglas sobre responsabilidad del heredero.

Puede que la empresa sea el bien más importante, y que estén pendientes de cumplimiento muchas deudas generadas por la actividad de la empresa: parece criticable que los herederos deban soportar las deudas (aunque sea con el límite de los bienes recibidos) y que nada sea exigible al recobrante. Posiblemente porque el recobro esté pensando en bienes «estáticos», que no están destinados a una actividad de la que nazcan obligaciones. Por otra parte, tampoco parece razonable que, habiendo bienes en la sucesión (en particular, los que están afectos a la actividad de la empresa), los acreedores del causante se queden sin cobrar porque, con los bienes recibidos por los herederos, no alcance para el pago de las deudas. Tratando de evitar este resultado, pueden encontrarse argumentos en la propia ley de sucesiones aragonesa que permitan entender que los recobrantes se verán afectados por las deudas del causante y de la sucesión de tal manera que, sólo si las deudas pueden cubrirse con el resto de los bienes podrá ejercitarse el recobro (con carácter general, para las deudas de la herencia, M. Martínez Martínez señala, en apoyo de esta tesis: la preferencia y la forma de hacerse el pago de deudas y legados que establecen los arts. 44 y 45 de la Ley de sucesiones; la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 154 de la Ley para el caso de distribución de toda la herencia en legados).

b) Si concurren las circunstancias requeridas en la ley, también podría llegar a ser la empresa objeto de *sucesión troncal*. El heredero troncal, como heredero que es, está obligado a contribuir al pago de las deudas hereditarias (art. 40 de la Ley de Sucesiones). La ley no limita su responsabilidad a las deudas procedentes de los bienes troncales (en nuestro caso, de la empresa). Pero, lo que resulta bien diferente, y al igual que sucede con el heredero no troncal, el heredero troncal responde «exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto», conforme a lo previsto en los arts. 40 y ss. y 54 y ss. de la Ley de Sucesiones. Si lo que ha recibido, por hipótesis, es la empresa, su responsabilidad, en la forma prevista en estos preceptos, se limitará a los bienes que formen parte de la empresa. Pero los acreedores podrían también, de acuerdo con esos mismos preceptos, exigir la responsabilidad por esas deudas de los herederos no troncales, de herederos que no hayan recibido la empresa.

2) Aunque la *empresa sea privativa del cónyuge que fallece* hay que tener presente la posibilidad de que al viudo le corresponda el *usufructo de viudedad* y, en tal caso, la gestión de la empresa. En consecuencia, el viudo puede dirigir la empresa por sí mismo, pero también, por ejemplo, arrendarla a un tercero o, incluso, a alguno o a todos los herederos.

Sea como fuere, debe recordarse a estos efectos el juego que pueden dar los arts. 85 y 87 de la Compilación para el caso de que existan graves divergencias de criterio entre los

nudo propietarios y el viudo acerca de la gestión y explotación de los bienes y que puede dar lugar, en los términos previstos en estos preceptos, a que la viudedad se transforme en el derecho del viudo a recibir una renta y que se atribuya a los propietarios la gestión y administración de la empresa. Es evidente que, en cada caso, conviene anticipar si las cualidades y circunstancias del cónyuge que no es empresario pueden aconsejar alternativas dirigidas a evitar esta situación, que puede perjudicar tanto a los nudo propietarios como a los intereses del propio viudo y, en todo caso, a la continuidad de la empresa después del fallecimiento del titular.

Por eso, parece un acierto la regla prevista en el art. 101 del proyecto de ley de régimen económico matrimonial y viudedad que, en sede de usufructo viudal, y para las «explotaciones económicas», establece que:

«1. El titular de empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes podrá ordenar, en testamento o escritura pública, la sustitución del usufructo viudal del sobreviviente sobre las mismas por una renta mensual a cargo del adquirente.

2. La renta será equivalente al rendimiento medio que hubiera producido la explotación durante los cinco años anteriores al fallecimiento.

3. La renta se actualizará anualmente en función de las variaciones del índice general de precios al consumo y se extinguirá por las mismas causas que el usufructo viudal.

4. El cónyuge viudo y el titular de la explotación económica podrán, en cualquier momento, acordar la sustitución del régimen previsto en este precepto por el ordinario del usufructo viudal.

5. La transmisión por el titular de la explotación económica por actas entre vivos dará derecho a pedir el afianzamiento de las rentas futuras.»

3) Admitido el usufructo de empresa y la atribución de funciones gerenciales al viudo, quedan sin resolver, sin embargo, los problemas relativos a la *responsabilidad por las deudas*.

A) ¿Quién responde, y con qué bienes, de las *deudas contraídas con anterioridad al fallecimiento* del cónyuge empresario?

a) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que si *el régimen económico matrimonial era de comunidad*, aunque la empresa fuera privativa del cónyuge fallecido, no estamos ante deudas privativas suyas, sino ante deudas comunes, de cargo del patrimonio común, y los bienes comunes responden frente a terceros (arts. 41 y 42 de la Compilación; también, arts. 35 y 36 del proyecto sobre reforma del régimen económico patrimonial y viudedad elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil).

¿Cómo se hace efectiva esa responsabilidad sobre los *bienes comunes*?

— *Hasta la división*, el patrimonio consorcial responde del pago de las deudas comunes, y los acreedores deberán dirigirse contra el viudo y los herederos del fallecido (es, me parece, el régimen vigente en la actualidad y así se dice, expresamente, en el art. 69 del proyecto citado). Si se hace la división y liquidación, las deudas vencidas deben ser pagadas y las pendientes aseguradas (art. 56 de la Compilación; también, art. 82 del proyecto citado), pero es posible que no se paguen las deudas y se haga la división o que los acreedores pendientes no acepten el aseguramiento que se les ofrece, por lo que después de la división pueden quedar deudas comunes no satisfechas.

— *Después de la división*, los acreedores pueden dirigirse contra el cónyuge sobreviviente, no deudor, pero que ha recibido bienes comunes que debían responder del pago de las deudas comunes. En la actualidad, la Compilación no contiene una regulación expresa de este problema. Podría sostenerse, entonces, la aplicación supletoria del Código civil en esta materia, en particular, lo dispuesto en el art. 1401 CC, conforme al cual, «el cónyuge deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formado debidamente inventario judicial o extrajudicial». Pero incluso en el régimen del Código, los arts. 1402 y 1410 CC se remiten a las reglas de la partición y la liquidación de herencias como régimen general aplicable a las liquidaciones de patrimonios. Puesto que para el Derecho aragonés los arts. 40 y ss. y 56 y ss. de la Ley de sucesiones recogen los principios en materia de liquidación y división de patrimonios, parece preferible acudir a estos preceptos, aplicándolos con las debidas adaptaciones al caso de la responsabilidad por deudas comunes de los bienes comunes adjudicados a un cónyuge o a los herederos del otro. Este es el criterio que parece haber adoptado la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en el proyecto elaborado sobre régimen económico matrimonial, cuyo art. 85.2 establece que «el cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Sin embargo, cuando dichos bienes no sean suficientes responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos».

Pero, además, el cónyuge fallecido, que fue el que contrajo la deuda, era deudor y, por tanto, responsable también con sus *bienes privativos* frente a los acreedores. En consecuencia, los acreedores pueden dirigirse contra los herederos del cónyuge deudor y tratar de exigir el cumplimiento con arreglo a los arts. 40 y ss. de la Ley de Sucesiones, tanto con cargo a los bienes privativos del causante recibidos como con cargo a los bienes que eran comunes en el consorcio conyugal del causante y que hayan sido adjudicados a los herederos. Cuestión distinta es que, pagada la deuda por los herederos del cónyuge deudor, éstos puedan ejercitar una acción de reintegro contra el viudo, puesto que la deuda era consorcial. De la misma manera, si la paga un heredero, podría ejercitar contra los otros herederos o contra el otro cónyuge si hubiera pagado más de lo que le correspondía, en función de la participación de cada uno de ellos y de los bienes adjudicados.

b) *Si el régimen económico no era de comunidad y los cónyuges habían pactado un régimen de separación* de bienes el problema de las deudas se plantea en otros términos, puesto que no sólo será privativa del cónyuge fallecido la empresa, sino que también lo serán las deudas que hubiera contraído.

Para la hipótesis que nos ocupa (empresa individual, y falta de previsión sobre la sucesión) hay que concluir que la empresa forma parte de la herencia (art. 1 de la Ley de sucesiones). No es un patrimonio separado, y las deudas siguen por tanto el régimen general previsto en la Ley de sucesiones (arts. 40 y ss. y arts. 54 y ss.). Son excepción, como es sabido, las reglas previstas en el ámbito laboral y en el fiscal en el sentido de subrogar al nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del anterior (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores) o de establecer la exigibilidad de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas a quienes les sucedan por cualquier concepto en la nueva titularidad (art. 72 de la Ley General Tributaria). Fuera de las deudas que gocen de garantía real, que seguirán el régimen previsto en cada caso, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de sucesiones, los acreedores hereditarios deberán dirigirse contra todos los herederos (art. 54); los acreedores que estén reconocidos como tales pueden oponerse a que se haga la partición hasta que se les pague o garantice

el importe de sus créditos (art. 55 de la Ley de sucesiones y art. 796.3 LEC). Hecha la partición, los acreedores pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos hasta el límite de su responsabilidad: los bienes que reciba (art. 56 en relación con el art. 40).

Estas reglas significan —me parece— que, después de la partición, el heredero puede oponerse a que por deudas de la herencia se embarguen bienes de su propio patrimonio, que no haya recibido de la herencia. El art. 43 de la Ley de sucesiones prevé la oposición del heredero «*por la vía de la tercería de dominio*». Es cierto que, en realidad, el heredero que ha sido demandado por créditos de la herencia es parte en la ejecución, y no un tercero, tal y como resulta exigible en la regulación de la tercería de dominio del art. 595 Lec (lo que, quizás podría suceder, en cambio, si la demanda se hubiera dirigido contra la herencia yacente, conforme al art. 6.1.4.º Lec, fuera la herencia la que figurara como condenada y luego se pretendiese embargar bienes de un heredero). De cualquier forma, y puesto que el legislador aragonés ha optado por esta vía parece que hay que descartar la posibilidad de que el heredero se oponga a la ejecución por motivos de fondo, dando por supuesto que los motivos a la oposición, que en la ley procesal aparecen como tasados (art. 556 Lec y apdo. XVII, apartado 4 de la EM de la ley), pueden completarse con lo dispuesto en otros lugares (por lo que aquí interesa, el art. 40 de la Ley de sucesiones). Por la misma razón quizás habrá que descartar que el heredero pueda recurrir el auto despachando ejecución (lo que en principio, de no existir la previsión procesal de la Ley de sucesiones hubiera podido aceptarse: a pesar de que el art. 551.2 Lec establece que es irrecurrible el auto que despacha la ejecución, la doctrina —M. A. Fernández— señala que es irrecurrible la decisión del Juez de arrancar la actividad ejecutiva, pero que sí es posible recurrir cuando algunos puntos de su contenido sean contrarios a derecho, art. 553 Lec o cuando haya actos de ejecución contrarios al título ejecutivo judicial, art. 563 Lec).

El heredero, sin embargo, como tal heredero, y frente a los acreedores, no puede oponerse a la ejecución por el hecho de que, tratándose de deudas originadas en la explotación de la empresa, él no haya recibido la empresa en la partición. *Lo mismo sucede cuando la empresa es común y haya sido adjudicada al cónyuge que sobrevive o a otro heredero*, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan ejercitarse en función de la participación de cada uno de ellos y de lo que les fuera imputable.

En relación con la sucesión de la empresa y el régimen de responsabilidad de los herederos por las deudas se plantea, finalmente, un problema específico como consecuencia de lo previsto en el art. 40.2 de la Ley de sucesiones. En este precepto se establece una excepción al límite de la responsabilidad de los herederos prevista en el art. 40.1, de tal manera que «*el heredero responde con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos*». Es posible que el tráfico o giro habitual de la empresa requiera la enajenación de los bienes y servicios que se producen para su puesta en el mercado. Me refiero a actos que puedan considerarse como de administración normal del negocio, no a actos de disposición de elementos esenciales para su explotación. ¿Significa que el heredero que realiza tales actos de conservación y administración de la empresa queda sujeto al régimen de responsabilidad del art. 40.2 de la Ley de sucesiones?

La doctrina ha estudiado un problema semejante en relación con la aceptación a beneficio de inventario y el régimen del art. 1024 CC. En este último precepto se establece la pérdida del beneficio de inventario para el heredero que antes de pagar las deudas vende bienes de la herencia sin autorización judicial o acuerdo de todos los interesados o que destina el precio obtenido en la enajenación a un fin diferente del previsto al darle la autorización. La regla aragonesa, en cambio, lo que establece es que la responsabilidad del here-

dero se va a extender a su propio patrimonio respecto del valor de lo que haya heredado y enajenado, o consumido o empleado en créditos no vencidos. En consecuencia, en el Derecho aragonés el problema se plantea en otros términos. Admitiendo que en estos casos a los que nos estamos refiriendo, por hipótesis, no hay enajenación, sino actos de administración del negocio, la responsabilidad del heredero no se extiende a su propio patrimonio, sino que se mantiene la regla general del art. 40.1 de la Ley de sucesiones.

El mismo problema se podría plantear y, a mi juicio, debe otorgársele la misma solución, en todos los casos en que se exija la responsabilidad a los herederos. También cuando la responsabilidad se exija al cónyuge no deudor si las deudas de la empresa eran deudas comunes del consorcio conyugal del empresario.

B) *¿Quién responde, y con qué bienes, de las deudas contraídas después del fallecimiento del titular de la empresa?*

Cabe hacer una observación general respecto de la responsabilidad por deudas de la empresa individual en el caso de fallecimiento del titular. El sistema de responsabilidad limitada a los bienes recibidos por herencia es aplicable a las deudas anteriores a la delación de la herencia. Pero si la empresa continúa, y continúa como una empresa individual, es decir, sin forma social, de persona jurídica, la responsabilidad del nuevo empresario será ilimitada, conforme al art. 1911 CC. En cada caso, empresario será quien ejerza la actividad de que se trate (heredero o viudo usufructuario). Puesto que debe tenderse a que se produzca la continuidad de la empresa, el nuevo empresario puede contraer deudas que se verían respaldadas por bienes variables, en función de la actividad empresarial, pero la responsabilidad por las deudas anteriores seguirá limitada a los bienes recibidos por herencia.

Si es el viudo el que gestiona la empresa, responderá, a partir del momento que comience su gestión y por las obligaciones que contraiga, con su propio patrimonio, con independencia de cuál fuera el régimen económico de su matrimonio (aunque se ha discutido, y es discutible, parto de la base de que el viudo puede tener también derecho de viudedad siempre que la ley aplicable a su régimen económico matrimonial fuera la aragonesa, aunque el régimen económico no fuera el legal de la Compilación: creo que es la tesis que tiene más apoyo en el sistema vigente, pero no es este el lugar para reproducir aquí la polémica sobre este problema; el art. 88.3 del proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad expresamente prevé que «el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen económico matrimonial»).

La empresa no es un patrimonio separado: el empresario asume la responsabilidad empresarial con todos sus bienes presentes y futuros por las obligaciones que contraiga en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 1911 CC). Lo cual significa que, si no se han contraído garantías específicas sobre los bienes destinados a la actividad (para lo que haría falta la concurrencia de los nudo propietarios, conforme al art. 83 de la Compilación y al art. 107 del proyecto), los terceros no podrán agredir tales bienes, y sólo podrán dirigirse contra el patrimonio personal del viudo usufructuario. En definitiva, si no concurren los intereses de nudo propietarios y viudo, parece difícil augurar un buen futuro a tal empresa, pues difícilmente los terceros contratarán con el viudo en semejantes condiciones.

4) La doctrina aragonesa no ha manifestado una opinión unánime acerca de si, tratándose de empresa privativa de un cónyuge, se cumplen los presupuestos que, conforme al art. 60 de la Compilación, deben concurrir para que pueda tener lugar la *comunidad conyu-*

gal continuada. Parece más convincente la tesis que sostiene que lo importante para que haya continuación en la comunidad conyugal es que los principales ingresos de la comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. Por tanto, con independencia de que sea empresa común o privativa (J. Delgado y J. A. Serrano García, que le sigue; contra, J. L. Merino).

Partiendo de la hipótesis de esta exposición de que nada se ha anticipado en vida sobre la continuidad de la empresa (no se ha pactado en capítulos ni dispuesto por ambos cónyuges en testamento mancomunado), el art. 61 de la Compilación exige para que se produzca la comunidad conyugal continuada que hayan quedado descendientes del matrimonio y haya «voluntad concorde de todos los interesados», y se entiende que «hay acuerdo tácito» de continuar la comunidad si, en el término de un año a contar del fallecimiento del cónyuge premoriente, ninguno de los interesados notifica en forma fehaciente a los restantes su voluntad en contrario. En estos casos los partícipes no están obligados a mantener la comunidad durante un tiempo determinado, y podrán pedir la disolución de la comunidad conyugal continuada conforme al art. 68.2.º o su separación conforme al art. 69 de la Compilación. La continuación, además, puede ser forzosa si entre los descendientes que sucedan en todo o en parte en la explotación hubiera algún menor de edad y no quedan descendientes de uno solo de los cónyuges (art. 61.2 de la Compilación).

Aunque no existe doctrina ni jurisprudencia sobre este problema, parece razonable entender que, en los casos en que concurran los presupuestos para la comunidad conyugal continuada, la normativa aragonesa, cuando sea ley aplicable, prevalece sobre la consideración como sociedad de la «comunidad hereditaria de empresa», a la que me he referido antes. Lo cual, por lo demás, no parece que resulte más adecuado para las necesidades del tráfico en relación a la sucesión de una empresa, como vemos a continuación.

Dejando a un lado otros problemas que plantean estos preceptos por lo que se refiere a los presupuestos para que exista comunidad conyugal continuada, no parece que esta institución resuelva satisfactoriamente los problemas de sucesión de la empresa. Ello, a pesar de que la normativa que regula la comunidad conyugal continuada trata de conservar indiviso un patrimonio del que forme parte una explotación agrícola, ganadera, industrial o mercantil. La comunidad conyugal continuada carece de personalidad jurídica, puesto que no es una sociedad, sino una especie de cotitularidad sobre un conjunto de bienes cuya regulación no es adecuada para las necesidades del tráfico. En efecto, la regulación de la Compilación está pensando, sobre todo, al propiciar que los herederos participen en los beneficios de la explotación y evitar así que tales beneficios correspondan en exclusiva al viudo en virtud del usufructo vidual, en la protección de intereses familiares. No atiende sin embargo a los intereses generales del tráfico.

En primer lugar, es posible que las cualidades, aptitudes y circunstancias personales del cónyuge viudo no sean siempre la mejor garantía para atribuirle la gestión de la empresa que, conforme al art. 65 de la Compilación, le corresponde a él como cónyuge supérstite.

Por otra parte, no se establece adecuadamente el régimen de responsabilidad por las deudas de gestión de la explotación. Frente a terceros, los bienes comunes responden de las deudas aparentemente contraídas en la gestión de los bienes comunes (arts. 66.1 y 42 de la Compilación) y, en defecto de bienes comunes (pero, ¿tiene el acreedor que probar la falta de bienes comunes?, ¿cómo debe hacerlo?: lo razonable es entender que el acreedor designe bienes y sea el ejecutado quien se oponga si resulta que alguno es privativo suyo) se establece la responsabilidad, subsidiaria, pero ilimitada (art. 1911 CC) del gestor

que contrajo la deuda (art. 66.2 de la Compilación), sin que el acreedor pueda dirigirse contra el patrimonio de los demás partícipes. Este régimen contrasta con el que es aplicable a las sociedades tradicionalmente consideradas personalistas (para la sociedad civil, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es personal e ilimitada, pero subsidiaria y mancomunada, conforme al art. 1698 CC; para la sociedad colectiva, la responsabilidad de los socios es personal e ilimitada, pero subsidiaria y solidaria, conforme al art. 127 del Cco.).

Pero además, y sobre todo, en contra de lo que parece un criterio adecuado de gestión empresarial, no sólo no se separan adecuadamente los bienes comunes (art. 63) de los bienes privativos (art. 64), sino que se consideran cargas y deudas de la comunidad de forma indistinta tanto las que resultan de la gestión de la explotación, como las que podrían considerarse como «domésticas» o estrictamente familiares, tales como alimentos o atenciones legítimas de la economía familiar (arts. 64 a 66 de la Compilación).

Desde este punto de vista, merece una valoración positiva que el proyecto de ley de régimen económico matrimonial elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil no haya previsto trasladar a la Ley futura los preceptos que en 1967 construyó la Compilación con la intención de proporcionar a las pequeñas empresas familiares un cauce legal para continuar su actividad tras el fallecimiento del empresario sin más cambio estructural que la sustitución del difunto por sus herederos y la atribución de la dirección, en todo caso, al viudo. Como puede leerse en el Preámbulo del proyecto: «Las grandes transformaciones operadas desde entonces en el entorno económico y legal de las actividades económicas, así como las exigencias administrativas que condicionan la vida de todas las empresas, incluidas las agrarias, han dejado fuera de uso, o acaso sólo para supuestos marginales que no es prudente propiciar, unas normas sin duda bienintencionadas y, entonces, innovadoras, pero que no han dado los frutos que cabía desear y, en todo caso, no resultan hoy de utilidad».

EMPRESA COMÚN

A) Cuando la empresa tenga el carácter de consorcial —aquí hay unanimidad doctrinal—, puede continuar la comunidad si concurren los presupuestos establecidos en los arts. 60 y 61 de la Compilación (*comunidad conyugal continuada*). No hay ninguna duda de que esto es así cuando la empresa es consorcial, pero ya he señalado algunos de los inconvenientes que, en mi opinión, se derivan de la regulación de esta institución.

Esta posibilidad no plantea diferencias significativas, a mi juicio, por el hecho de que el fallecido fuera quien dirigiera la empresa o su cónyuge, puesto que la comunidad continúa a pesar del fallecimiento. La comunidad continuada asume el activo y el pasivo consorcial del disuelto matrimonio (art. 62 de la Compilación): las deudas contraídas con anterioridad a la disolución del matrimonio en el ejercicio de la actividad empresarial pasan a ser de la nueva comunidad, y para las deudas contraídas con posterioridad son de aplicación las reglas de los arts. 64 a 66 de la Compilación.

B) Fuera de esta hipótesis de comunidad conyugal continuada, y siendo procedente la *extinción y liquidación de la comunidad conyugal*, debe distinguirse, a efectos de la correspondiente adjudicación de la empresa, según que el fallecido fuera el que la dirigía o no.

1) Si la empresa es común y *sobrevive el cónyuge que la dirigía*, habrá que estar a la liqui-

dación y división del patrimonio consorcial, y a la posibilidad de que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 58 de la Compilación, *la empresa sea adjudicada de manera preferente* al cónyuge que sobrevive, si así lo desea (se trata de una facultad que se atribuye al cónyuge sobreviviente). La importancia de esta regla, que favorece la continuidad de la empresa es que, frente a lo que sucede en el art. 1406 del CC, no se establece como límite el haber correspondiente al cónyuge, por lo que éste puede hacerse atribuir bienes que excedan en su valor de su mitad en la cuota de los bienes consorciales y ello, como establece el precepto aragonés «sin perjuicio de las compensaciones que procedan» (además, y la previsión puede tener importancia en especial en los casos de sociedades unipersonales, el art. 84.2.d) del proyecto de ley elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se extiende este derecho de adjudicación preferente a las «acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o a sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad»).

La adjudicación de la empresa al cónyuge que la dirigía no implica, sin embargo, que sólo él deba responder de las deudas anteriores. Al tratarse de deudas comunes que son de cargo de la comunidad hay que entender que, tras la división, para las deudas que no se hayan pagado ni asegurado (y recogiendo los principios que resultan de la regulación del régimen económico y de la Ley aragonesa de sucesiones), los acreedores pueden dirigirse contra el cónyuge deudor (el que dirigía la empresa y que, por hipótesis, ha sobrevivido, y que responderá frente a los acreedores conforme al art. 1911 CC), pero también contra los herederos del no deudor, que responden solidariamente, pero sólo con los bienes que hayan recibido (cfr. art. 40 de la Ley de sucesiones y sus excepciones).

Si la empresa *no se adjudica al cónyuge que la gestionaba* sino a la herencia del fallecido habrá que tener en cuenta, partiendo de la hipótesis que nos ocupa (empresa no social y falta de previsión sobre la sucesión), las reglas generales de la sucesión legal (comunidad hereditaria, si hay pluralidad de herederos, con los problemas antes advertidos). Pero, además, hay que contar con la posibilidad del usufructo de viudedad que puede corresponderle al cónyuge sobreviviente y, en consecuencia, la gestión de la empresa. Gestión que, de esta forma, puede corresponderle al viudo, no porque se le haya adjudicado la empresa, sino en cuanto usufructuario. Cabe reproducir entonces aquí las mismas observaciones hechas más arriba al respecto.

2) Si la empresa es común y *fallece el cónyuge que la dirigía*, no hay que excluir que se le adjudique el cónyuge que sobrevive al hacer la división del patrimonio consorcial, aunque la ley no le reconozca esta posibilidad como un derecho que pueda hacer valer. Fuera de este supuesto, que aunque posible no es probable, y adjudicada la empresa al lote del cónyuge fallecido, pasará a sus herederos, conforme a las reglas generales de la sucesión legal (descendientes, recobro de liberalidades y sucesión troncal, ascendientes, cónyuge). Al igual que sucede en las otras hipótesis, caso de pluralidad de herederos surge una comunidad hereditaria, con los problemas que se plantean. También hay que contar con la posibilidad del usufructo de viudedad, para lo que me remito a lo señalado anteriormente.

Intervención de D. Juan Antonio YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA**EL PROTOCOLO FAMILIAR****INTRODUCCIÓN DE LA EXPOSICIÓN**

Mi intervención se va a centrar en el estudio de la figura del protocolo familiar, figura poco conocida, respecto de la cual no hay ninguna regulación. Sólo hay estudios doctrinales y en relación con la sociedad familiar, que es donde la figura del protocolo familiar tiene una mayor incidencia para regular las relaciones familia y empresa, entendida como sociedad, por ello pido disculpas si mi intervención tiene más referencias al derecho mercantil que al derecho civil aragonés.

Ahora bien adelante ya, que entiendo que cabe la existencia de un protocolo familiar en el caso de empresario individual, lo que sucede es que el contenido de este protocolo será básicamente sucesorio, al tener por objeto la empresa como unidad, la empresa como objeto. Piensese en un pacto sucesorio donde el empresario dispone de su empresa a favor de alguno de sus hijos y la amplitud de contenido que permite el art. 66 de la LS. O el supuesto tradicional de la casa aragonesa, supuesto recogido en el art. 66.2, que une al régimen sucesorio una comunidad familiar, todo ello en el marco de unas capitulaciones matrimoniales.

¿Porqué el estudio del protocolo familiar?:

— en primer lugar, porque parece ser que el Gobierno ha iniciado los trabajos para regular el marco de las empresas familiares y entre las diversas fórmulas propuestas, la que toma más cuerpo es el establecimiento de un protocolo familiar que actuaría de código interno de la compañía y garantizaría la continuidad del negocio en caso de sucesión. Por tanto, si se confirman las noticias, el protocolo familiar va a pasar a ser un instrumento de primer orden en lo que se refiere a las empresas familiares. Protocolo familiar que si bien ya se venía utilizando al amparo de la autonomía de la voluntad, ahora se pretende dotarle de un marco normativo.

— y, en segundo lugar, porque, a riesgo de quedar fuera del título de la ponencia, hay una realidad incuestionable y es que es que hoy la empresa familiar reviste mayoritariamente forma societaria, tendencia que se ha incrementado desde que existe en nuestro ordenamiento la posibilidad de sociedades unipersonales, siendo las formas de SA y SL (especialmente esta última por su carácter cerrado) las más utilizadas, por el principio de limitación de responsabilidad de sus socios.

Ha dicho Emilio Cuatrecasas que «la primera virtud y, tal vez, la mayor que puede predicarse del protocolo familiar, es la de reunir a la familia y obligarla a discutir pacífica y ordenadamente sobre aspectos y problemas transcendentales en el desarrollo de una Empresa familiar, que muchas veces han estado silenciados, larvando profundos rencores, durante años» .

Por sus especiales características, la empresa familiar requiere dotar de mayor seguridad a sus relaciones internas que cualquier otra empresa, si lo que pretende es perpetuarse más allá del socio o socios fundadores, sin perder, por otra parte, su carácter familiar. Si queremos dar continuidad a la empresa familiar deberemos planificar y organizar ade-

cuadamente las relaciones económicas del empresario y sus herederos con sus respectivos cónyuges, la sucesión del empresario, las relaciones entre los socios de la empresa y, en general, las relaciones familia-empresa.

Sánchez Crespo señala las siguientes razones por las que resulta aconsejable preparar, negociar y firmar un protocolo familiar:

- 1) clarifica y delimita los ámbitos de actuación de la familia y la empresa, evitando interferencias entre ellos;
- 2) objetiva determinadas cuestiones y las despersonaliza (por ejemplo la necesidad de otorgar capitulaciones matrimoniales estableciendo como régimen económico matrimonial el de separación de bienes);
- 3) resuelve «a priori» determinados problemas (los previsibles), señalando la solución a los mismos para el caso de que se planteen;
- 4) y por último, para los problemas no previstos, establece determinados cauces (como el Consejo de Familia), que permitirán su solución en el seno de la familia, evitando que afecten a la empresa.

Hay muchas definiciones del protocolo familiar. Sánchez Crespo lo define como el acuerdo marco, firmado entre familiares socios de una misma empresa, para regular la organización y gestión de la misma, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con la finalidad de darle continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares. Badenas Carpio lo define como un acuerdo o pacto celebrado entre los miembros de la familia relacionados con la empresa familiar en el que se establecen los fundamentos o principios básicos de las relaciones entre la familia y la empresa. Para Garrido de Palma es un contrato celebrado entre los miembros de la empresa familiar que tiene un carácter multidisciplinar que trasciende lo meramente civil. Para Vicent Chuliá es un negocio jurídico complejo de carácter patrimonial mixto, ya que incluye disposiciones de naturaleza personal o familiar, que integra diversos negocios. Fernández Gimeno, en fin, lo define como una especie de «Constitución de la empresa familiar y de la misma manera que la Constitución necesita leyes orgánicas y ordinarias que la desarrollen, el protocolo familiar requiere la elaboración de instrumentos que lo desarrollen. Luego volveré sobre este tema.

• **Origen.** Su origen, según autores como Gallo o Poza, se encuentra en los Estados Unidos, introduciéndose a finales de los años 80 y, sobre todo en la década de los 90 en Europa, fundamentalmente en el Derecho francés, siendo desarrollado por autores como Gaultier, Nabasque, Boussier y Richen. En España es de destacar la contribución de Víctor Garrido de Palma. En Aragón, a mi juicio, y en el caso de empresario individual, tenemos un precedente muy importante en aquellos documentos notariales, al menos desde el siglo XVII, que recogen pactos sucesorios en el marco de capitulaciones matrimoniales para ordenar la sucesión de la casa altoaragonesa.

• **Otorgantes.** ¿quiénes deben otorgar el protocolo familiar? Como dice Badenas Carpio, como contrato plurilateral que es, debe ser suscrito por tantas personas como miembros de la familia empresaria tengan que ver con la empresa familiar. En primera generación concurrirían al otorgamiento el matrimonio y los descendientes por naturaleza o adopción que sean a la vez titulares de acciones o participaciones de la sociedad. Podrían también intervenir los cónyuges de los descendientes, a veces incluso será recomendable, si el protocolo toca temas relativos al régimen económico matrimonial, por ejemplo si el

protocolo recoge como principio que todos los miembros de la familia tendrán como régimen económico matrimonial el de separación de bienes. En segundas y posteriores generaciones con la existencia de distintas ramas familiares el número de otorgantes del protocolo irá aumentando.

Los otorgantes deben tener plena capacidad de obrar para obligarse, deben ser mayores de edad, y, según la legislación aragonesa son mayores de edad los que tengan 18 años o, siendo menores, hayan contraído matrimonio (art. 4 Comp.) Los menores de edad, mayores de catorce años, intervendrán con la asistencia que previene el artículo 5.1 de la Compilación. Ahora bien, no podrán otorgar pacto sucesorio, ni siquiera con asistencia. Sí podrán otorgar testamento, pero no en forma ológrafa, que también requiere ser mayor de edad. Los menores de catorce años, intervendrán representados por sus padres (art.14 de la Compilación).

• **Contenido.** Rige el principio *standum est chartae*, art. 3 Compilación: hay que estar a la voluntad de los otorgantes siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho Aragonés.

La distinción entre empresa familiar individual y empresa familiar societaria, afecta y mucho al contenido del protocolo familiar. Este contenido dependerá de la empresa familiar de que se trate y del objetivo que se pretenda alcanzar.

Si se trata de empresa familiar individual primará más el aspecto sucesorio, al objeto de conseguir la continuación y la conservación de la empresa (entendida como unidad orgánica de producción) una vez fallecido el titular empresario. Esta materia ha sido tratada por el ponente. Si se trata de sociedad familiar primarán más las cuestiones societarias y, por tanto, el Derecho Mercantil, al objeto de mantener el control de la sociedad e impedir la entrada a socios ajenos a la familia. A esta materia me voy a referir a continuación, limitándome únicamente a apuntar algunas soluciones, sin ánimo de profundizar, pues lo importante hoy es el derecho civil aragonés.

Siguiendo a Sánchez Crespo, podemos señalar, a título indicativo, los siguientes aspectos que debería tener en cuenta un protocolo:

En primer lugar debería contener *disposiciones sobre la filosofía de la empresa, sobre los valores y fines de la empresa familiar.*

Se trataría de plasmar por escrito aquello que constituye el ideario empresarial de la familia, de forma que vincule a todos sus miembros. En esta categoría pueden incluirse pactos tales como cual es o ha de ser el ámbito de negocio de la empresa, actividades a las que se quiere que nunca se dedique la empresa, cómo ha de decidirse la promoción de nuevos negocios, organización de la empresa, profesionalización o no de su gestión, etc. Esta sería la parte menos jurídica del protocolo familiar. El protocolo sería aquí, como dice Fernández Gimeno, un vehículo de transmisión de la filosofía y cultura empresarial.

Otras disposiciones que debe contener el protocolo familiar serían aquellas que hacen referencia a *la propiedad de la empresa.*

La parte más importante de estas disposiciones se referiría al régimen de las acciones o participaciones en la empresa, así como su régimen de transmisión:

— *pueden establecerse acciones y participaciones sociales con prestaciones accesorias.* Se regulan en el art. 36 LSA y 22 y ss. de la ley de Limitadas. Las prestaciones accesorias suelen consistir en la prestación de servicios, aunque pueden consistir en cualquier

obligación de dar, hacer o no hacer (por ejemplo, no competir, cumplir lo dispuesto en el protocolo familiar...) A través de ellas puede incorporarse a las sociedades anónimas un elemento personalista. La transmisión de acciones que lleven prestación accesoria está condicionada a la autorización de la sociedad. Art. 65 LSA. En las limitadas pueden vincularse a determinadas participaciones o exigirse a determinados socios. En ambos casos para la transmisión hará falta la autorización de la sociedad. Art. 24 LSL.

- *pueden establecerse acciones sin voto* (arts. 90 y ss LSA) lo que facilita el ingreso de miembros de la familia en la sociedad, pero sin capacidad de gestión; permite distinguir entre socios familiares, a cargo de la dirección de la empresa, y otros socios, únicamente con derechos económicos. En cuanto a la posibilidad de participaciones sociales sin voto, la ley de limitadas no dice nada. Algunos autores como Garrido de Palma, Avila, las admiten en base al artículo 53.4 que dice «salvo disposición contraria de los Estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto». Parece que en un Registro Mercantil de Barcelona se ha inscrito un emisión de participaciones sin voto. En cualquier caso el Gobierno está estudiando el modificar la ley de limitadas al objeto de introducir las participaciones sin voto, con lo que quedaría zanjada la discusión.
- *pueden establecerse acciones y participaciones privilegiadas*, lo que permite primar a ciertos miembros de la familia frente a otros. Privilegios que son básicamente económicos: derecho de dividendo mayor o una cuota preferente de liquidación.
- *Puede regularse el usufructo de acciones o participaciones sociales* (arts. 67 y ss. LSA y 36 LSL). La condición de socio corresponde al nudo propietario, salvo regulación en contra de los estatutos sociales,. Los derechos económicos corresponden al usufructuario. Por esta vía los socios de la sociedad familiar podrían ir cediendo el valor económico de sus acciones a sus descendientes y mantener el poder de decisión en las juntas. Hay que hacer aquí una referencia al usufructo de viudedad del cónyuge sobreviviente. Pongamos el ejemplo de una sociedad unipersonal donde el socio único, casado, tiene varios hijos. Si el socio empresario quiere que a su fallecimiento sea el cónyuge sobreviviente el que adopte las decisiones en la empresa puede hacerlo utilizando esta vía de otorgar el derecho de voto al usufructuario.
- *Puede establecerse el derecho a favor de alguno o algunos socios a concretar la cuota resultante de la liquidación sobre determinados bienes*, bienes que tengan un especial valor personal o se encuentren particularmente vinculados a una persona concreta. Lo admite para las limitadas el art. 119.3 de su ley reguladora, con previsión estatutaria. En las anónimas no se dice nada, pero autores como Garrido de Palma y Fernández Gimeno lo admiten basándose en el art. 277 de la ley según el cual la división del haber se practicará según las normas establecidas en los Estatutos.
- *Pueden establecerse limitaciones a la libre transmisión de las acciones nominativas y de las participaciones sociales*, estipulando *cláusulas de autorización o consentimiento*, que serán válidas siempre que se expresen en los Estatutos, de forma precisa, las causas que permitan denegarlo (en el caso de las anónimas); en las limitadas la sociedad debe comunicar al transmisor la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones; cabrían también *cláusulas limitativas del adquirente*, que son una modalidad de las anteriores (por ejemplo, de exclusión de personas ajenas a la familia, de exclusión de parientes hasta determinado grado... etc); *cláusulas de adquisición preferente*, a favor de los demás socios o la propia sociedad; y

cláusulas de prohibición absoluta de transmisión voluntaria que en el caso de las sociedades anónimas pueden estipularse durante el plazo máximo de dos años, contados desde la constitución de la sociedad y en el caso de limitadas, pueden tener carácter transitorio (hasta cinco años, contados desde la constitución de la sociedad o desde la fecha de su creación, si se trata de ampliación de capital) o indefinido, en cuyo caso hay que reconocer al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento.

- *Mención aparte merecen las limitaciones para el caso de transmisión mortis causa.* Los arts. 64 LSA y 32 LSL las admiten, siempre que se prevean en estatutos, ofreciendo al heredero un adquirente de las acciones o atribuyendo a los socios sobrevivientes un derecho de adquisición preferente de las participaciones del socio fallecido. Tratándose de la muerte de un socio hay que hacer una referencia a otros tipos sociales que puede adoptar la empresa familiar: sociedad civil (en cuyo caso se extingue la sociedad, art. 1700.3 CC); puede revestir forma de sociedad colectiva o comanditaria simple, en cuyo caso se disuelve si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del socio difunto o de subsistir esta entre los socios sobrevivientes (art. 222.1 Ccom) y puede revestir forma de sociedad comanditaria por acciones en cuyo caso la muerte de todos los socios colectivos lleva consigo la disolución de la sociedad salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social (art. 157 Ccom).

Por último en este apartado de la propiedad de la empresa se incluirían también las actuaciones a realizar por los componentes de la familia *en el ámbito económico matrimonial y en el sucesorio*: otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y de testamento o pacto sucesorio, y cláusulas concretas a incluir en los mismos.

Otras disposiciones que debería regular el protocolo familiar serían las que marcan las relaciones familia-empresa. Aquí tienen cabida pactos tales como si se quiere o no que los familiares se incorporen a la empresa, condiciones en que ha de llevarse a cabo esa incorporación en caso afirmativo, la sucesión en el liderazgo, el plan de formación del sucesor y de los demás miembros de la familia que trabajen en la empresa, su salida, su jubilación; reglas de retribución de la gestión, prohibición de financiación particular a familiares, prohibición de realizar actividades concurrentes con la empresa, política de retribuciones de los miembros de la familia que trabajen en la empresa, creación de fondos para formación o financiación de estudios; prestaciones de jubilación o invalidez, política de dividendos de la empresa, requisitos a cumplir para acceder al Consejo de Administración (p.e. exigir la condición de socio, tener un mínimo de acciones o participaciones, una determinada titulación, ... etc.), o especialidades de funcionamiento que, en su caso, tengan la Junta General y el Consejo de Administración de la empresa, estableciendo, p.e., quorums reforzados.

Una institución a introducir en el protocolo, sobre la que está trabajando el gobierno sería *el Consejo de Familia*. Se trata de un órgano de carácter decisorio, en el que deben estar representadas todas las ramas y generaciones familiares, que tendrá, entre otras, las funciones de velar por el cumplimiento del Protocolo, resolver los problemas entre la familia y la empresa, mantener la separación de patrimonios, defender los derechos de los familiares que no trabajen en la empresa, etc. ... Este Consejo de Familia conviviría con el Consejo de Administración, que será el encargado de tomar las decisiones relativas a la gestión y a la marcha de la sociedad, y en el que tendrían cabida consejeros independientes ajenos al capital familiar, tendiéndose, así, a una profesionalización de la gestión.

Este Consejo de Familia no tiene nada que ver con el sistema de tutela dativo regulado por el Código Civil antes de la reforma de 24 de octubre de 1983, cuyas funciones eran, entre otras, la supervisión del ejercicio de la tutela.

En Aragón, volvemos a ir por delante otra vez, y tenemos la institución de la Junta de Parientes: para intervenir en asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas. art. 20.1 Compilación. Junta de parientes que tendrá especial importancia en el caso de empresa individual. Sapena Tomás cifra el fundamento de la Junta de Parientes en el servicio que presta a la Casa, convirtiéndose en órgano depositario de la confianza de la familia, a fin de procurar la conservación de aquella, puesto que la finalidad que su existencia justifica es la de servir a su continuidad, salvando así los posibles escollos que puedan surgir, tanto de las discrepancias entre familiares, como de las lagunas en la relación sucesoria.

Otro tipo de disposiciones irían encaminadas a regular los mecanismos de revisión y modificación del Protocolo familiar, para adecuar éste a los cambios que se hayan producido en el seno de la familia y de la empresa.

Podrían, en fin, incluirse pactos o estipulaciones relativos por ejemplo a un sistema de sanciones para el incumplimiento de las obligaciones pactadas, cláusulas de arbitraje o mediación para la solución de conflictos. En este punto es obligado hacer referencia a la consulta formulada por el Consejo General del Notariado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil determinada cláusula de arbitraje incorporada a los estatutos sociales, en virtud de la cual se sometería a arbitraje toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores; así como todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptadas en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad. Consulta que ha sido resuelta en el sentido de que no hay obstáculo que impida el acceso al Registro Mercantil de la cláusula debatida.

Eficacia. No todos los pactos contenidos en el Protocolo tienen la misma fuerza vinculante, puede distinguirse:

1. En primer lugar, pactos con fuerza moral (no vinculantes legalmente). Aquí pueden incluirse, por ejemplo, las disposiciones relativas a la filosofía o los valores de la empresa. Su incumplimiento no lleva aparejada sanción legal alguna y no podrá exigirse el cumplimiento de lo pactado ante los tribunales, por lo que el infractor sólo podrá ser objeto de censura o rechazo por parte de los demás miembros de la familia.

2. En segundo lugar, pactos con fuerza contractual simple (vinculantes sólo entre las partes firmantes del mismo y sus herederos). Dentro de este apartado pueden incluirse, entre otros, los acuerdos relativos a actuaciones que los firmantes han de hacer o no en sus relaciones con los demás firmantes, la familia y la empresa (por ejemplo, el pacto de no realizar actividades que sean concurrentes con la de la empresa). Su incumplimiento llevará aparejada las sanciones legal o contractualmente establecidas, y el cumplimiento de lo pactado podrá ser exigido a la parte incumplidora ante los Tribunales. Aquí y al amparo de la libertad de pacto, podrían introducirse en el protocolo medidas para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones. Así: articulando un sistema de infracciones y sus correspondientes sanciones, estableciendo cláusulas penales o estipulando una condición resolutoria.

3. En tercer lugar, pactos con fuerza o eficacia frente a terceros (pactos con trascendencia registral). Dentro de este capítulo pueden incluirse los acuerdos que, además de obligar a los firmantes frente a las demás partes implicadas, pueden oponerse y hacerse valer frente a terceras personas ajenas al Protocolo, para lo cual han de ser objeto de inscripción en un Registro público: en el Registro Civil, si son capitulaciones; en el Registro de la Propiedad, si son pactos de trascendencia real relativos a inmuebles y en el Mercantil, si son estatutos sociales.

Forma. Por último, en cuanto a la forma rige en esta materia el principio de libertad de forma (art. 1278 cc). Habitualmente el protocolo es un documento privado suscrito entre los miembros de la familia, que necesita instrumentos de desarrollo coetáneos o posteriores y que según el contenido serán capitulaciones, testamento o pacto sucesorio y estatutos sociales.

Pues bien, las ventajas de que se formalice en escritura pública son :

Por un lado, que la forma pública añade al protocolo la certeza de su fecha, su valor probatorio y su fuerza ejecutiva.

Por otro lado, que aprovechando la forma pública puede configurarse un protocolo familiar como documento omnicomprendivo que no necesite de instrumentos posteriores de desarrollo, como serían unas capitulaciones matrimoniales, o un testamento o pacto sucesorio o unos estatutos sociales. Así, en el caso de sucesión en empresa familiar individual, un protocolo familiar bien podría revestir la forma de pacto sucesorio donde se incluirían, como dice el artículo 66 de la ley de Sucesiones, cualesquiera estipulaciones mortis causa y las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan. También podría el protocolo familiar, en caso de empresario individual, revestir la forma de testamento mancomunado: piénsese en el caso de un testamento mancomunado entre el cónyuge viudo fiduciario y el hijo a quien va a dejar la empresa familiar. Cabe, en fin, citar el supuesto del artículo 12.2 LS, en virtud del cual el causante, en su disposición por causa de muerte, crea u ordena crear una persona jurídica que sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión. En dicha disposición el causante puede establecer el contenido que tenga por conveniente sobre la mencionada sociedad, estableciendo un auténtico protocolo familiar. Sería conveniente al objeto de asegurar que los herederos cumplen la voluntad del causante que estableciera la disposición sub modo, con la obligación de cumplir el protocolo.

En el caso de una sociedad familiar, si el protocolo reviste la forma pública, podría presentarse directamente a inscripción en el Registro Mercantil, al objeto de hacer constar la redacción de los estatutos sociales (que será la parte más importante del protocolo).

COLOQUIO

Moderador: D. Francisco Javier HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS

Muchas gracias a los dos ponentes por la profundidad y brillantez de su exposición. La riqueza de las cuestiones expuestas estoy seguro que dará lugar a un debate animado. Y antes no he querido interrumpir la secuencia de las interrupciones, pero no puedo dejar sin agradecer la publicidad institucional que el ponente ha efectuado al final de su intervención. Quienes quieran intervenir, les ruego, aunque conozco a casi todos, que digan su nombre, a efectos de la grabación del acta.

D. Pedro López Abecia. Abogado

A los dos ponentes pregunto: ¿se atreverían a formalizar unos estatutos sociales de una sociedad limitada con participaciones sociales sin voto? (Inaudible todo el resto).

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Yo lo comentaría con Julián Muro que es el Registrador Mercantil de Zaragoza (si la sociedad tiene su domicilio en Zaragoza). Yo creo que no cabe; de hecho se está estudiando el modificar la normativa para introducirlas. El argumento que dicen del Art. 53.4 de la ley de limitadas... En realidad, ese artículo está referido a que una participación social puede tener varios votos, no a que puede haber alguna que no tenga ninguno. Yo no... Yo lo dudo.

D. Pedro López Abecia. Abogado

¿Tú la inscribirías?

D. Fernando Curiel. Ponente

— Yo he estudiado el derecho civil y ese no es un tema de derecho civil. Y como tengo quince días para calificar, lo pensaré. No, no he estudiado el tema desde la perspectiva del derecho mercantil y no tengo más noticias que haber leído estos días alguna noticia. Da la impresión de que la problemática que se le ha planteado al gobierno, y la ponencia del senado, es la aplicación de las acciones sin voto a las de responsabilidad limitada, con lo cual da la impresión de que hoy estuviera excluida esa posibilidad. Es sólo un juicio a bote pronto. No me atrevo a asegurar, en este momento, cómo está el tema, pero me da la impresión de que ése es uno de los problemas que plantea la limitada y por el que se quiere orientar un poco la sucesión del empresario y la organización de las empresas limitadas familiares. En todo caso, el derecho aragonés no es diferente de cualquier otro en ese tema, eso es derecho común.

D. Adolfo Calatayud. Notario

Yo quería pedirle su opinión sobre ese límite, que muy acertadamente ha señalado el ponente, que constituye para la sucesión de la empresa familiar la viudedad. En concreto, el usufructo viudal es universal; como has comentado, la posibilidad de exceptuar unilateralmente por parte de un cónyuge, o reducir, mejor dicho, ¿No puede ser esto una limitación muy importante, para la sucesión de la empresa? Porque la situación de viudedad puede alargarse mucho tiempo y, a lo mejor, el cónyuge viudo no está en condiciones de

poder gestionar adecuadamente esa empresa. (inaudible). Actualmente, las opciones que da el derecho aragonés no parecen suficientes, . (ininteligible) la posibilidad de exclusión o sanción, pues. cuando . (ininteligible) la empresa ya estaría completamente arruinada, y la posibilidad de pacto siempre existe, evidentemente, pero no es el caso. Si el cónyuge viudo se resiste a renunciar a su usufructo viudal, pues los hijos u otras personas pueden contemplar como la gestión del viudo va acabando con la empresa y es muy poco lo que pueden hacer. Entonces lo que me planteo es pedirnos vuestra opinión porque estamos estudiando ahora este tema en la Comisión aragonesa de Derecho Civil, acerca de si no os parece que podría ser útil establecer alguna posibilidad de que se pueda sustituir unilateralmente el usufructo viudal por la propiedad de bienes concretos en algunos casos, ¿o es que el derecho de viudedad es tan sagrado que no podemos tocarlo en ningún caso?

D. Fernando Curiel. Ponente

Eso habría que planteárselo a todos los oyentes. Yo creo, me parece que lo he planteado, que la viudedad es un límite mucho más fuerte que la legítima. Yo puedo nombrar un heredero extraño siempre que respete la legítima, pero es que la viudedad se extiende a todo, y efectivamente a las empresas. Y las empresas son bienes dinámicos y productivos. Uno de los males de la empresa familiar es que por el hecho de ser familia tienes que dirigir la empresa, y hay que aceptar que tienes capacidad de dirigir por el hecho de tener un parentesco... Claro, aquí se impone necesariamente. Solamente el hecho de ser viudo o viuda te autoriza a administrar y a gestionar una empresa. A mí me parece que en el espíritu aragonés está el no imponer nada, y el permitir casi todo, es decir, respetando el contenido económico. Yo creo que hay que plantearse si, respetando el contenido económico, que es percibir las rentas necesarias para mantenerse el cónyuge viudo o los descendientes que de él dependan, debería autorizarse que la administración, sobre todo si es de empresas, de bienes productivos, se encomiende a otra persona y que se conmute el usufructo o pueda convertirse en un capital o bien en una renta. A mí me parece que habría que permitirlo pensando en las empresas, es decir, cuando en el caudal relicto existan empresas.

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Una solución a este caso que planteas sería el supuesto recogido en el Art. 12 de la Ley de Sucesiones; el causante ordena crear una sociedad, las acciones son de los hijos, tienen derecho de voto, y únicamente la viuda tendría ahí, como usufructuaria, un derecho económico y no podría dirigir la empresa. Esa sería la solución al problema del usufructo de viudedad.

Me llamo José Luis (ininteligible). Al hilo de la última intervención, que también se me había ocurrido a mí, ¿qué ocurriría si el consejo de administración decidiera, por ejemplo, reinvertir los beneficios de la empresa, o sea, no se acuerda un reparto de beneficios, qué ocurriría entonces con el derecho de usufructo de la viuda?

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

¿Si no se reparten beneficios?

Desconocido

O sea, si una empresa no tiene rendimientos, ¿qué ocurriría con los derechos usufructuarios de la viuda?

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

El usufructo sólo da derechos económicos. Si no hay dividendos...

Desconocido

Pero que, ¿hasta qué punto se puede decidir...?

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Si no se distribuye, para que haya reservas, siempre tendrá derecho a las reservas el día de mañana.

Desconocido

Pero de esta manera se puede terminar con el derecho de usufructo: no repartiendo beneficios, por ejemplo, reinvirtiéndolos en la empresa. ¿Eso no iría en contra de lo que es el espíritu de la institución del usufructo viudal? Entonces, en caso de que ocurriera así, ¿qué solución o qué mecanismo tendría la viuda?

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Yo no sé contestarte.

Ricardo Giménez. Notario

(Inaudible todo) Habla de los fondos de inversión en los que no se reparte ningún dividendo. La Ley catalana lo ha previsto.

Ángel Gracia Oliveros. Abogado

(Ininteligible). Estábamos hablando del usufructo universal viudal aragonés y la figura ha sido magníficamente (y además doy las gracias a los ponentes porque ninguno de ellos ejerce en Aragón, al parecer)...; pero hay una figura que es mixta y que también se produce, que es en la que el viudo resulta ser usufructuario universal y además fiduciario. Entonces el fiduciario usufructuario universal resulta que puede disponer en todo momento, hasta en el momento del testamento, de sus bienes propios, de los que le han podido corresponder, y además, de los del marido. Si esto es así, todo el protocolo ése que me ha descrito tan bien y que además lo estamos imitando de los americanos, una vez más imitamos cosas que nos vienen de fuera, aquí con esa fiducia juntamente con el usufructo, no necesitamos protocolo alguno, porque lo define el cónyuge supérstite, que es fiduciario y al mismo tiempo usufructuario. Pero, además, el protocolo, tal como está descrito y lo ha descrito maravillosamente y además me ha convencido y soy contrario al protocolo, da otra causa, y es que casi todo su contenido es hereditario. En Aragón es hereditario, y entonces ...

(.....)

... o ese protocolo no organizará más que problemas uno detrás de otro. Corto en este momento para que me contesten pero voy a continuar y voy a recuperar porque ya sabéis que me pasa.

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

No sé si he entendido bien. Es evidente que el testamento mancomunado puede ser una figura de protocolo con mucha importancia...

Ángel Gracia. Abogado

La única, además.

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Sobre todo en el caso de empresa individual, porque ahí es donde el tema sucesorio tiene mayor importancia. Si estamos ya en sociedades familiares, al haber un mayor número de socios y, sobre todo, el tema estatutario ya la cosa cambia. Pero hablando de empresa individual es tema sucesorio básicamente, y utilizar la vía del pacto sucesorio depende de los interesados en la sucesión.

Ángel Gracia. Abogado

Pero, aún habiendo varios, el supérstite, el que tiene la fiducia, puede dejar en Aragón, pues, un duro, o un euro, porque ahora ya no se puede hablar de duros. Entonces, el protocolo ese no sirve absolutamente para nada.

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Ya he dicho que el protocolo está orientado más al tema de la sociedad familiar.

Ángel Gracia. Abogado

No, no; en sociedad familiar, estamos con un padre, una madre y dos hijos, por ejemplo. Y los dos hijos trabajan en la fábrica. Entonces se muere el padre. Y entonces la madre se queda con la fiducia de poder designar quien sucede...

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Está usted hablando de sociedad familiar.

Ángel Gracia. Abogado

De sociedad familiar. La madre se queda con el derecho fiduciario de nombrar a cualquiera de los dos hijos, en cualquier momento o en su testamento, porque además tiene el usufructo universal, y por lo tanto tiene el mando de toda la sociedad. Y entonces digo yo ¿para qué quiero el protocolo? ¿Para qué me sirve el protocolo?

Fernando Curiel. Ponente

Da la impresión de que está pensando en una empresa individual que pertenece a una familia. De todas maneras, la fiducia, con todos los respetos, me parece que no soluciona los problemas del empresario. El fiduciario es otra vez el empresario unos años más tarde, es decir que los problemas de continuidad y conservación de la empresa no están solucionados con el fiduciario, simplemente se alarga un poco en el tiempo, permite tener unos años más para decidir eso, el sucesor, pero, bueno es un tema provisional. No afecta al tema del protocolo familiar que habla ya de una sociedad familiar algo más compleja, donde

suele haber relaciones familiares de varias ramas o grupos y donde hay que integrar la voluntad familiar previamente a la decisión empresarial. Entonces, ahí el cónyuge viudo no resuelve ningún problema, puede crearlos, pero no resolverlos.

Ángel Gracia. Abogado

Sí claro, pero entonces nosotros tenemos una cosa parecida que es el casamiento en casa, etc, etc, en donde los padres, antes de casar a los hijos, manifiestan cómo tiene que ser la casa de los hijos, la descendencia de los hijos...

Fernando Curiel. Ponente

Es que es parecido; yo creo que los pactos de comunidad, de asociación de familia, son un anticipo del protocolo familiar...

Ángel Gracia. Abogado

La única cosa que le digo es que, y llevo cincuenta y tantos años, no conozco en la tercera generación de una casa aragonesa que se continúe.

Fernando Curiel. Ponente

Eso es lo que hemos dicho al empezar. En eso estamos. Las empresas son lo mismo que las casas.

Ángel Gracia. Abogado

Y luego para el que está hablando, ha hablado usted de empresa, de empresario, se ha referido usted a empresario en español, claro, ¿pero se sabe concretamente quiénes son los empresarios?

Fernando Curiel. Ponente

He empezado también por decir que yo no me había enterado. Hombre, intuitivamente.

Ángel Gracia. Abogado

Le voy a poner el ejemplo de las profesiones liberales.

Fernando Curiel. Ponente

Eso tampoco sabemos lo que son.

Ángel Gracia. Abogado

Abogados, o médicos. Antiguamente el abogado y el médico, el abogado, normalmente, recibía en una mesa camilla. Ahora resulta que casi todos nosotros tenemos una oficina, tenemos fotocopiadora, tenemos libros, tenemos muchísimas cosas que realmente no las tenemos en la cabeza, que en definitiva es a lo que vienen a preguntarnos, a lo que nosotros podemos pensar de algo, pero ya tenemos una empresa. Y además yo digo ya que somos empresarios; es la posibilidad de una sociedad anónima o una sociedad limitada para ejercer el derecho, es además también la posibilidad de que haya varios hijos y le tengas que dejar a uno la profesión. ¿Somos comerciantes? ¿Somos industriales? Pues yo creo

que somos industriales porque en España el industrial es el que paga IAE. Y eso lo pagamos todos. O por lo menos lo intentamos pagar.

Fernando Curiel. Ponente

Yo creo que de la intervención, lo que pueden sacar los miembros de la comisión que está estudiando la reforma de la compilación es que, efectivamente, el usufructo de viudedad, que como es familiar va a estar en esa parte de la compilación, o en ley especial, es que, probablemente, hay que estudiar el tipo de bienes que están en el caudal redicto; y que, a lo mejor no se puede generalizar la naturaleza del usufructo y hay que pensar que la explotación agraria tradicional para la que se pensaba el usufructo de viudedad no tiene nada que ver con una empresa de ahora o con una sociedad... Pero eso hay que plantárselo, hay que imaginar situaciones y ver que acogida puede tener el usufructo y, sobre todo, si hay que dejar en libertad al testador...

Ángel Gracia. Abogado

Pero señor ponente, es que tenemos el 39.1 Ahí cabemos todos.

Fernando Curiel. Ponente

El 39.1 tiene su finalidad, que es la constitución de la comunidad matrimonial, pero aquí estamos hablando de la muerte, que es un momento muy posterior.

Ángel Gracia. Abogado

La constitución y la muerte están muy cerca.

Francisco Javier Hernández Puértolas. Moderador

Yo voy a rogar a D. Ángel Gracia Oliveros que permita otras intervenciones. El Excmo. Sr. Justicia.

Fernando García Vicente. Justicia de Aragón

Bueno, muchas gracias. Yo quiero felicitar a los ponentes por la ponencia que han hecho. Menos mal que no sabías nada de esto Fernando, cuando te lo encargué. Fernando, además de todo, es economista, también. Por eso ha venido un poco obligado, porque no había tanta gente que tuviera esas condiciones. Vamos a ver; has dicho una cosa que a mí siempre me ha preocupado y que es cierta. El 60% de las empresas familiares no pasan de la segunda generación. Y de la tercera no pasan el 80%. A mí Ramón Torrente me dice que no conoce ninguna que haya pasado de la segunda generación. Entonces, la empresa es algo más que la familia que está detrás. Hay detrás unos técnicos, unos trabajadores y es un componente social que es penoso que siempre desaparezca. Entonces, si resulta que estas empresas familiares duran menos que las demás, el planteamiento del protocolo familiar no debería ser en el sentido de decir, oiga, puesto que partimos de una situación especial, en que unos pocos tienen un control muy grande sobre la empresa, vamos a ver como regulamos esto para separar lo que es la propiedad de la gestión. Y que esos pocos no puedan controlar una gestión profesionalizada, como hacen en cualquier otra empresa, que el mercado requiere y exige para poder sobrevivir.

En ese sentido, el protocolo familiar, lo que tiene que tratar de conseguir es que esos

pocos que tienen el poder en sus manos no condicionen la gestión profesional de esa empresa que parece que es la que en definitiva tiene posibilidades de supervivencia. Nada más, gracias.

D. Juan Antonio Yuste. Ponente

Totalmente de acuerdo, De hecho ahí está la clave del protocolo, el separar lo que es familia de empresa. Un poco que en las relaciones entre una y otra entidad no surjan esos conflictos que normalmente suelen surgir y, sobre todo, tender a la profesionalización de la gestión de las sociedades; yo creo que eso es fundamental, que los vínculos familiares queden un poco fuera de lo que es la gestión profesionalizada. Y por eso está la figura del consejo de familia al que, parece ser, que se le quiere dar bastante importancia como vehículo donde la familia tome decisiones y luego las transmita al consejo de administración, que es donde estarán los técnicos que llevarán la gestión de la sociedad.

Francisco Javier Hernández Puértolas. Moderador

¿Hay alguna intervención más? ¿Alguien más desea intervenir?

Desconocido

¿Por qué ha descartado directamente el consorcio foral respecto de la empresa?

Fernando Curiel. Ponente

¿En la actualidad?

Desconocido

Sí.

Fernando Curiel. Ponente

Yo creo que la redacción del Art. 58 de la Ley 1/1999 justamente habla de inmuebles y excluye así a las empresas. Es una cosa que ya se había planteado además por alguien que expuso aquí o que ha publicado además un amplio estudio sobre el consorcio foral y que apoyaba, efectivamente, la aplicación del consorcio a empresas, es decir, que es quizá uno de los pocos artículos donde la ley no habla de bien o de conjunto de bienes que pueda interesar mantener. El 58 dice expresamente «salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos heredan de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos y en tanto subsista la indivisión, el llamado consorcio o fideicomiso foral». Antes habíamos discutido, desde hace tiempo en Aragón, si el consorcio era sobre bienes o sobre patrimonios. Hubo un tiempo que discutíamos si solamente el consorcio se aplicaba al mantenimiento indiviso del patrimonio relicto y no a los bienes concretos. La decisión del art. 58 es evidente. Abandona el tema de la indivisión del patrimonio y se inclina por la indivisión del inmueble. Y en el inmueble no cabe una empresa. La empresa puede tener inmuebles, pero lo que no puede ser es que la empresa sea un inmueble. El que se presuma aportada como sitio no la hace inmueble. Es un conjunto de bienes de todo tipo y heterogéneos. Lo que sí que yo creo que cabe en la libertad del empresario es hacer una especie de consorcio. A mí, me parece que eso sí que es posible, que él eligiendo varios sucesores, teniendo varios legitimarios sucesores, les imponga un régimen parecido al del consorcio para que se mantenga indiviso. Eso sí que creo que es factible. Digo que

no está impuesto por la ley, pero que creo que está en la libertad de disposición del empresario causante, con esta misma ley.

Francisco Javier Hernández Puértolas. Moderador

Si nadie más desea hacer uso de la palabra, muchas gracias de nuevo a los ponentes, muchas gracias a todos ustedes por su presencia y levantamos la sesión.