

La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones

FERNANDO LAGUNA IBÁÑEZ

SUMARIO.—I. *Reglas generales*: 1) Dimensión del problema.—2) Posibilidad de transmitir las deudas de la empresa.—3) Mecanismo de la operación.—4) La empresa, objeto de compraventa.—5) La S. de 25 de febrero de 1960.—6) El pago por el nuevo empresario.—7) La extinción de deudas como base para el saneamiento.—II. *Especialidades de la legislación*: 8) Contrato de trabajo.—9) Arrendamiento de local de negocio.—10) Fusión de S. A.—III. *Empresas con régimen especial*: 11) Empresa marítima.—12) Empresa de seguros.—13) Empresa bancaria.—IV. *Examen de algunas obligaciones que gozan de caracteres propios*: 14) Derecho cambiario.—15) Créditos bancarios.—16) Compraventa de mercancías: razón de su estudio.—17) Hipoteca mobiliaria.—18) Responsabilidad extracontractual.—V. 19) *Gravámenes fiscales*.

I. REGLAS GENERALES

1) *Dimensión del problema*.—La transmisión de deudas ofrece particularidades en el campo mercantil dignas de consideración. Aparte de los casos específicos en que se puede hablar de una identidad más o menos perfecta con la delegación, destaca el supuesto de transmisión de empresa mercantil por su titular a una persona que ocupará su situación en el seno de aquélla. No cabe duda de la vigencia del problema, como tampoco es difícil presumir el deseo de las partes del negocio de que el nuevo empresario se haga cargo de las obligaciones del antiguo, salvo en supuestos auténticamente excepcionales.

La problemática de nuestro tema se desarrolla casi exclusivamente en el campo del Derecho de obligaciones. Existen supuestos en los que cabe defender la ampliación de responsabilidad a personas diferentes del empresario, pero con muy poca relación con la delegación de deuda.

Consideremos el usufructo de empresa mercantil, cuya admisibilidad como objeto del expresado derecho real ya es bastante discutible, en el cual se plantea inmediatamente la suerte de las deudas que la gravan. De los modos enumerados en el artículo 468 C. c. como aptos para constituir el usufructo parece la voluntad de las partes manifestada en acto entre vivos la menos dificultosa o, por lo menos, aquella

de más fácil interpretación de la voluntad de las partes. Por el contrario, pensemos en el padre o la madre a quienes corresponde el usufructo de los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiere con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo (artículo 160 C. c.); en el derecho a usufructuar el tercio de mejora de que gozará el cónyuge al morir su consorte, mediando algunas circunstancias (art. 834); todavía más en el marido administrador y usufructuario de los bienes que constituyan la dote inestimada.

Mientras cuando el usufructo se haya constituido libremente, pueden las partes decidir que el usufructuario se hará cargo de las deudas que graven el objeto—previo consentimiento de los acreedores—, ¿qué alcance será lícito conceder a la voluntad de la ley cuando sea precisamente una empresa mercantil el bien disfrutado? Al no prever esta eventualidad los artículos 467 y siguientes del Código civil, su aplicación adolecerá siempre de insuficiencia.

La solución parece poco menos que imposible de encontrar cuando los padres usufructúan una empresa mercantil adquirida por su hijo en las condiciones del artículo 160. Si difícil es fijar el alcance del mismo, aún lo es más precisar la suerte de las deudas que gravan la empresa usufructuada, porque el especial destino de la misma hacia el futuro y la importancia que tiene sea una u otra persona responsable de una obligación mercantil son factores de primerísima importancia.

Sin entrar en el fondo de la cuestión, nos parece más atinado defender en tal caso una especial interpretación del usufructo y sus normas reguladoras. En verdad, no parece muy probable que un menor de edad haya adquirido con su trabajo o industria una empresa mercantil; habrá que limitar entonces el problema al supuesto de adquisición a título lucrativo. No es posible intentar una construcción analógica a la del menor de edad que continúa el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes por medio de guardadores (artículo 5 C. c), pues la hipótesis es diferente. Aquí se trata no ya de averiguar el derecho a la gestión de los bienes del descendiente, sino la afección del propio patrimonio a las responsabilidades que graven el bien usufructuado. Parece en tal caso que el usufructo debe limitarse a los resultados de la actividad empresarial mejor que defender su extensión a los bienes que en su conjunto componen la empresa. Notemos sobre todo la transmisión de la empresa al menor y la inevitable responsabilidad a que quedarían sujetos sus bienes como resultado de semejante operación. El empresario será el menor de edad y sus acreedores perseguirán exclusivamente su patrimonio, sin perjuicio de las acciones que en su día puedan originarse entre aquél y los usufructuarios.

Los mismos argumentos serán aplicables al caso del cónyuge que disfruta el tercio de mejora, si precisamente constituye una empresa mercantil. Más enojoso es el problema del marido que recibe la explotación mercantil como dote inestimada, sobre todo a la vista de las

medidas de seguridad del artículo 1.358, muy poco expresivas de la importancia de la empresa como conjunto de bienes y, por el contrario, disgregados de los elementos que la componen. Además—siguiendo la observación de LACRUZ BERDEJO (1)—, la desconfianza y oposición de intereses propios del usufructo ordinario están sustituidas por el espíritu de cooperación entre los cónyuges y, mediando el régimen de comunidad de gananciales, la mujer participa de los frutos producidos por la dote. El mismo carácter permanente del matrimonio aconseja un tratamiento distinto del usufructo ordinario y por ende un régimen distinto de responsabilidad. Ya no puede decirse que exista una tajante separación entre los bienes de propietario y usufructuario; por el contrario, tendrán la consideración de gananciales los productos de la empresa —artículo 1.401 C. c.—, debiendo ser de su cargo las deudas y obligaciones contraídas por el marido —1.408, 1.—, todo lo cual provoca una vinculación de determinados bienes a las resultas de la actividad empresarial muy distinta de los otros supuestos que hemos comentado.

Pero no sería justo mencionar una última posibilidad que —con la excepción del problema suscitado por el artículo 1.357— parece la más frecuente: la expresa mención por la persona que constituye el usufructo de la suerte que deberán correr las deudas; un dato de tanta importancia difícilmente pasará inadvertido, pero cuando así suceda los obstáculos se manifestarán en el sentido que quedó señalado.

Un ligero repaso al articulado del C. c. en materia de usufructo nos confirma la sospecha que antes indicábamos: su escasa aplicación al caso de que tal Derecho real grave una empresa mercantil. El artículo 473 sólo roza el problema mencionando el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil, que tendrán la consideración de productos o frutos. Nada importante, en realidad, para la cuestión que analizamos. Y el pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideren gravámenes de los frutos, a cargo del usufructuario, así como el de las contribuciones que se impongan directamente sobre el capital, que pesan sobre el propietario (arts. 504 y 505, respectivamente), pese a su trascendencia incuestionable en el orden fiscal tampoco arrojan luces definitivas sobre la transmisión de las obligaciones. Por fin, la remisión a los artículos 642 y 645 que efectúa el artículo 506 sólo decide la obligación de pagar las deudas del propietario anteriores a la constitución del usufructo y la responsabilidad del usufructuario cuando le proceda en fraude de acreedores. No obstante, el precepto últimamente citado proporciona dos elementos de notoria utilidad: la necesidad de una imposición expresa de pagar las deudas del propietario y la posibilidad de gravar con usufructo un *patrimonio* en su totalidad, que bien puede ser una empresa mercantil. Sin que lo último

(1) LACRUZ BERDEJO: voz *Dote*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", VII, Barcelona, 1955, pág. 870.

signifique, sin embargo, adhesión a la teoría que identifica los conceptos de empresa y patrimonio.

2) *Posibilidad de transmitir las deudas de la empresa.*—Es preciso que la responsabilidad se adquiera en rango primero, no que se garanticen de alguna forma operaciones ajenas, pues el análisis de una eventualidad semejante correspondería al estudio de los contratos de garantía. Se trata, como solución ideal, a la vista de las dificultades de construcción en nuestro Derecho, de que tras la delegación de deuda subentre un nuevo deudor en la posición del antiguo —que queda liberado—, permaneciendo invariada la obligación (2). Este será uno de los primeros efectos que las partes contratantes deberán regular cuando una de ellas enajena a la otra una empresa mercantil: la suerte que correrán las deudas de la empresa en lo sucesivo y cuál será la posición de vendedor y adquirente en relación a ellas. De lo contrario, si el transmitente pasa a afianzar al comprador podrán complicarse las relaciones en gran manera. Sabemos, por ejemplo, el respeto que tienen el C. c. a la identidad de la cosa debida en el momento de extinguir la obligación y en relación con el contrato de fianza: el artículo 1.849 C. c. libera al fiador cuando el acreedor acepta voluntariamente un inmueble o cualesquiera otros efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción. Si hubiere que aplicar esta regla a nuestro caso —y así sucedería cuando se estipulase la garantía del antiguo empresario— la reducción de la responsabilidad del fiador podría irse operando paulatinamente, según se fuesen entregando *aliud pro alio*.

Señalaba hace algunos años CALVO ALFAGENE (3) la necesidad del consentimiento por el acreedor, sin que sea vinculante la simple circular anunciando el traspaso íntegro de la empresa. A su parecer, el anuncio del traspaso íntegro de la empresa sólo indica una notificación de un contrato que contiene una estipulación en favor de tercero, consecuencia del cual es una *invitatio ad offerendum* para realizar el traspaso de la deuda. La solución es sugestiva, pero, a nuestro juicio, hay que matizarla más. Sin negar la indudable afinidad que media entre la transmisión de deuda y el contrato a favor de tercero existe un pequeño inconveniente en la tesis expuesta.

El contrato es exactamente uno de compraventa y la estipulación a favor de tercero la cláusula previsoras de que el pago se verificará a una persona determinada. Lo que no puede hacerse, en nuestra opinión, es resolver el problema afirmando que la aceptación del acreedor produce sin más la validez de la operación. Esto será cierto, sin que quepa oponerle la más pequeña objeción, para explicar el traspaso de las deudas una por una y consideradas individualmente, por lo tanto su ámbito es muy reducido. Precisamente la imposibilidad de considerar a la masa de acreedores en bloque —en la que, a semejanza de

(2) La asunción privativa o liberatoria del Derecho alemán. Vid. STATDINGER: *Kommentar Zum BGB*, Leipzig, 1929, II-3, pág. 1469.

(3) CALVO ALFAGENE: *La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos*, A A M N, I, 1945, pág. 552.

lo que sucede en Derecho de quiebras obligase a una determinada proporción mayoritaria impide identificar la cuestión con un sencillo contrato a favor de tercero. De acuerdo con el fundamental artículo 1.205 C. c., la sustitución del deudor precisará el consentimiento del acreedor, de todos los de la empresa, uno a uno, y esto determinará que mientras unas veces la delegación de deudas se habrá consumado, en otros habrá sido denegada la admisión del nuevo deudor—pese a lo cual el contrato de compraventa básico será perfectamente eficaz, respetando siempre la posición deudora del primitivamente obligado—mientras que finalmente, en algunas ocasiones, el acreedor habrá consentido en el cambio siempre que el primitivamente obligado garantice el pago. La aparición de un contrato accesorio de fianza—cuyos inconvenientes en el campo de la venta de empresa mercantil acabamos de considerar—provoca una nueva modalidad en el cumplimiento de la obligación. Las posibilidades, como puede verse, son bastante amplias, sin que quepa estructurarlas precisamente por el procedimiento del artículo 1.257, 2, C. c.

No hay que extrañarse, a la vista de lo expuesto, de que la opinión más extendida en nuestra Patria sea, como luego se ha de ver, la que niega la posibilidad de construir unitariamente la venta de la empresa mercantil. A nuestro modo de ver, es precisamente la existencia de varios acreedores la que dificulta la elaboración, pues—en principio—nada obsta para que en las relaciones transmitente-adquirente se considere la empresa como un todo por medio de un pacto en tal sentido que evite las reclamaciones de posibles vicios partida por partida.

Concretando ahora el ámbito de nuestro examen podemos declarar que generalmente se limitarán las delegaciones de deudas de la empresa mercantil a las hipótesis siguientes: usufructo, venta y delegación individualizada de una deuda (4). El último caso es el mismo que el de Derecho civil. Examinado el primero, nos detendremos ahora en la venta de la empresa y sus resultados sobre las deudas que la gravan.

3) *Mecanismo de la operación.*—Al analizar el artículo 1.445 C. c. apercibimos que uno de los contratantes se obliga a entregar una empresa—cosa determinada—y la otra a pagar por ella un precio cierto. La complejidad del concepto de empresa mercantil provoca abundantes dificultades respecto a la primera parte del precepto; en cuanto a la forma de pago podrán estipular los contratantes la forma que prefieran: contado, plazos, etc. Por fin, alcanzará cierta importancia el artículo 1.449, impidiendo la determinación unilateral del precio por uno de los contratantes.

Señalaba HEINSHEIMER (5) cómo en los supuestos de transmisión la empresa forma el objeto unitario del contrato obligacional de enaje-

(4) Salvo también el caso de fusión de sociedades y el de donación, de cuyo régimen destacan los ya examinados arts. 642 y sig. C. c.

(5) HEINSHEIMER: *Derecho mercantil*, por Geiler. Traducción y anotación por Vicente y Gella. Editorial Labor, 1933, pág. 46.

nación, mientras que la cesión real al adquirente sólo puede realizarse por medio de la tradición de los distintos valores que deban entrar en la enajenación a tenor del contrato y de acuerdo con los usos de comercio. Aunque parece flotar en torno a esta afirmación la sombra de los §§ 929 y 925 BGB (6), tan diferentes del sistema de la compraventa en nuestros Códigos, es lo cierto que su utilidad para nuestro estudio es bastante grande. Según el artículo 1.451 C. c., es suficiente la conformidad en la cosa y en el precio para la existencia de la compraventa, ratificando el artículo 1.445, que parece poner el acento en las promesas de distinto signo que verifican las partes. Pero ante la ausencia de regulación de la venta de la empresa mercantil será cierta la necesidad de efectuar una cesión real al adquirente para estimar verificada la entrega. En verdad, el artículo 1.462, 2. C. c. parece facilitar el problema cuando asimile el otorgamiento de escritura pública a la entrega de la cosa objeto del contrato, salvo pacto en contrario; pero notemos la existencia de diversas partidas de la empresa, cuyo régimen no se integra en la transmisión de la empresa como un bloque: piénsese en la existencia de inmuebles y en el problema de la doble venta del artículo 1.473.

Perfilamos todavía más la opinión de HEINSCHEIMER que hace poco transcribíamos, conviene precisar que la expresión por él usada de que la cesión al adquirente se *realiza* por medio de la tradición habrá que entenderla en nuestro Derecho --a la vista del artículo 609 C. c. -- como que se *completa*. Nos parece más adecuado el uso de esta expresión, sin entrar en el análisis detenido del problema.

Toda esta materia se relaciona con el saneamiento de la operación, que luego examinaremos. Este es, sin embargo, el momento de declarar que un dato preponderante debiera ser la existencia previa de la empresa como actividad económica que será continuada por el adquirente. Sólo se trata de una sustitución de empresario y una inalteración de las restantes circunstancias. En este punto la regulación del Registro mercantil alcanza insospechada trascendencia.

Supongamos una venta de empresa mercantil por su titular, comerciante inscrito en el Registro. De acuerdo con el artículo 26 del C. c., sólo un documento inscrito puede perjudicar a tercero y precisamente desde la fecha de su inscripción. Un repaso a los artículos 69 y siguientes del Reglamento del Registro mercantil nos revela que no es obligatoria la inscripción de la transmisión de la empresa, ni siquiera la de cesación de la industria. Aunque las partes del negocio decidan voluntariamente cumplir con la formalidad de inscribir en el Registro mercantil la operación que han llevado a cabo lo cierto es que servirá para muy poco una conducta semejante. Pues, en primer lugar, no se operará la transferencia de la empresa por el

(6) HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, II, traducción y notas por Díez Pastor y González Enríquez, Madrid, 1955, págs. 162 y sigs.; LARENZ: *Derecho de obligaciones*, II, traducción y notas por Santos Briz, Madrid, 1959, páginas 19 y sigs.

simple hecho de especificarse el nombre del adquirente, que deberá solicitar su inscripción en el Registro, de acuerdo con el artículo 70 y siguientes del Reglamento, si desea disfrutar de la eficacia protectora de la institución. Además, y como GARRIGUES (7) ha puesto de manifiesto, aunque se verifiquen inscripciones extralegales, el Tribunal Supremo les niega los efectos positivos de la publicidad.

Encontramos entonces que la empresa es un factor externo al Registro mercantil. Este no se preocupa más que de la inscripción de personas, naturales o jurídicas, sin importarle nada la suerte de su actividad. El Registro mercantil es de comerciantes y no de empresas (8).

Descubrimos por fin la importancia que tendría la concepción opuesta en el problema que intentamos resolver. Si pudiese ser inscrita la empresa y sus eventuales transmisiones se facilitarían en gran forma las inevitables disidencias que nacen entre el Registro mercantil y el de la propiedad. Pues cuando la empresa es transmitida puede suceder que el nuevo titular se inscriba en el Registro, que exista una escritura pública regulando minuciosamente todos los elementos que la componen, y que, sin embargo, se produzcan algunas consecuencias dañosas para el legítimo adquirente. Por ejemplo, cuando algún inmueble es doblemente enajenado y el comerciante no inscribe en el Registro de la propiedad. O incluso cuando es la empresa misma el objeto de la doble venta, hipótesis que se nos autoja más correcta ante las dificultades que suscitaría el reconocimiento de efectos inmobiliarios registrales a las inscripciones del Registro mercantil, aun cuando se diese cabida en éste a la escritura de transmisión.

En el caso últimamente mencionado observamos que la voluntaria inscripción en el Registro de la transmisión de la empresa, e incluso la de uno de los adquirentes, complica más que aclara la situación.

Pues la necesidad ineludible de verificar la entrega de los bienes uno a uno y no en bloque podrá acarrear como resultado que los elementos componentes de la empresa pasen a diferentes manos sin que pueda hacerse nada para evitarlo. Aparte de la escritura que parece ser existirá para cada una de las enajenaciones, los adquirentes deberán observar una conducta activa si quieren evitar que alguien entre con la posesión de los bienes. Se percibe así la escasa utilidad del Registro mercantil para dar seguridad a una operación del tipo expuesto. Imagínese, por el contrario, las ventajas que produciría la existencia de un registro de empresas permitiendo seguir la vida de las inscritas paso a paso, sin dar ocasión a maniobras fraudulentas.

En cuanto a las deudas que gravan la empresa la situación es la siguiente: supongamos que se ha llegado a un acuerdo con los acreedores en diferentes sentidos. Mientras unos han admitido el cambio de

(7) GARRIGUES: *El Registro mercantil en Derecho español*, RCDI, 1930, págs. 667 y 741.

(8) La frase es de OLIVENCIA: *La inscripción del comerciante individual en el Registro mercantil*, RDM, 71, 1959, pág. 80.

deudor, otros no lo han hecho, mientras que los pertenecientes a un tercer grupo han acordado pasar por la sustitución en la deuda siempre que responda subsidiariamente el primitivamente obligado. Lo propio puede suceder si media una segunda enajenación de la empresa, observando siempre que deberán concurrir una serie de circunstancias especiales que disimulen la anterior transmisión, como la falsedad de los libros de contabilidad, pues un examen somero de los auténticos permitirían identificar velozmente el verdadero estado de la empresa con la lógica sospecha ante el silencio de algunos acreedores.

Así, mientras los acreedores que consintieron en el cambio de deudor contarán con la garantía del nuevo, los que se negaron se encontrarán en una situación más difícil, pues las primitivas deudas se unirá la acción de la persona defraudada. Ciertamente también la que se encuentre como responsable directa de las obligaciones intentará recobrar la cantidad que pagó, pero esto no influirá en nada sobre los créditos que serán satisfechos, pues en nada puede viciarles la regularidad de la operación que motivó el cambio de deudor, en la que ellos no fueron parte. Debe recomendarse aquí la máxima abstracción, so pena de inutilizar la utilidad de la transmisión de deuda. Si se concibiera como un negocio causal correría peligro la institución misma en cuanto difícilmente transigirían los acreedores en la sustitución, al correr el riesgo de la menor solvencia del nuevo obligado unido a las excepciones de la antigua relación (9), y cuando el transmitente asuma la posición de un fiador, tampoco se modificará la relación principal que medie entre el nuevo deudor y el acreedor originario.

Generalmente, las legislaciones más caracterizadas contienen alguna regla sobre este punto. Destacan por su importancia los párrafos 25 y 26 HGB, por los cuales responde el adquirente ilimitadamente de las deudas del anterior propietario si se sirve de la firma de éste, sin que la responsabilidad se reduzca al importe de los valores que recibió; asimismo, es responsable el antiguo empresario de las deudas del negocio. Con todo, es posible por medio de la inscripción en el Registro y la publicación de que el pasivo no ha sido transmitido, o incluso mediante la advertencia a los acreedores de tal evento, evitar la res-

(9) Quizá sea difícil llegar a una conclusión válida para todas las hipótesis, pero supóngase tan sólo que el nuevo deudor haya aceptado diversas letras de cambio escalonadas para abocar el débito. En tal caso, la abstracción cambiaria será la defensa más eficaz de que dispondrá el acreedor, pues—incluso cuando no haya sido negociado el título—parece demasiado osado entender que no existiendo vicio en la relación librador-librado puede esgrimirse la causa remota de la creación de la letra. Sobre estos problemas Cfr. la S. de 22 febrero 1960.

(10) Guarda relación con este punto el art. 15 HGB referente a la publicidad material del Registro de comercio. Recalca la doctrina que sólo se está dispensado de conocer las inscripciones en los casos de fuerza mayor, cuando vaguen los Tribunales o al interrumpirse la publicación de los periódicos. Cfr. HILDEBRANDT, nota 19 al § 15 en el *Handelsgesetzbuch* de Scheffgelberger (comentado también por Gessler, Hefermeil y Schöder), 3.^a ed.,

ponsabilidad del nuevo propietario (10). Como puede observarse, la diferencia no puede ser más profunda con nuestro Derecho al ser precisamente el primer efecto la transmisión de las deudas. El sistema del H G B es el mismo en el Código suizo de las obligaciones, artículo 181, que tras precisar la responsabilidad solidaria del antiguo y el nuevo, establece un plazo de duración de dos años, contra cinco en el sistema alemán (11).

Esta última característica del Derecho germánico aún nos revela una especialidad del Derecho español, consistente en la imposibilidad de precisar los plazos de responsabilidad. En defecto de pacto expreso, será aplicable el artículo 1.843 que faculta al fiador para solicitar la liberación de la fianza al cabo de diez años cuando la obligación principal no tiene plazo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor del indicado. Pero notemos que tratándose de obligaciones mercantiles difícilmente carecerán de plazo de vencimiento, lo que producirá una excepcional aplicación del precepto. Además, la responsabilidad sólo tendrá el carácter de solidaria cuando así se pacte expresamente, por la conocida característica de estar ausente de nuestro C. de c. una norma que determine la solidaridad en las obligaciones mercantiles. Puede concluirse que el sistema español no se distingue precisamente por su elasticidad, requiriendo un pacto expreso de responsabilidad, que además no será forzosamente solidario y con un plazo de duración a todas luces excesivo.

En el Derecho italiano—por proporcionar un elemental panorama de Derecho comparado—aparecen en el artículo 1.560 del Código civil los derechos relativos a la *azienda* cedida: el alienante no se libera de las obligaciones inherentes al ejercicio de la misma y anteriores a la enajenación más que cuando los acreedores han consentido. Responderá de dichos débitos el adquirente si están expresados en los libros contables obligatorios.

Observa AULETTA (12) que aunque la norma hable de liberación total del alienante y de consentimiento unánime de los acreedores es imposible desconocer el derecho a disponer del propio crédito, por lo que ante la presencia de un conjunto de causas y efectos y no de un

1955, Berlín y Frankfurt, con ejemplos un poco pintorescos: el tercero no podía conocer la inscripción por encontrarse cerrado el tribunal donde se halla el Registro; o la revista en la que se publican las inscripciones ha sido robada del buzón del tercero... Pero como principio general indica el autor que hay que *einen strengen Masstab anlegen* y hay que exigir un *weitgehende Erkundigungspflicht*.

(11) Pueden consultarse GÜHL: *Das schweizerische obligationenrecht*, 5.^a ed., Zürich, pág. 227 y sigs; y OSER-SCHÖNENFELDER: *Das Obligationenrecht*, V, 1, 2.^a ed., Zürich 1929, págs. 771 a 774 (sobre todo pág. 773 con detalles sobre la cuestión de la responsabilidad del viejo y nuevo empresario).

(12) AULETTA, en el *Comentario del Codice civile* de Scialoja y Branca, Libro V, Bologna-Roma 1959, pág. 66. Vid. también pág. 69, nota 2, donde se recoge la opinión de MOSSA relativa a las condiciones que deben reunir los libros de comercio a los fines señalados en el artículo.

efecto y una causa inescindibles es posible que sólo consientan la operación algunos acreedores, respecto de los cuales cesa la responsabilidad del alienante. Aparte de la mayor proximidad que existe con nuestro sistema merece destacarse que el objeto de la enajenación no es la empresa, lo cual es indudablemente exacto en cuanto no es posible transmitir una actividad económica (art. 2.082 C. c.), sino únicamente el complejo de bienes que la componen. Sin que por ello quede desasistido el nuevo titular, pues su empresa es objeto de una especial protección, por el cauce del artículo 2.557. Pero estimamos que, sin dudar sobre su exactitud técnica, resulta más expresivo para el Derecho español hablar de la enajenación de la empresa, a la vista del escaso material legislativo y jurisprudencial de que se puede disponer.

En Derecho francés la venta de un *fonds de commerce* se rige por la ley de 17 de marzo de 1909 y por algunos artículos de la ley del 29 de junio de 1935, distinguiéndose entre los acreedores protegidos por un privilegio, a quienes la conducta del deudor no puede perjudicar, y los acreedores quirografarios que —por el contrario— necesitan una protección especial lograda por medio de un especial sistema de publicidad (13). Señalemos también que el fondo de comercio es instrumento de trabajo del comerciante objeto de la enajenación; tesis admitida incluso por el autor que más ha defendido la idea de empresa en el Derecho francés —y nos estamos refiriendo a ESCARRA— porque, en verdad, si la empresa es la repetición profesional de actos de comercio, descansando sobre una organización preestablecida (14), difícilmente se puede admitir la transferencia de aquélla si se estima como un acto puramente material de insistencia en una actividad comercial.

Pero en nuestro Derecho, aparte de la imposibilidad ya conocida de construir la transmisión de la empresa como un negocio jurídico unitario, existen pocos factores que ayuden a la elaboración. Vimos ya la garantía que podría ofrecer el acceso al Registro mercantil de la operación estudiada (15) y nos queda ahora por considerar la validez que tendrán para los acreedores y terceros en general los avisos en que se les comunique la realización de la venta.

Si en algún caso —como sucede en la práctica con frecuencia— se anuncia en la prensa el cambio de propietario de una empresa mercantil (que generalmente se manifiesta con el equívoco denominador “nueva dirección”), ¿implicará esta publicidad extrarregistral cierto conocimiento para los acreedores? Es imposible defender una afirmación semejante, sobre todo ante la manifiesta inexistencia de un uso mercantil al respecto. Y aunque pudiera hallarse, encontraría un

(13) Cfr. ESCARRA: *Cours de Droit commercial*, París 1952, pág. 187 y sigs.

(14) ESCARRA, ob. cit., pág. 168.

(15) Ya propugnaba ESTASEN la inscripción en el Registro de “Las cesiones y traspasos de los establecimientos mercantiles, casas de comercio, etc..., y los contratos en que se impusieran gravámenes sobre dichos establecimientos, sucursales y dependencias”, *Reforma del Registro mercantil*, R. G. L. J., 113 (1908), pág. 205.

obstáculo formidable en el artículo 1.205 C. c. No sería oportuno entrar en el examen del uso *contra legem*, pero opinamos que en el caso indicado es de muy difícil implantación en nuestro Derecho: no parece muy probable que un deudor pueda utilizar la enajenación de su empresa mercantil—en el ejercicio de cuyo tráfico contrajo la obligación—y la publicidad que se hizo para ampararse en la responsabilidad del adquirente. Indiquemos además que cuando aparecen en la prensa diaria declaraciones en el sentido más arriba expuesto, tratan, quizá, solamente de orientar al público hacia un establecimiento desacreditado en mayor o menor grado, intentando hacer cundir la confianza si se indica además el nombre del nuevo responsable. La trascendencia mercantil del acto es, como puede verse, muy poca.

Tampoco puede darse valor alguno a las cartas que dirija el antiguo empresario a sus acreedores comunicándoles la operación que ya ha llevado a cabo o que se propone realizar en un momento inmediato. Sólo podrá significar la conclusión de una gestión previa que desembocará en el consentimiento del acreedor en alguna ocasión. Conviene precisar también que alguna vez, habiéndose enterado el acreedor del cambio de titular de la empresa, se pondrá en contacto con el enajenante para precisar la situación. Por el contrario, el acreedor privilegiado—con una garantía específica—no necesitará un cambio de impresiones con el obligado para tomar precaución de ningún tipo.

Hay, sin embargo, un punto que no queda suficientemente explicado y en el cual pensamos puede hacerse alguna observación interesante. Los acreedores del empresario transmitente no pueden oponerse a la enajenación que su deudor pretende llevar a cabo, aunque consideren que su crédito puede peligrar. Deberán esperar al vencimiento de sus créditos, y si no encuentran bienes suficientes para resarcirse en el patrimonio agredido no les cabrá otra solución que ejercitar las acciones del artículo 1.111 y concordantes del C. c. Pero aunque empleen tales remedios, su situación puede ser bastante más insegura que antes de realizarse el negocio traslativo. Porque cuando el deudor carezca de suficientes bienes o no posea derechos y acciones ejercitables, la impugnación de los actos fraudulentos exige ciertas circunstancias, recogidas en los artículos 1.297 y 1.298 C. c., que no se encontrarán forzosamente en la transmisión del negocio.

Podría objetarse que las condiciones personales del deudor son las mismas si se vende la empresa que si no se concluye un negocio de tal naturaleza. Así debiera ser, pero es imposible desconocer que la rentabilidad del establecimiento habrá sido factor importante para la realización del negocio. Incluso cuando la venta se haya hecho por bajo precio y no resulte una cantidad suficiente para cubrir todos los pagos, podría protegerse el adquirente de buena fe con evidente perjuicio de los acreedores que prefirieron seguir disfrutando de su crédito en la misma forma y frente al mismo deudor; bien es cierto que

en este último caso el artículo 878 C. de c. facilitará bastante la solución, pese a su torpe actuación en otros casos. Aún puede suscitar una última duda la posibilidad de declarar en quiebra a quien de presente no tiene la condición de comerciante. A nuestro parecer, es plenamente lícito el hacerlo, habida cuenta de que las obligaciones que determinan el procedimiento concursal tienen un probable origen en la época empresarial y en definitiva deben estar sometidas al procedimiento adecuado para el incumplimiento de las obligaciones del comerciante. Más dificultades suscitan las deudas de nacimiento anterior a la época en que comenzó la actividad empresarial: podría pensarse que no quedarían sujetas a los resultados de la profesión de su titular en cuanto la abandonase.

No es correcto llegar a una conclusión tan formalista, con muy pocas probabilidades de prosperar en la realidad. El dato, a nuestro parecer insoslayable, es la cualidad de comerciante en el momento de la enajenación; si los acreedores no han tolerado la transmisión de deuda hay que entender que prefieren conservar su crédito en la misma forma y con las mismas notas características que poseían cuando el contrato traslativo de la propiedad de la empresa fué llevado a cabo.

Pero volviendo a un punto anterior, y sin recurrir a ejemplos extremos de incumplimiento de las obligaciones con derivaciones de Derecho de quiebras, insistamos en el peligro que corren los créditos de los acreedores si la conducta del transmitente es desarreglada con posterioridad a la enajenación. Nada autoriza a pensar que se produce un vencimiento anticipado, y todavía menos a defender el derecho del acreedor a solicitar un pago también anticipado. Quizá pudiera encontrar un pequeño resquicio a favor de esta última posibilidad, aunque el artículo 1.127 C. c. asegure que el término se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor. Notemos que según el artículo 1.129, 1, del mismo cuerpo legal, pierde el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda (16); así, y sobre la base de este artículo es posible sustentar la tesis del vencimiento anticipado cuando sobrevengan los acontecimientos señalados. Mas aunque esta dirección prosperase, siempre persistiría el riesgo para los acreedores, al no necesitarse su consentimiento para la venta de la empresa y al requerir el precepto del Código civil últimamente transcrito que el deudor *resulte* insolvente: la mera sospecha no es suficiente para la producción del efecto reseñado.

Por fin, cuando se comunique a los acreedores mediante circulares o en la forma que se considere oportuna la venta de la empresa, con la invitación de aceptar el nuevo deudor, si no responde deberá considerarse que deniega la posibilidad de la admisión. Y, naturalmen-

(16) Este artículo se refiere sólo al plazo favorable al deudor. Cfr. SANTAMARÍA, siguiendo a DE BUEN, *Comentarios al Código civil*, II, Madrid 1958, página 63.

te, será nula toda cláusula redactada en el sentido de vincular al acreedor si no se pronuncia en un sentido y otro en el plazo que se le conceda.

Y para finalizar con este apartado mencionemos sucintamente el valor de la contabilidad de la empresa a efectos de conocimiento por el adquirente de las obligaciones que la gravan. El vendedor permitirá lógicamente el examen minucioso de los libros para decidir la situación de la empresa. No hay que entender en este punto que se lleva a cabo un examen de la contabilidad con el alcance de los artículos 46 y siguientes del C. de c. (17), antes bien, será muy profundo y con amplia información sobre los pormenores de las anotaciones. ¿Qué sucederá cuando algún dato expresado en los libros contables no corresponda a la realidad, por ejemplo cuando una deuda esté contabilizada por un importe inferior al real habiendo consentido el acreedor en la delegación sin mencionar aquél? Includablemente, no podrá perjudicar al titular del crédito siempre que pruebe su cuantía. Pero en las relaciones entre transmitente y adquirente puede dar lugar a ciertas colisiones, cuyo examen nos reservamos para el momento oportuno.

Lo que no ofrece dudas es la aplicación del artículo 48 a las cuestiones que se susciten entre el nuevo empresario y las contrapartes en los negocios pendientes de realización. Como tampoco cabe oponer argumentos muy sólidos a la profunda revisión de que necesitará ser objeto la contabilidad, especialmente cuando haya habido consentimiento por algún acreedor en el cambio de obligado. Entonces, se reducirá el pasivo de la empresa por el importe de los créditos que continúan pesando sobre el deudor originario. La continuidad en los asientos contables recomienda más que la apertura de nuevos libros, la anotación de un contraasiento anulando la partida sin trascendencia, ya, para el patrimonio de la empresa. No será incorrecto este proceder: piénsese tan sólo en las anotaciones que se llevan a cabo para acreditar la extinción de una deuda, cuando prescribe el derecho de reclamarla.

4) *La empresa, objeto de compraventa.*—El artículo 1.532 del Código civil, que declara responsable al que vende alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos de la legitimidad del todo en general, sin quedar obligado al saneamiento de cada una de las partes componentes, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte, ha tenido un eco considerable en la moderna legislación mercantil española. El artículo 31 de la L. S. A. lo declara aplicable a la aportación social consistente en una empresa o establecimiento mercantil o industrial. El mismo pensamiento informa el último párrafo del artículo 8, L. S. R. L.

Puede deducirse que el pensamiento de nuestra legislación es favorable a identificar la empresa con la transmisión de créditos y de-

(17) No escapaba a BLANCO CONSTANS la existencia de casos de comunicación absoluta distintos de los mencionados en el Código. Vid. *Reformas en el Código de comercio vigente*, R G L J, 93, 1898, pág. 343.

más cosas incorpóreas, lo que es totalmente incorrecto, pues la remisión sólo se efectúa—como indica GARRIGUES (18)—a efectos de saneamiento. Más bien se trata de transmitir la empresa como un bloque patrimonial que de adherirse a una teoría sobre cuál es su naturaleza.

El citado artículo de la ley de anónimas provoca la duda de si se refiere a dos casos distintos o por el contrario se limita a emplear dos expresiones sinónimas cuando menciona a la empresa o establecimiento mercantil o industria. No carece de valor la observación si se piensa en las situaciones análogas de Derecho comparado que no hace mucho expusimos sucintamente. Comprobamos la tendencia existente de considerar objeto del negocio jurídico la hacienda, el *fonds de commerce*, salvo algún caso concreto—como el Código suizo— que prefiere estimar a la empresa como objeto. Es muy dudoso que el legislador español pretendiera discriminar dos supuestos distintos: uno de transmisión de la empresa (con la casi segura cláusula de prohibición de concurrencia y con precio quizá superior a la suma de las partidas que la integran), y otro de los elementos considerados separadamente. Además, la utilidad de la diferencia sería muy corta: el concepto de *fonds de commerce* envuelve la acción personal de su titular, que acaba provocando un supervalor en relación a la suma de los elementos particulares (19), la *azienda* supone la organización como premisa para su existencia (20).

Nos parece conveniente intentar una rápida revisión de las más autorizadas opiniones de la doctrina española sobre la materia con el propósito de detectar el núcleo de validez en relación con el punto concreto que nos ocupa.

Precisando URÍA su adhesión a la dirección que considera al Derecho mercantil como ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa, concluye que en definitiva es el Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios. Así, no tiene nada de extraño que empresa sea un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada y que se diferencie con gran rigor la idea de empresa—centrada en el aspecto subjetivo—de la de “establecimiento”, “negocio”, “hacienda”... el conjunto de medios organizados (reales o personales) para el ejercicio de su actividad. En esta última zona, la organización es el vínculo económico que liga y coordina entre sí a la serie de elementos dispares y de naturaleza varía y distinta que la integran (21). En nuestra opinión, la teoría transcrita

(18) *Comentarios a la L. S. A.* (en colaboración con Uría) I, 2. ed., Madrid 1953, pág. 322. Pone de relieve GIRÓN TENA por su parte que el art. 31 no exige un especial grado de disponibilidad sobre los bienes, *Derecho de Sociedades anónimas*, Valladolid 1952 pág. 478 y sig.

(19) RETAIL: *L'évaluation des fonds de commerce, des fonds d'industrie et des grands ensembles économiques*, 4.ª ed. París 1950, pág. 8.

(20) LA LUMIA: *Corso di Diritto commerciale*, Milano 1950, pág. 117 y sigs. con referencia a la evolución del concepto en la legislación italiana.

(21) URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid 1958, *Passim*, pero sobre todo páginas 6, 24 y sigs. 32 y sigs.

guarda cierto parentesco con la de GIESEKE, quien concibiendo la empresa dinámica y estáticamente diferencia en el primer sector la función de la misma en el proceso económico o de actividad económica del empresario, mientras que en el segundo se designa a la organización externa y real con la cual se realiza la función y sobre la cual actúa el empresario (22).

Haremos en este punto una observación que completa la teoría de GIESEKE. Según este autor la hacienda consiste en un patrimonio separado, de tipo particular, cuya separación de los bienes particulares del empresario se produce en formas muy distintas: en el caso del empresario individual, hacienda y patrimonio garantizan en la misma forma las obligaciones empresariales y las civiles (23). Este dato nos será muy útil más adelante.

Comenta GARRIGÜES elogiosamente la S. de 13 marzo 1943, por formular el concepto de empresa en forma muy parecida a la sostenida por él: la empresa es un conjunto, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición que, pese a la condición de cada uno de ellos puede ser, en bloque, objeto de tráfico jurídico; el mismo C. de c. ampara esta concepción admitiendo en el artículo 928 la posibilidad de que la empresa sea traspasada. Pese a esta afirmación, y desde el punto de vista de la transmisión, es imposible considerarla como un objeto único, sino como un conjunto heterogéneo de cosas, derechos y relaciones de puro hecho, cuya respectiva transferencia está sometida a reglas peculiares (24). ROBLES sigue muy de cerca la opinión transcrita aportando los artículos 1.056 y 1.532 como supuestos que ayudan, aunque insuficientemente, a la constitución unitaria de la empresa en nuestro Derecho (25).

Considera POLO los esfuerzos de los autores dirigidos a alcanzar una construcción unitaria de la empresa, considerada como un *todo*, especialmente para intentar construir después un completo sistema de transmisiones negociales de la misma, por diferentes títulos, así como la constitución de derechos reales sobre ella. En una extraordinaria clasificación de las SS. del T. S., que en alguna forma han incidido en la materia, se detiene especialmente en el grupo que presidido por la ya citada de 13 de marzo de 1943 señala la organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variable condición, añadiendo el artículo 291 C. de c. a la lista de los que ayudan a la construcción.

(22) Citado por POLO en *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, en "Leyes mercantiles y económicas", I, Madrid 1956, pág. XXIX.

(23) GIESEKE: *Der Rechtsbegriff des Unternehmens und seine Folgen* en "Deutsche Landesreferate zum III Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London", 1950, pág. 610.

(24) GARRIGÜES: *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid 1947, I-1., páginas 234 y sig. y 256 y sig.

(25) ROBLES, voz *Empresa*, en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", VIII, Barcelona 1956, pág. 413. Remite a su propio trabajo *El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria*, R C G I, octubre 1947.

A su parecer, es el elemento *organización* el que vincula y da vida a los demás elementos materiales de la empresa (26).

Por fin, dentro del grupo de autores que defienden la teoría de la empresa es interesante la postura de GERÓN TENA: es aquélla una realidad orgánica, una cosa estructural que originó el tráfico. El empresario importa como pieza económica, por su función o servicio fundamental en la economía: asunción de la incertidumbre de la demanda del mercado orientando y organizando los elementos de la producción a su propio riesgo (27).

En el segundo grupo —autores que niegan la validez a la teoría expuesta— destaca la rotunda opinión de BOLX RASPALL, muy importante para lo que en estas páginas interesa. Tras negar su adhesión a la misma, asegura que la discriminación efectuada por el Código italiano entre empresa y hacienda es tan fundamental que atenta contra la unidad y la consistencia conceptual de la primera (28). Otros autores entienden por empresa un objeto de derecho, negándole en consecuencia la personalidad jurídica (29), incluso como cuando son sinónimas las expresiones *empresa* y *hacienda* (30); por fin, algunos niegan totalmente la personalidad jurídica de la empresa mercantil —sobre lo que no cabe ninguna duda, a la vista de nuestro C. de c.—, aunque reconociendo la presencia en nuestra legislación de preceptos que no pueden explicarse sin una cierta personalidad jurídica, concedida al establecimiento o a la casa de comercio y continuada a través de los cambios de las peronas (31).

De todo lo que antecede resulta una serie de conclusiones trascendentales. Se desprende de la teoría de URÍA que en el negocio de transmisión de la propiedad el bien enajenado será la hacienda; si empresa es solamente un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada, podemos deducir la imposibilidad de enajenar un dato puramente espiritual y que atañe a la persona misma del empresario. A nuestro parecer, la conclusión que se deduce de sus palabras es plenamente acertada y delimita con exactitud las dos esferas de que se compone la actuación del comerciante.

Notemos también que si nos inspiramos en la indicación de GIESEKE, antes transcrita, queda explicado el fenómeno de la responsabi-

(26) POLO, ob. cit., págs. XXI y LXXVII y sig. especialmente.

(27) GERÓN TENA: *Concepto del Derecho mercantil en Derecho español*, A D C, 1954, pág. 988.

(28) BOLX RASPALL, voz *Derecho mercantil*, en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", I, Barcelona 1950, pág. 701.

(29) L'ANGLE: *Manuel de Derecho mercantil español*, II, Barcelona 1954, pág. 33 y sig.

(30) VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, I, 2.^a ed., Zaragoza 1948 quien no obstante diferenciar la empresa del fondo de comercio, parece inclinarse por la equivalencia señalada en el texto en la pág. 338.

(31) MARÍN LÁZARO, a quien más bien cabe considerar como ecléctico a la vista de los sólidos argumentos con que ataca la concepción y los no menos fuertes con que la defiende. Cfr. *Comentarios del Código de comercio español*, I, Madrid 1952, especialmente págs. 698 y sig., 716 y sig.

lidad del empresario en la transmisión. Los acreedores del enajenante deben, en Derecho español, dar su consentimiento para que se produzca la liberación del vendedor. Si no lo hacen, el patrimonio particular con que ya contaban como garantía se verá aumentado por la cantidad que reciba en concepto de precio de la venta, sin perjuicio de que la garantía disminuya, como antes se dijo, en virtud de la menor productividad de la suma percibida. Aunque en el caso de que la empresa no fuese muy afortunada, puede suceder que las garantías de pago aumenten en forma muy considerable.

La consideración de la empresa como un todo presenta grandes ventajas e incluso el apoyo de nuestra legislación, aunque limitado a un supuesto de derecho de quiebras en el cual está facilitada la cuestión más engorrosa relativa a la transmisión de créditos. La ley de la mayoría que impera en el procedimiento concursal, y la remisión que el artículo 929 C. de c. efectúa al 935 del mismo cuerpo legal, son factores determinantes imposibles de desconocer, como tampoco es lícito extender análogicamente la aplicación de la regla a supuestos distintos de los concursales. Además, ya no se trata de cambio de deudor, sino de un clarísimo supuesto de confusión de derechos por reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor: el artículo 928 no ofrece dudas en este punto, el traspaso de la empresa se verifica a favor de los acreedores; que luego sean éstos quienes continúen explotándola o decidan a su vez transmitir las acciones que les correspondan ya es otra cuestión.

No cabe duda que la teoría citada está favorecida por una gran expresividad, por una apariencia casi física. Pues no parece muy correcto que conseguida la organización y transmitida como tal, sea preciso desmembrarla para estudiar la situación de terceros en relación con el negocio llevado a cabo. Este es el punto débil de toda construcción que se intente en nuestro Derecho y con independencia de la posición que se adopte sobre la materia mercantil: la ausencia de normas reguladoras de la transmisión de la empresa (en el sentido más vago de la expresión) producen siempre el resquebrajamiento del ente comercial.

Pero —sin embargo— no podemos compartir la postura crítica de Boix sobre la discriminación de la legislación italiana entre empresa y hacienda. No creemos que atente contra el primer concepto la existencia del segundo si se atiende a que empresa es actividad económica que no guarda más relación con el complejo de bienes organizados para ello que la cualidad de utensilios que éstos tendrán de valor puramente material, para la obtención del fin propuesto.

Además, todos los autores están de acuerdo en la posibilidad de enajenar lo que denominan ya empresa, ya hacienda. Los encuadrados en la dirección negativa defienden la posibilidad de la venta de la empresa en su conjunto de elementos, como contrato unitario (32).

(32) Vid. LANGLE, *ob. cit.*, pág. 47 y sig. VICENTE Y GELLA, *ob. cit.*, página 346, donde aporta un valioso dato: la alusión del art. 1.419 LEC a las demandas en que se reivindique la *propiedad* de establecimientos industriales o fabriles.

Nos queda por resolver una cuestión de algún valor, sobre todo si si se admite, como aquí se ha hecho, la teoría de Úrfa en cuanto a la diferenciación entre empresa y hacienda. Puede parecer un poco sospechoso que se consideren como elementos de la transmisión solamente los que componen la hacienda, sin considerar el elemento inmaterial que les ha dado vida, el resultado de la actividad del empresario anterior que concede en algunos casos un valor muy superior al de los elementos contabilizados uno a uno. Todo se puede resolver incluyendo entre los elementos transmitidos no solamente a los corporales, sino también los inmateriales: tales como la organización interna de los bienes, los informes sobre clientes y proveedores, las *Chancen* o *goodwill*, sobre todo, consideradas como partes integrantes del conjunto como los restantes derechos o cosas (33).

Aún existe algún dato sobre la imposibilidad de considerar la transmisión del establecimiento como un bloque unitario: el artículo 31 del Estatuto vigente de la Propiedad Industrial declara transferibles las diversas modalidades en él recogidas por todos los medios que el Derecho reconoce, no surtiendo efecto dichas transmisiones respecto a tercero mientras no se acrediten en el Registro de la Propiedad Industrial mediante un documento fehaciente. Nuevamente encontramos aquí cierta colisión entre las normas que rigen el Derecho mercantil, y que debieran poderse solucionar en alguna forma, pues aunque el empresario adquirente se inscriba en el Registro mercantil y de acuerdo con el artículo 76, 9.º del Reglamento se tome nota de los títulos de propiedad industrial, patentes de invención, marcas de fábrica y nombre comercial no quedará en absoluto protegido si antes no ha tomado la precaución de inscribir su derecho en el Registro correspondiente. Por lo cual se deduce que de nuevo aparece un sector en el que la venta de la "empresa" en bloque no tiene efecto traslativo de dominio si no se cumple con ciertas formalidades complementarias. Y aún puede entenderse el comentario a las dañosas consecuencias que se derivan para quien confiado en el Registro mercantil y la ausencia de cancelación en el mismo de los títulos de propiedad industrial e ignorando su anterior enajenación haya adquirido la hacienda comercial en consideración principalmente a la existencia de bienes de la especie indicada.

Los contratantes, por lo demás, podrán establecer los pactos que consideren necesarios para proteger la actividad del empresario adquirente. No es el de menos importancia el de no ejercer idéntica empresa el transmitente durante algún tiempo. Aunque es indispensable señalar que este pacto tendrá más importancia en unos casos que en otros: por ejemplo, cuando se produzcan industrialmente bienes materiales la cláusula reguladora deberá ser muy minuciosa y extenderse a una rama del comercio en general mejor que a un producto concreto. Como señala algún moderno economista, la competencia en los tiempos actuales se proyecta mejor en la aparición de nuevos pro-

(33) GILSEKE, *ob. cit.*, pág. 609.

ductos—en el sentido de nuevas invenciones—que en el de presencia de bienes análogos (34). Sin duda, sería válida la cláusula que impidiera la dedicación al mismo ramo de la industria a que pertenecía la transmitida por el enajenante, y durante un plazo de tiempo determinado (35).

Asimismo conviene tomar nota de una reciente disposición. La Ley de 23 de diciembre de 1961 sobre regularización de balances (*Boletín Oficial del Estado* de 27 de diciembre) declara en el segundo apartado del artículo 5.º que no podrá ser objeto de regularización “el fondo de comercio, derechos de traspaso o arrendamiento, marcas de fábrica, gastos de constitución y análogos”.

Es un poco pintoresca semejante afirmación, que separa del concepto de fondo de comercio partidas que lo componen tradicionalmente. Por ejemplo, VICENTE Y CELLA, siguiendo a LYON CAEN, asegura que el fondo es un conjunto de cosas en relación con el ejercicio de un comercio, principalmente la instalación, la enseña, las mercancías... con lo que se incluye bienes pertenecientes a la propiedad industrial. Y si acudimos a ESCARRA—y nos parece indispensable la confrontación del concepto con la doctrina francesa por razones obvias—descubrimos que integran el expresado concepto, entre otros elementos, precisamente el derecho de arrendamiento y las marcas de fábrica (36).

(34) Vid por ejemplo HANSEN: *Economic Issues of the 1960's*, Editorial Mc Graw-Hill, 1960, pág. 73 y sigs.

(35) El art. 131 de la ley de 16 de mayo de 1902 prohíbe “aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro”. En el pensamiento de GIRÓN TENA—*Competencia ilícita y derecho a la empresa*, R. D. P., XXVIII (1944), pág. 707—la ley protege los resultados del esfuerzo materializado en el negocio y sus elementos y expresa la aptitud para producir beneficios con el término “ventajas”. La interpretación es justa y, en nuestra opinión con la venta del establecimiento se transmiten los resultados del esfuerzo aludido. Por lo cual el nuevo empresario puede atacar al vendedor sobre la base del artículo citado, porque existe el aprovechamiento indebido y la renuncia, mediante precio, a utilizar las ventajas de la propia reputación.

No entraremos en el examen de algunos conceptos, por demás confusos. Por ejemplo, en *L'entreprise et le fonds de commerce* (edición a multicopista, Facultad Internacional de Luxemburgo 1959) ROTONDI identifica —II, pág. 3— “fonds de commerce”, Hacienda y “goodwill”, pero poco más adelante —pág. 13, nota 1— asimila el “goodwill” al “avviamento”, que *n'est pas la clientèle*.

Más por su parte los autores ingleses remiten al concepto de Lord MACNAGHTEN: *The goodwill which has been the subject of sale is nothing more than the probability that the old customers will resort to the old place*. Cfr. STEVENS: *Elements of Mercantile Law*, 13 ed., London 1960, págs. 202 y sig. Coincide este concepto con el de Lord ELTON citado por CHARLES WORTH, quien sin embargo estima incompleta la definición y recoge la de WOOD, V. C.: “Goodwill must mean every advantage—every positive advantage, it I may so express it, as contrasted with negative advantage of the late partner not carrying on the business himself—that has been acquired by the old firm or with any other matter carrying with it the benefit of the business”. En *Mercantile Law*, 9.ª edición, reimpresión, London 1961, por Schmitthoff y Godwin Sarre, pág. 260.

(36) VICENTE Y CELLA, *cit.*, pág. 341; ESCARRA, *ob. cit.*, pág. 162 y sigs., 165 y sigs.

Quizá pretenda la citada norma impedir se consigne un valor superior al real a los bienes incorporeales, pues dentro de los corporales se excluye tradicionalmente a los inmuebles—cuya regularización se admite además en el artículo 4.º, C)—, y respecto de los muebles tampoco hay problema, por ser posible contabilizarlos correctamente, de acuerdo con el apartado j) del artículo últimamente citado. Pero aún resulta más enigmático el precepto si se considera la posibilidad de regular las patentes, debidamente registradas y no caducadas (art. 4.º, C), cuya incorporalidad no da lugar a dudas. De esta forma, el concepto de fondo de comercio queda bastante reducido y,—mientras en la práctica no surja alguna aplicación— no se sabe a ciencia cierta qué debe comprender desde el punto de vista jurídico-mercantil.

Sólo queda a nuestro parecer un último reducto: la contabilización del posible supervalor que alcanzaría en caso de enajenación, de esa cualidad, virtual, del fondo de comercio que permite cotizarlo en una cifra superior a la suma de sus elementos. Aun así, no supone un gran avance sobre las deudas manifestadas, pues lo que no permite la ley es *regularizar* el valor del fondo, lo que supone la previa contabilización. Y nos parece un poco difícil que en alguna contabilidad se anote como partida del activo el elemento considerado.

Como resumen de lo hasta ahora expuesto podemos declarar que a la vista de la legislación española más caracterizada el objeto de la enajenación es la hacienda, cuyo concepto ya hemos precisado. Dentro de la misma tendrá una trascendencia decisiva un elemento, consistente en tal resultado de la actividad del empresario anterior, que al facilitar el ejercicio del comercio al que le sucede será estimado al establecer el precio globalmente. También cuando la gestión del anterior empresario no ha sido muy afortunada, puede asegurarse que se toma en consideración el elemento indicado: piénsese tan sólo en las ventajas que supondrá para el sucesor la organización interna ya existente—aunque luego la reforme—, la facilitación de listas de acreedores y proveedores, etc.

Y dentro de esta concepción existen tres momentos que impiden la consideración de la venta del *bloque* como de un objeto unitario. Tales son: los supuestos de doble venta de inmuebles, las transmisiones de elementos de la propiedad industrial y la aprobación de los acreedores a una eventual sustitución en la persona del deudor.

Esta última afirmación tiene validez en un ámbito diríamos puramente externo. En las relaciones entre adquirente y transmitente no hay nada que impida la consideración de todos los bienes transmitidos en su conjunto, evaluados globalmente y percibiéndose un precio por ellos como tal bloque. Pero ya vimos cómo es preciso solventar de alguna forma el inconveniente de la aprobación de los acreedores. Así hacen los Derechos alemán e italiano y también el suizo, bien estableciendo una responsabilidad solidaria, bien precisando el consentimiento unánime de los acreedores.

Aún cabe observar una última dificultad: la aplicación del artículo 1.532, alguna vez, a la transmisión de la empresa mercantil, no es

base suficiente para defender la extensión por analogía a todos los casos que surjan. Si una ley lo declara aplicable no queda más remedio que acatar su contenido. Mas éste ya es más dudoso cuando se trata de saber si la "empresa" es un derecho, una renta, o un producto, como es preciso para que la renta hecha alzadamente quede sujeta, en caso de evicción, al citado precepto.

5) *La S. de 25 de febrero de 1960.*— La S. de 25 de febrero de 1960 representa un momento trascendental dentro de la jurisprudencia mercantil de nuestro T. S. Sigue fiel a la tendencia de las de 13 de marzo de 1943 y 13 de enero de 1944 al considerar a la empresa como una entidad dotada de vida con un complejo de elementos de trabajo y de actividad personal, recalcándose la importancia de la organización para que pueda existir como ente.

A nuestro parecer, la importancia de la citada decisión radica en la consideración de que no es posible constituir las sin otras garantías en sujeto de derechos y obligaciones al punto de que le puedan ser imputados al sucesor las contraídas por su antecesor sin pacto expreso que así lo imponga.

Es imposible no asentir a la teoría del más alto Tribunal de la nación, pues sólo supone la recta aplicación al caso concreto de las normas que rigen la contratación. A nuestro juicio, y aunque la sentencia comentada no los cite, en los supuestos de venta de la "empresa" (advirtamos que cuando en lo sucesivo empleemos esta palabra se hará en el sentido de hacienda; nos parece quizá más adecuado usar la terminología del T. S., por su misma divulgación) habrá que acudir principalmente a los artículos 1.281 y siguientes del C. c.: si los términos del contrato son claros sin que produzcan dudas sobre la intención de los contratantes hay que respetar el sentido literal de sus cláusulas; averiguándose la intención de los contratantes por sus actos coetáneos y posteriores al contrato. Y en este punto hallaremos que difícilmente escapará a las partes —sobre todo, al transmitente— la cláusula que le desvincule de las obligaciones contraídas.

Empero, no es éste el cauce normal en que se producirán los problemas. La sentencia que estudiamos pone el acento en la ausencia de imputación de deudas al sucesor de un empresario respecto del anterior. En este caso, los acreedores deberán manifestar su consentimiento, como venimos repitiendo, a tenor del artículo 1.205 C. c. Pero aún así, quedará por demostrar si —efectivamente— se ha descuido una sucesión en la deuda por parte del adquirente y del transmitente. Este es el verdadero eje de la sentencia: la necesidad de que exista en el contrato una cláusula según la cual se intentará llevar a cabo la delegación. Si no aparece, lógicamente debe presumirse que no existe y, por lo tanto que el comprador adquiere la empresa sin ningún gravamen o sólo con los específicamente mencionados.

La cuestión gana en profundidad si se considera que no es difícil que el pacto mencionado se refiera tan sólo a la obligación de proponer la transmisión de la deuda a los acreedores. Pero, ¿y si éstos no accé-

den a la pretensión, cómo se restablecerá el equilibrio? El vendedor puede escudarse en la circunstancia de ser obligatoria tan sólo la tentativa, pero que —frustrada ésta— su responsabilidad ha desaparecido. Posiblemente, una defensa en tal sentido tendría muy pocas posibilidades de éxito, pues al no haber podido consumarse la operación deseada la situación debe ser la misma que con anterioridad existía.

No terminan las combinaciones posibles con la señalada: no parece improbable que accedan a la pretensión la mayor parte de los acreedores o lo que es más importante, los que representan la mayor parte de los créditos. Puede verse cómo, en tal caso, el vendedor encontraría un arna que esgrimir en pro de su liberación si se pudiese aplicar el repetido artículo 1.532 C. c.; con él no sería demasiado sorprendente quedase exento de sanear las partidas no satisfechas el transmitente. Resulta entonces con evidencia la conclusión que antes sosteníamos, contraria a la aplicación analógica del precepto civil indicado.

Y tampoco es improbable que este trámite con los acreedores tenga un resultado no previsto: por ejemplo, el consentimiento a la delegación de deuda, siempre que el primitivo deudor afiance la obligación, bien en forma mancomunada o solidaria. ¿Podrá negarse el transmitente a seguir respondiendo? La cuestión es complicada, sobre todo si se estima que la venta ya puede estar consumada, habiéndose puesto en posesión del complejo de bienes al adquirente, quien a su vez abonó el precio acordado al transmitente. Todo protege al antiguo empresario en un evento semejante, salvo cuando el nuevo se haya reservado un derecho de repetición.

Recalca el fallo estudiando la necesidad de imputar al menos las deudas del antecesor en casos especiales y con fines de carácter social, tales como las leyes de arrendamientos y la legislación laboral. La misma excepcionalidad del supuesto impide su generalización.

Padría anparar la transmisión *ipso iure* de las deudas la existencia de un uso mercantil que considerando a la empresa como titular de créditos y responsable de deudas, implicase un mero cambio de gastos del hecho de la sustitución del empresario. La doctrina sentada en nuestra sentencia reconoce, con acierto, la inexistencia de una costumbre mercantil semejante. Y, en verdad, es difícil llegar a una conclusión satisfactoria: por una parte, parece que quien paga un precio por una cosa desea recibirla libre de gravámenes, sin trabas de ninguna clase que reduzcan su valor y hagan el disfrute de la misma menos productivo de lo que se esperaba. Tendrá en este punto extraordinaria repercusión la existencia de algún pacto regulador del saneamiento, que examinaremos en el apartado sucesivo. Pero por otra, y en efecto de convención, debe entenderse que el establecimiento se transmite en su integridad, sin considerar sólo su activo.

Es indispensable hacer notar que en caso de autos existía un pacto expreso por el cual se transmitía el negocio libre de todo impuesto, responsabilidad y gravamen; con lo cual no ofrecía demasiados inconvenientes la interpretación de la voluntad de las partes. Pero donde se ma-

nifiesta la verdadera dificultad es en el supuesto de ausencia de pacto. ¿Cabe presumir que, en el futuro, si proliferasen operaciones de esta categoría acabaría creándose un uso mercantil favorable a la transmisión con las cargas, del establecimiento? Es difícil preverlo porque la examinada dirección del T. S. más que favorecer tal nacimiento, lógicamente debe impedirlo, impulsando a las partes a estipular minuciosamente todas las condiciones en que se verifica el contrato.

La fragmentaria situación que se consigue de la figura estudiada, recogiendo de diferentes cuerpos legales algún precepto que ayude a la construcción, se manifiesta sobre todo en la libertad de forma que existe para concluir el contrato. Sobre el carácter mercantil de la compraventa de empresa no se pueden oponer demasiadas objeciones (37), por lo cual únicamente le será aplicable el artículo 51, 2, del C. de c. Encontraremos entonces forzosamente una documentación separada de cada partida de la hacienda: por ejemplo, los inmuebles quedarán sujetos al artículo 1.280, 1, del C. c. y disposiciones concordantes de la L. H., la transmisión de patentes y demás elementos de la propiedad industrial a los requisitos establecidos en el Estatuto, la cesión del contrato de arrendamiento a los pormenores del artículo 32 de la vigente LAU... Sin duda alguna, ayudaría mucho a facilitar la interpretación la exigencia de cierta forma, o por lo menos la previsión del acceso de la compraventa al Registro mercantil, pues —posiblemente— en el esquema de la inscripción se reservaría un apartado a la suerte que corrían las deudas. Si no se llenaba, ya era más factible presumir que las partes estaban de acuerdo en que el adquirente no asumía las deudas del transmitente, pudiendo evitarse los posibles engaños en este punto.

Aunque exceda del puro terreno de la contratación, merece la pena detenerse en un caso en el cual la transmisión de la hacienda se hace, precisamente, con las deudas que la gravan, salvo pacto en contrario. Nos referimos al caso de que el empresario transmita su explotación a un heredero, mediante testamento. Entonces, parece lo más seguro entender que la transmisión se realiza en bloque, sin que pese sobre los restantes coherederos parte alícuota de las deudas de la explotación. Naturalmente, el oportuno beneficio de inventario facilitará al nuevo empresario datos suficientes para decidir sobre la conveniencia de la aceptación.

Acabamos de hablar de transmisión en bloque; aquí sí es posible sustentar tal opinión; señalemos que los acreedores no tienen que prestar ningún consentimiento al cambio de deudor y que la aceptación de la herencia —artículos 988 y siguientes del C. c.— se hace en conjunto y no para cada uno de los bienes separadamente. Consignemos por fin la peculiaridad del artículo 1.000, 3: renuncia, por precio, de la herencia a favor de los coherederos indistintamente. Aquí, la venta

(37) Valgan los argumentos de LANGLE: *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona 1958, pág. 150 y sigs.

del negocio como un todo es posible; pero más bien por su condición de herencia que por la circunstancia de ser, precisamente, una explotación mercantil. Además, el considerar una transmisión similar como venta del negocio, parece técnicamente incorrecto. El vendedor enajena sus derechos hereditarios mejor que una cosa concreta, como lo demuestra el artículo últimamente citado hablando de "heredero que renuncia la herencia". Parece un poco contradictorio referirse en un caso semejante a la "aceptación", pero sin entrar en el análisis de la cuestión observemos que como ni por un instante la persona favorecida por la cláusula testamentaria ha sido titular del establecimiento. Es acertado entonces calificar el negocio de "renuncia onerosa" (38), y a todas luces más expresivo que recurrir a la noción de compraventa.

6) *El pago por nuevo empresario.*—Dentro de lo que cabría llamar doctrina general de la operación que examinamos, nos queda por considerar la trascendencia que tendrá la aparición de acreedores reclamando el cumplimiento de determinadas operaciones, a efectos de solicitar el saneamiento de la compraventa.

El artículo 1.205 C. c. hace creer imposible la aplicación práctica del supuesto que a continuación exponemos: se consuma la compraventa de un establecimiento mercantil y con posterioridad se presentaran una serie de créditos desconocidos por el adquirente, que merman en gran manera el valor de la explotación. Si se piensa que el comprador puede oponer una eventual falta de consentimiento a la sustitución de la persona del deudor, a tenor del 1.205, no se comete ninguna incorrección, pero tampoco se ha llegado a una conclusión definitiva.

Si un acreedor a quien se ha propuesto el cambio de deudor se niega a la sustitución y más tarde —por la causa que sea— una disminución en el patrimonio de su deudor y una indudable garantía patrimonial en el nuevo empresario, por ejemplo, pretende la satisfacción por el titular actual de la empresa, éste opondrá la ineficacia de semejante pretensión o, todavía mejor, podrá no llevar a cabo ninguna declaración contradictoria, ante la carencia total de fundamento jurídico de la reclamación. Cabe afirmar, incluso, que es un poco difícil se intente una operación semejante por ningún acreedor.

Puede acaecer, empero, que no se comunique al titular de algún crédito el negocio que se pretende llevar a cabo y que llegado el vencimiento de la obligación se presente en el establecimiento para ejercitar su derecho. Distingamos dos casos, según conociere o no la realización de la compraventa, pues en nuestro Derecho este dato puede tener algún valor.

Si repasamos los artículos 286 y 287 C. de c., descubrimos la

(38) Así, LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, parte general, Barcelona 1961, pág. 295. Asegura ALBADALEJO que en los casos del art. 1.000 C. c., la adquisición de la herencia produce "ex lege". *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, ADC, VIII, 1955, pág. 8 y sig.

existencia de contratos que obligan al comerciante por el simple hecho de haber sido concluidos por un factor. Y si acudimos al 447 en relación con el 283, comprobamos la validez de las declaraciones cambiarias emitidas por ciertas personas, ajenas a la responsabilidad directa del pago. Soslayando las sugerencias que la legitimación de dichas personas plantea, notemos que el tercer contratante queda totalmente protegido por la cualidad de las personas que contrajeron la obligación. No obstante, cuando se le comunicó la venta de la hacienda y no aprobó la consiguiente delegación de deuda, su derecho permanece inalterado, respondiendo del cumplimiento el antiguo empresario.

Mas si, por el contrario, no le fué comunicado —por improbable que parezca si se trata de un crédito importante— y continuó funcionando el establecimiento bajo idéntico nombre comercial (supuesto plenamente lícito a tenor del art. 71, 3, Reg. Reg. merc.), es perfectamente normal que solicite el pago en la empresa que —a su parecer— es deudora suya. En tal caso, no parece muy correcto que el nuevo titular se oponga a la satisfacción alegando el contrato de compraventa que ha mediado. Aun así, y partiendo de la ausencia total de un precepto regulador de la materia, pagará, lógicamente, cuando la obligación esté firmada, o contraída, por uno de los factores que antes mencionábamos, pues concurriendo el doble requisito de identidad de nombre comercial y firma por persona autorizada, incluso puede suceder que siga prestando sus servicios a la empresa, por continuar en el ejercicio de sus poderes tras la enajenación del establecimiento mercantil a que se refiere el artículo 291 C. de c. De lo contrario, el perjudicado sería el portador del derecho de crédito; pongamos como ejemplo que su crédito es cambiario y tras denegado el pago se intenta levantar el correspondiente protesto, quizá el mismo Notario se opusiera a practicarlo objetando la falta de personalidad del demandado. Si en semejante estado de cosas pretende el portador de la cambial acudir al antiguo empresario puede suceder que la letra haya salido de plazo, porque girada a uno desde la vista, la presentación para el pago ha de hacerse en el día del vencimiento, y aunque se conceda la prórroga del artículo 506 la búsqueda del obligado puede ser, en más de una ocasión, dificultosa.

Cuando, por el contrario, conozca la transmisión del negocio aunque no se le haya comunicado, la situación es bastante diferente. El conocimiento debe tener fuerza suficiente como para proteger al adquirente contra la pretensión. Si, supongamos, se ha inscrito en el Registro mercantil la venta del establecimiento y puede acreditarse de alguna forma que al amparo del principio de publicidad formal el acreedor solicitó noticia referente al contenido de la hoja de inscripción —que le fué suministrada—, no podrá entonces ampararse en la ignorancia para solicitar el pago del nuevo empresario, aun concurriendo la doble circunstancia de que antes hablábamos. Pero —forzoso es confesarlo— las dificultades de prueba entorpecerán en la práctica la vigencia de la conclusión.

Ahora se capta mejor la adecuación a la realidad del mecanismo previsto en los §§ 25, 26 HGB. Como asegura WÜRDINGER, la condición más importante para que sea aplicable el § 15 es que exista continuación de la empresa sin alterar la firma, sin perjuicio de que por regular el § 25 el lado externo del negocio exista una eventual estipulación diversa entre el viejo y el nuevo empresario. Al quedar obligados solidariamente antiguo y nuevo empresario (*Kumulative Schuldübernahme*), los acreedores no quedan perjudicados, antes bien, las garantías son mayores por razones fácilmente comprensibles (39). Por el contrario, en el Derecho patrio, las dificultades son manifiestas, sin que puedan enmendarse con la rígida aplicación del artículo 1.205 del Código civil.

Demuestran ROCA y PUIG BRUTAU cómo cambiando el patrimonio que garantiza el derecho de crédito, también varía la identidad del mismo crédito (40). La observación es acertada, aunque suscita la duda de su exactitud en nuestro supuesto concreto: si —como hace poco defendíamos— es posible en algún caso solicitar el pago del nuevo empresario, aun sin haberse producido una delegación de deuda, parece que la identidad del crédito es la misma, pero ha existido variación de patrimonio garante. A nuestro parecer, merece tener en consideración el momento físico del pago, la materialidad de verificarlo. Si notamos que la sustitución sólo se refiere a este instante, y además que es llevado a cabo por razones de orden externo de apariencia jurídica, que nada tienen que ver con la negociación de la deuda, podemos concluir que no ha existido sustitución alguna de patrimonio obligado. Sólo determinadas circunstancias han compelido al pago a persona que no debía hacerlo. Y las acciones que podrá ejercitar contra la verdaderamente obligada vamos a estudiarlas seguidamente.

7) *La extinción de deudas como base para el saneamiento.*—El destino de los créditos a favor de la empresa es objeto de especial atención en los Derechos que regulan la venta del establecimiento mercantil (41). En el Derecho español ni siquiera en este caso se aplicará en su integridad el artículo 1.532 C. c., sino que será precisa la cesión de los créditos uno a uno. Ya puso de manifiesto MANRESA que el espíritu del citado artículo es aludir a una sola cosa, a un solo objeto de derecho, y no a una reunión de distintos objetos, pues el Código fija, como requisito del acto que reglamenta, el que la venta se haga *alzadamente y en globo*, y que ésta tenga por objeto una to-

(39) WÜRDINGER: *Kommentar zum H G B früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts*, 2.^a ed., Berlín 1953, notas 11, 2 y 12 al § 25. Vid. También HILDEBRANDT, nota 9 al § 25 en el comentario de Schelegelberger ya citado.

(40) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: *La transmisión pasiva de obligaciones a título singular* en "Estudios de Derecho privado", I, Madrid 1948, pág. 299.

(41) Vid. WÜRDINGER, *ob. cit.*, nota 17 al § 25; AULETA, *ob. cit.*, pág. 61. Por el contrario el art. 181 del Código suizo trata exclusivamente de la transmisión de deudas: BECKER: *Kommentar zum Schweizerischen Z G B*, VI, *Obligationenrecht*, Ber 1941, pág. 832 y sigs.

alidad de derechos, rentas o productos (42). Por ello, cada uno de los créditos quedará sujeto a los requisitos de los artículos 1.526 y siguientes, individualmente; la consideración de los créditos como el todo regulado en el artículo 1.532 parece bastante contraria a la realidad.

Excede a nuestro propósito estudiar la cuestión indicada, aunque su cita es conveniente para aportar un nuevo dato a la lentitud del desarrollo de las diversas fases en la compraventa del establecimiento mercantil.

Y veamos, por fin, cómo procederá el adquirente contra el transmitente cuando por cualquier circunstancia satisfaga un crédito anterior a la operación.

Si no ha existido ningún pacto sobre transmisión de obligaciones, ya sabemos que corresponde el pago de las mismas al primitivo empresario. Por lo cual, si lo realiza el nuevo titular del establecimiento, dispondrá de una acción de reclamación de cantidad por el importe de la deuda extinguida. Pero la pretensión podrá suscitar, aun así, alguna dificultad, idéntica a las que ya nos son conocidas sobre indagación de la voluntad de las partes.

Supongamos ahora que ha existido un acuerdo dirigido a exonerar de responsabilidad al antiguo empresario. En tal caso, es obvio que no cabrá reclamación alguna, exceptuando el caso del crédito de cuantía superior a la que se declaró, cuya derivación penal es manifiesta.

Aún puede suceder que pensando el nuevo empresario debería pagar la deuda, en la creencia también de poder reclamar al vendedor, la extinguiera. Semejante supuesto, que derivaría de un incorrecto conocimiento de las normas aplicables, puede calificarse aparentemente de pago de lo indebido. Se ha dicho que las consecuencias jurídicas de este fenómeno se derivan del hecho del pago por error, siendo indiferente el correlativo error en el cobro, solamente trascendente en la calificación de la mala o buena fe del cobrador, que restringe o amplía su obligación de restituir. También, que el efecto jurídico fundamental producido por el pago indebido es la restitución de las cosas al estado que tenían antes de verificarse el mismo, para lo que se concede el *solvens* la acción de repetición o *conditio indebiti* y se impone al *accipiens* la correlativa obligación de devolución (43).

Mas si, efectivamente, el pago de lo indebido se desenvuelve por el cauce transcrito, también es muy dudosa la identidad. Basta para destruir el intento de aplicación considerar la posición del acreedor, que efectivamente percibe lo que se le debe y frente a quien tendrá muy pocas probabilidades de prosperar la acción de repetición. Aunque exista mala fe, será de alcance muy reducido —sólo afecta a la

(42) MANRRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*, X, 3.^a ed., Madrid 1919, pág. 422 y sigs.

(43) Las notas apuntadas las recogemos de RODRÍGUEZ DEL BARCO. *El pago de lo indebido sin error*, R D P, 1961, págs. 809 y 815. Vid. también sobre la legalidad y legitimidad de los desplazamientos patrimoniales NÚÑEZ LAGOS: *El pago de lo indebido sin error*, separata de R G L J, 1946, pág. 2 y sigs.

persona que paga, si sabe que efectivamente debiera dirigirse a otra— y muy difícil de demostrar, protegido como está por la auténtica cualidad de titular del crédito.

Incluso puede sospecharse que existe alguna analogía entre la situación del empresario que realizó el pago con la del cuasi-contrato de *litis contestatio*. Posiblemente exista cierto parentesco, pero estimamos que es un poco peligrosa la defensa, sobre todo considerando las escasas simpatías que la institución merece al T. S. (44).

En definitiva, el expediente para reclamar la cantidad abonada será la gestión de negocios ajenos: los artículos 1.888 y 1.892 C. c. son especialmente aplicables a la situación que estudiamos. Es cierto —como observa GARCÍA VALDECASAS— que son numerosas las instituciones jurídicas a cuyo través se manifiesta la gestión de negocios ajenos, constituyendo en algunas el contenido propio y peculiar de la institución, como sucede en el mandato y en la gestión de negocios sin mandato (45). En el fenómeno que estamos analizando no se trata, opinamos, de un caso más en el que existe la citada gestión, sino una aplicación muy clara del cuasi-contrato regulado en el Código civil. Además, se manifiesta diáfamanente el triple requisito de la gestión: la actividad emprendida por el gestor pudo —en principio— haber sido emprendida por el mismo “dominus” por caer dentro de su esfera de acción; aparte de este requisito, los actos objeto de la gestión han de ser tales que puedan realizarse por medio de otro; el gestor ha de obrar con la intención de sustituir al dueño (46).

El último requisito quizá sea el más dificultoso, pues no se sabe si quien paga lo hace con la intención prevista o solamente como nuevo titular de la empresa, que es la verdaderamente obligada. Sin duda, una objeción de esta clase sería muy lógica donde exista una disciplina completa de la venta del establecimiento mercantil, pero en nuestra patria, con la tan comentada característica de la retención de la deuda en el primitivo titular —que es el empresario y no la empresa—, salvo un negocio específico de transmisión, la intención de sustituir al obligado, al “dominus”, parece bastante clara. Si efectivamente se realiza el cumplimiento será por error, o porque las circunstancias obligan a la empresa por actos realizados por quienes pueden representarla, o bien por no haberse mudado el aspecto externo de la misma.

Con lo que antecede se soluciona, a nuestro parecer, la cuestión de las acciones que podrá ejercitar el nuevo titular de la empresa cuando lleve a cabo los pagos que nos hemos referido. Queda por resolver un último problema: la situación del vendedor frente al comprador cuando exista entre partes una cláusula según la cual el segundo se hace cargo

(44) Cfr. S. 9 enero 1958: “en el estado actual de la doctrina y aun en el de la jurisprudencia más autorizada, está superada la idea del llamado cuasi-contrato de *litis-contestatio*, muy discutiblemente amparado antaño en las Leyes de Partida (Ley segunda. Título X, Partida III)...”.

(45) GARCÍA VALDECASAS: *La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)* R D P, 1957, pág. 619.

(46) GARCÍA VALDECASAS, ob. cit., pág. 623 y sig.

de las deudas de la empresa, sin especificarlas una por una. Existirán algunas que aparentemente no necesitarán ser mencionadas, como las derivadas de créditos laborales o de arrendamiento de locales de negocio. Las otras parece que serán conocidas por los libros de contabilidad y el examen detenido de los mismos que llevará a cabo el comprador. Mas como luego veremos con algún detalle, no es posible establecer distinciones y el tratamiento será unánime para todas las deudas que obliguen al antiguo empresario.

Pero cuando concurren una de aquellas situaciones que obligan a la empresa —por ejemplo, cambial firmada por un factor con poder suficiente— y el desconocimiento por el comprador de la existencia de la deuda, por defectuosa contabilización *ex grat.*, intentará este último reclamar del transmitente la cantidad que indebidamente abonó. Puede enfocarse la solución del problema desde dos puntos de vista que examinamos seguidamente:

Analizando CALVO ALFAGEME la obligación de saneamiento en la venta de la empresa mercantil, observa como la oscurece el artículo 1.532 C. c., siguiendo un criterio cuantitativo que excluye la evicción de una parte menor. La consecuencia es que en caso de venta de la empresa como un todo, el artículo 1.474 C. c. no recibe aplicación más que de modo muy limitado (47). ¿Cabe aplicar las reglas del saneamiento a la reclamación que antes citábamos? Naturalmente, habrá que referirlo al que se pretende por vicios ocultos, por razones fácilmente comprensibles.

Desde luego, el artículo 1.479 facultando al comprador para rescindir el contrato cuando pierde por evicción una parte de la cosa vendida de trascendental importancia con relación al todo podría facilitar la solución si no fuese por su misma carencia de sentido. En primer lugar, la evicción exige una sentencia firme y un derecho anterior a la compra por parte de la persona en cuyo favor se prive el comprador de todo o parte de la cosa adquirida (art. 1.475), y la equiparación es imposible en cuanto no existen en nuestro caso dos derechos concurrentes sobre el establecimiento, sino que cada uno de ellos tiene una proyección muy distinta: el titular del crédito solamente busca el efectivo cumplimiento, no intenta ni por un momento apropiarse del negocio mismo.

Por el contrario, el saneamiento por defectos ocultos ya hace vacilar más. El vendedor responde de ellos cuando hacen impropia a la cosa vendida para el uso a que se la destina, o disminuye de tal modo este uso que —de conocerlo— el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella (art. 1.484 C. c.). ¿No existe cierto paralelismo entre la situación de quien compra una cosa que luego no le rinde, o lo hace defectuosamente, el servicio deseado y la del nuevo empresario que ve disminuido peligrosamente su patrimonio en virtud de un pago cuya existencia desconocía?

Posiblemente, el parecido existe e incluso la naturaleza jurídica de

(47) CALVO ALFAGEME, *ob. cit.*, pág. 546.

la operación básica es la misma: una compraventa. Todo lo cual, sin embargo, no es suficiente para sustentar sin más la asimilación.

El saneamiento está concebido en los Códigos civil y de comercio en función de la cosa vendida. Apartando la condición de la compraventa, indudablemente mercantil, pues los problemas que plantea no influyen sobre la cuestión que examinamos, nos detendremos unos instantes a considerar la naturaleza del bien enajenado, que nos revela también la imposibilidad de sincronizar el supuesto en la esfera del saneamiento por vicios ocultos.

Bien se defiende que la empresa es el objeto de la compraventa, bien se prefiera considerar como tal a la hacienda mercantil, difícilmente podrá sustentarse que un crédito de más vicie el contrato traslativo. En todo caso, y aunque se haya transferido un conjunto como *res productiva* (48), ese crédito abonado por el adquirente no afecta a las cualidades intrínsecas de la cosa, cuyos rendimientos mercantiles pueden seguir siendo excelentes.

Por ello, estimamos que solamente la gestión de negocios ajenos facilita un excelente mecanismo para llevar a cabo las subsiguientes reclamaciones, o, por lo menos, el expediente más rápido. Además, y siguiendo la letra del artículo 1.484, la aparición del crédito ni hace impropia la cosa vendida para el uso a que se la destina ni disminuye el susodicho uso. En nuestro Derecho positivo es precisamente la inutilidad de la cosa vendida para servir al empleo propio de la misma la que determina el nacimiento del saneamiento por defectos ocultos.

Podría todavía alegarse que el comprador debe desconfiar del vendedor, que debe observar una especial conducta dirigida a asegurar su ulterior posición. Pero cuando ni en los libros de contabilidad aparecen datos denunciando un gravamen y, además, se haya acordado genéricamente que el nuevo empresario se hace cargo de las deudas del antiguo, de poco puede servir una conducta semejante (49).

II. CASOS PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN

8) *Contratos de trabajo*.—Hemos visto hasta aquí los problemas generales que suscita la transmisión a título particular en la deuda en relación con la venta de la empresa mercantil. Antes de considerar por separado algunas cuestiones concretas directamente relacionadas con el tema general, es necesario examinar uno a uno los casos en los que el legislador ha resuelto una situación análoga y ver la forma en

(48) Véanse las referencias a la transferencia del aviamiento en FERRARA: *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*. Traducción y concordancias por NAVAS. Madrid 1950, pág. 392 y sig.

(49) Cuya inspiración clarísima sería la regla *caveat emptor* del Derecho romano. Sobre la moderna aplicación de la misma — aunque referida al tráfico de mercancías — son muy interesantes las frases de RABEL: *Das Recht des Warenkaufs*, Berlín-Tübingen, 1958, pág. 175, en relación con los países de *Common Law*.

que lo ha hecho. Ciertamente es también que la imposibilidad de extender por analogía las soluciones a supuestos distintos de los específicamente regulados no ayudará en absoluto a la creación de lo que pudiera ser un denominador común del negocio. Pero siempre existirán algunas notas comunes que denunciarán una posible dirección para el futuro.

La permanencia de la empresa, pese a los negocios jurídicos que se realicen sobre la hacienda, está especialmente regulada en el artículo 2.112 del Código civil italiano: el contrato de trabajo continúa con el adquirente, y el productor conserva los derechos derivantes del tiempo que haya prestado sus servicios con anterioridad al contrato traslativo. La liberación del alienante de las obligaciones derivantes de la relación de trabajo es posible siempre que intervengan las asociaciones profesionales a las que pertenezcan el empresario y el prestador de trabajo. En este último caso —en opinión de MAZZARELLI (50)— el adquirente es el único responsable no sólo para los créditos relativos a la relación de trabajo sucesivos a la venta, sino también por los anteriores a la misma que no hayan logrado ser satisfechos. En definitiva, la nota más interesante es la desaparición de la responsabilidad solidaria que, según el párrafo 2.º del artículo 2.112, une a antiguo y nuevo empresario en supuestos normales.

Parece existir una pequeña contradicción en algunos artículos del mismo cuerpo legal que mencionan a la empresa en un sentido diverso al de "ejercicio de actividad" requerido por el artículo 2.082, precisamente en el de "organismo". Comentando FANELLI esta singularidad, declara es muy significativo el hecho de que el legislador utilice sólo esta segunda acepción cuando se trata de disciplinar la posición de los sujetos participantes en la empresa, es decir, los poderes del empresario y la situación de sus colaboradores y dependientes (51). Quizá fuese más correcto utilizar la expresión "hacienda" como se hace a la hora de calificar el bien objeto de la transmisión pero es poca la trascendencia práctica del problema en relación con el que a nosotros afecta. Solamente merece la pena destacar dos notas: la posibilidad de que existan alteraciones en la organización de la hacienda transmitida y la expresividad de la palabra "empresa" para designar al organismo, aunque primordialmente constituya —como en estas páginas hemos defendido— la actividad desarrollada por el empresario (52).

Existen en nuestro Código de comercio algunos datos sobre la

(50) MAZZARELLI: *I rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, Napoli, 1954, pág. 119.

(51) FANELLI: *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, pág. 103.

(52) Es de justicia mencionar que NAVAS, en sus anotaciones a la citada obra de Ferrara, págs. 392 y 433, defiende que en el art. 928 se traspassa la hacienda.

situación de los contratos de trabajo en el seno de la empresa. Si examinamos el artículo 296, vemos que se niega a los factores y mancebos de comercio el derecho a delegar los encargos que recibieron de sus principales, respondiendo directamente de las gestiones de los sustitutos y de las obligaciones contraídas por éstos. Destaca, ante todo, como incluso cuando la solidaridad puede ser beneficiosa, el legislador la aparta, o incluso la desconoce. En el texto citado no puede aparecer con más claridad que para el empresario sería muy beneficioso poder atacar indistintamente a dos patrimonios, pero se ha preferido optar por la responsabilidad única del factor. Motiva alguna vacilación el artículo 1.722 C. c., que para el caso de nombramiento por el mandatario sin gozar de dicha facultad o teniéndola, sin designar la persona del sustituto, y nombrando a persona notoriamente incapaz o insolvente, concede al mandante la facultad de dirigir su acción contra el sustituto. No hemos descubierto jurisprudencia que relacione el artículo 296 C. de c. con el 1.722 C. c., que aclararía un problema bastante nebuloso. Pero mucho nos tememos que, pese a la regla del artículo 2 C. de c., no prosperase la aplicación supletoria de la regla civil. Repárese tan sólo en que el artículo 261 C. de c. niega tajantemente el derecho del comisionista a delegar los encargos que reciba a no estar de antemano autorizado para ello —recortando notoriamente el art. 1.721 C. c.— y que, lógicamente, debe suplir dicho texto a las “otras formas de mandato mercantil” —con independencia del acierto de la denominación— reguladas en la sección segunda.

Normalmente, cuando algunas de las personas mencionadas en el artículo 296 incurra en la citada responsabilidad habrá que entender legitimado al nuevo empresario para ejercitar las acciones que correspondan, sin que se precise una especial cesión realizada al efecto. La razón de ello se encuentra en la subsistencia del poder del factor recogida en el artículo 291: puesto que el vínculo de trabajo subsiste al cambio de titular, justo es que pervivan todas las consecuencias.

Antes de la aparición de la legislación laboral con carácter general, pudo suscitar alguna duda la aplicación del mecanismo expuesto a los mancebos de comercio, que no aparecen citados en el artículo 291. A nuestro parecer, la conclusión debiera ser la misma, pues el referido artículo parte de la subsistencia del poder y no de la relación de trabajo; por lo cual no es raro que se silencie la situación del mancebo, pues su actuación no requiere la existencia de poder alguno: artículos 293 a 295.

Esto, por lo que respecta a la situación activa del empresario. ¿*Quid iuris* en relación con las deudas que pesan sobre el antiguo titular, derivadas de contrato de trabajo?

En el artículo 577 C. de c., regulándose la enajenación del buque estando en viaje, se declaran de cuenta del comprador los pagos a la tripulación y demás individuos que componen su dotación, correspondiente al mismo viaje. Por el contrario, si la venta se realiza después

de haber llegado el buque al puerto de su destino, son de cuenta del vendedor semejantes pagos, salvo pacto en contrario.

Sin detenernos en alguna consideración de puro Derecho marítimo, es preciso subrayar —no obstante— cómo la idea de que cada viaje constituye un negocio independiente influye en la enajenación del buque —soporte físico de la empresa— sobre las obligaciones laborales. Aparecen como notas más importantes la transmisión *ipso iure* de ciertas deudas, sin necesidad del consentimiento de los acreedores, y también la liberación total del antiguo empresario de las reclamaciones que se susciten por la falta de pago del nuevo propietario del buque. Nada puede oponer la gente de mar a un cambio de responsable, aunque éste sea manifiestamente insolvente. Por fin, la diferencia entre venta del buque en viaje o tras haber llegado al puerto de destino y —sobre todo— la posibilidad de modificar la responsabilidad convencionalmente en contrario, son reglas lo bastante específicas como para constituir un precedente muy claro. En relación con lo que hace poco decíamos, puede notarse que los pactos entre el adquirente y transmitente se reducen a quién pagará a la tripulación; nada impide pensar que se regule también un reparto proporcional de tales gastos. Pero nunca aparecen los titulares del derecho de crédito dando su consentimiento al cambio de deudor.

Comentando la teoría de NICOLÒ, coincide NASI en la importancia que tiene la organización instrumental que el empresario crea para el ejercicio de la propia actividad. Para lo cual el sujeto que toma la iniciativa de la empresa procura, mediante una serie de contratos, la disponibilidad genérica de los bienes y servicios necesarios. A continuación, una segunda fase está constituida por una serie de actos unilaterales —*atti di destinazione*— mediante los cuales los bienes y servicios son distribuidos funcionalmente y destinados a una actividad productiva compleja: así, los contratos de trabajo, que forman parte de un complejo organizado (53).

Esta organización contiene los contratos de trabajo como valor económico; en la transmisión de la hacienda mercantil habrá tenido un peso definitivo que para la explotación se contase con los elementos personales necesarios. Produciéndose un acto traslativo, no por ello ha cesado de existir la empresa como organismo, sino que tan sólo se ha producido una mutación en el titular: las prestaciones de trabajo continúan inalteradas asegurando la permanencia del organismo. Si se estimase que únicamente eran objeto de negociación bienes puramente materiales, desaparecería el elemento puramente organizador, con lo cual el bien transmitido sería una cosa muerta e incapaz de producir por sí sola. Pero la existencia de determinados contratos de trabajo puede incluso supervalorar la hacienda: por ejemplo, cuando se trate de una instalación industrial que precisa de técnicos espe-

(53) NASI: *Osservatori su di una recente teoria dell'impresa*, en "Riv. Dir. Comun", LVIII, 1, 1960; especialmente págs. 383, 387 y 395.

cializados. No se trata de defender una concepción del trabajo como mercancía, pero, sin duda, en algunas ocasiones las relaciones laborales influirán considerablemente en la estimación del conjunto.

Quizá se alegue que la continuidad del contrato de trabajo, pese al cambio de empresario, está pensada exclusivamente para proteger al trabajador. Tal idea es exacta, sin duda, pero también conviene tener en cuenta que el nuevo empresario encontraría graves dificultades en el ejercicio de su actividad si cesasen los vínculos mencionados. Prácticamente estaría obligado a intentar por todos los medios que continuasen en sus puestos, si analizaba los riesgos de una sustitución completa del personal. Se puede concluir —en definitiva— que la subsistencia de los contratos de trabajo protege por igual al empresario que al productor.

En la vigente Ley de Contrato de Trabajo las causas de terminación están contenidas en el artículo 76. Nos interesan especialmente la primera y cuarta: causas consignadas en el contrato, salvo que el ejercicio de la facultad contractual constituya manifiesto abuso de derecho por parte del empresario, y extinción de la personalidad contratante, siempre que no haya representante legal que continúe la industria o el trabajo. La primera regla nos hace presuñir la imposibilidad de estipular una cláusula que decida la terminación de las relaciones laborales en caso de venta de industria, pero en seguida veremos hasta qué punto es válida esta declaración. La segunda parece limitarse a la disolución de sociedades (54), con lo que no es muy adecuado estimar al nuevo empresario como representante legal del antiguo.

En el artículo 79 se regulan los efectos de la cesión, traspaso o venta de la industria sobre los contratos de trabajo, que no terminan, a no ser que se hubiese pactado expresamente lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Ahora vemos que sólo el abuso manifiesto de derecho, consignado en el artículo 76, pone un límite a la posibilidad de estipular la terminación automática del contrato en caso de venta. Si no existe un pacto semejante, el contrato continúa y es el mismo que existía con anterioridad a la tramitación, pues a pesar del cambio de dueño no se ha interrumpido la prestación de servicios (55).

En definitiva, no hay extinción ni el trabajador necesita dar su aprobación. Entonces descubrimos que no es posible hablar de delegación de deuda, donde, como es sabido, se precisa como requisito indispensable la aceptación del delegatario a la operación que se intenta verificar. Ni siquiera existe una proposición al trabajador, una

(54) DE LA VILLA: *La extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1960, págs. 258 y sigs.

(55) Ss. de 1 diciembre 1954 y 7 octubre 1955, citadas por BAYÓN CHACÓN en *El concepto jurídico-laboral de empresa*, "Rev. Fac. Der.", 6, Madrid, 1959, pág. 265, *in nota*, donde ataca el autor la institucionalización del concepto de empresa.

simple advertencia sobre el cambio de titular de la empresa. Al comentar la doctrina esta particularidad, concluye que nos hallamos ante un caso de novación del contrato, subjetiva por cambio de la persona del acreedor a la prestación del servicio, matizada por ciertos aspectos de cesión del contrato (56), o bien que se trata de una figura con naturaleza mixta de cesión de crédito y asunción de deuda que opera no por ratificación del trabajador o con su consentimiento, sino *opae legis* (57).

Los argumentos que desechan la aplicabilidad de la delegación de deuda a los casos concretos son técnicamente correctos, sin detenernos en el acierto de la calificación del negocio. Pero existe algún caso en el que la conclusión ya no es aplicable, por caer dentro de la órbita del Derecho civil, pese a su indiscutible origen laboral.

Supongamos que un trabajador es acreedor de la empresa por salarios retrasados, incluso que aquél haya dado, por su voluntad, como terminado el contrato amparándose en el artículo 18, b), L.T.C. En el primer caso tiene una doble consideración: la de acreedor de la empresa y la de deudor de trabajo, mientras que en el segundo su posición se agota en la segunda categoría.

Comentando el artículo 1 del Texto refundido del vigente procedimiento laboral, recalcan JIMÉNEZ ASEÑO y MORENO MORENO (58) la inexistencia de un concepto único de empresario o patrono. Esto es cierto e importante, sobre todo cuando en el texto regulador del Procedimiento no se ha previsto en absoluto la restitución del empresario a efectos procesales, sin cometer, no obstante, ninguna incorrección ante la ya conocida subrogación del *accipiens* en la posición del *tradens*. En casos semejantes, si el trabajador continúa en la empresa deberá pasar por el cambio de titular, pero su crédito estará sometido al régimen general del Derecho común. Para la delegación de deuda —y aquí si existe— se precisará su consentimiento; prestándolo, quedará liberado el nuevo empresario, y sólo el antiguo será responsable, salvo el caso de que medie la fianza a que nos referimos en páginas anteriores.

En un caso parecido puede afirmarse que existe cierta variación en la naturaleza misma del crédito. Según el artículo 59 LCT, los créditos por salarios o sueldos devengados por los trabajadores tienen la calidad de singularmente privilegiados; dicho texto es interpretado por PÉREZ BOTIJA en el sentido de que los expresados créditos no sólo son créditos contra la empresa, sino que, en cierto modo, se objetivizan y tienden a afectar patrimonios extraños. Hace notar tam-

(56) ASÍ, MENÉNDEZ-PIDAL y DE MONTES: *La cesión, traspaso o venta de la empresa ante el Derecho social*, "R. D. P.", XXI, 1957, pág. 400.

(57) ALONSO GARCÍA: *Derecho del trabajo*, II, Barcelona, 1960, págs. 559 y sigs.

(58) JIMÉNEZ ASENSIO y MORENO MORENO: *Comentarios al Procedimiento Laboral Español*, I, Barcelona, 1959, pág. 45.

bién la importancia que tienen los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o explotación para garantizar el pago de salarios (59).

Cuando no se produzca la delegación, cuando el trabajador no asienta al cambio de deudor, el crédito seguirá siendo singularmente privilegiado, pero por aplicación del artículo 1.924, 2.º, D. C. c., o 913, 1.º, C —según los casos—, más que por la escueta aplicación de la LCT. Además, la situación será bastante complicada porque los bienes que garantizan especialmente el cumplimiento habrán sido transmitidos al nuevo empresario; entonces la situación se concretará en la responsabilidad personal del transmitente sin la garantía de los bienes transmitidos. Todo esto parece aconsejar se preste el consentimiento para consumar la delegación, pero aún hay motivos más potentes.

Una peculiaridad nace aún de la eventual aplicación del artículo 118 L. H., previsor, en el párrafo 1.º, de un mecanismo idéntico al del artículo 1.205 C. c., para el caso de venta de finca hipotecada: si el acreedor (trabajador) presta su consentimiento, el comprador (nuevo empresario) se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada.

De acuerdo con el segundo párrafo del expresado artículo, no habiéndose pactado la transmisión de la obligación garantizada, y mediante el descuento de su importe, por el comprador (nuevo empresario), del precio de la venta o se hubiera retenido y al vencimiento de la obligación fuese ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca (antiguo empresario), quedará subrogado éste en lugar del acreedor (trabajador) hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.

El párrafo transcrito facilita, a nuestro entender, la reclamación y garantías del trabajador cuando no consienta la delegación. Entonces, adquirente y transmitente de la nueva empresa pueden renunciar al pacto de transmisión de la obligación, con el descuento de los créditos salariales, y el acreedor puede acudir al *tradens* o al *accipiens* con la oportuna reclamación ulterior del primero al segundo cuando se acudiera a él solicitando el pago: la posibilidad de reclamar al adquirente aparece bien clara de la simple retención o descuento del importe del crédito, realizado, sin duda, en previsión del pago.

El único obstáculo, y muy importante, para la aplicación del artículo 118 L. H. aparece en la debatida naturaleza del privilegio concedido al trabajador por el artículo 59 LCT: ¿Se trata en verdad de una hipoteca? Si se admite la negativa ya sabemos como se debilita la garantía por desaparecer del patrimonio del transmitente los

(59) PÉREZ BOTIJA: *Notas sobre el concepto de empresa, en especial consideración en el Derecho del Trabajo*, "R. D. M.", 13, 1948, págs. 31 y sig., texto y nota.

bienes incorporados a la explotación. Por el contrario, las seguridades son abundantes si se acepta la naturaleza hipotecaria de la garantía.

Desde luego, no por el simple hecho de que una calificación acarree consecuencias ventajosas debe, sin más, ser admitida. La figura de la hipoteca tácita es lo suficientemente debatida como para no adherirse automáticamente a su validez (60).

Aunque se admitan las ventajas que produciría el reconocimiento de carácter hipotecario a la garantía analizada en una posible reforma del artículo 59 LCT, es necesario precisar que posiblemente fuesen desbordadas por los inconvenientes. Pongamos el ejemplo de venta de una empresa de la construcción y las consecuencias que produciría la existencia de una hipoteca a favor de los trabajadores sobre todos los inmuebles de la misma. O incluso en la transmisión inmediata de un bien de tal especie por el nuevo titular—cualquiera que fuese la actividad empresarial—, siempre gravado por una carga que quizá desconozca el comprador.

Queda, en fin, una última posibilidad a los trabajadores. Ejercitar una tercería de mejor derecho —artículo 1.532 LEC— al ser entregados los inmuebles al comprador. Pero, insistiendo en lo que antes dijimos, todas estas dificultades se obviarían si el acreedor por salarios acepta la delegación. El crédito, ya vencido, será exigible, desde luego, y con todas las garantías que acompañaban la anterior situación.

9) *Arrendamiento de local de negocio.*—Es la materia de arrendamientos la más rica al estudiar la disciplina de la venta de la empresa. La vigente LAU estipula, en los artículos 29 a 42, las condiciones que debe reunir el traspaso de local de negocio, y en el 3 excluye de la Ley el arrendamiento de industria o negocio, que se reputará existente cuando el objeto del contrato no sea sólo los bienes que en el mismo se enumeran, sino “una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas”. Es natural que en una Ley de arrendamientos se excluya el de empresa, pero es meritorio el concepto que ofrece recalcando el dato de la posibilidad de explotación inmediata.

Antes de analizar las sugerencias de la ley especial es preciso plantear una cuestión decisiva: se trata de saber si tanto en los créditos laborales como en los que ostenta el arrendador frente al arrendatario se produce una sustitución automática en el obligado. Merece la pena notar que la LCT, igual que la LAU, estudian minuciosamente un problema, mejor aún un aspecto del mismo, y sólo arrojan luz sobre el sector activo de la operación, sin pronunciarse sobre los gravámenes que pesan sobre la empresa. En los contratos de trabajo

(60) Sobre la imposibilidad de admitir la hipoteca tácita en nuestro Derecho —con especial examen del art. 59 L. C. T.—, puede verse GARCÍA DE HARO: *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960, págs. 250 a 261, con crítica de la teoría permisiva sustentada por ROCA SASTRE.

se declara sin más que el trabajador continúa ligado al nuevo titular, en la LAU se hace pasar al propietario por la titularidad de un nuevo arrendatario. En el apartado anterior comprobamos que la situación del acreedor de salarios-dendador de trabajo no difiere en nada del acreedor ordinario. Nos toca ahora contemplar el mecanismo de la LAU en relación con los derechos del arrendador.

En la LAU se obliga al arrendador a pasar por que una persona ocupe el lugar del arrendatario estableciéndose con nitidez la negociabilidad del contrato mismo. El arrendamiento de un local puede ser de tal forma interesante, que precisamente sea la presencia de tal bien en el patrimonio del empresario lo que ocasione un supervalor a la suma de los elementos reunidos. El concepto del artículo 3 LAU elude la disciplina del traspaso en el arrendamiento de la empresa —sin errar por ello, a la vista de la declaración de principio que verifica—, pero se le escapa al legislador un gravísimo problema motivado por la venta del establecimiento.

Como venimos repitiendo, el precio satisfecto por el comprador al vendedor hace referencia a la unidad empresarial y no a la suma de las diversas partidas que la componen. La correlativa toma de posesión de los elementos separados se traduce en la disgregación del negocio. Cuando exista un contrato de arrendamiento —o, incluso, varios, si la empresa ocupa para desarrollar su actividad diversos locales— se precisará un traspaso del local de negocio, de acuerdo con las formalidades establecidas en la LAU.

Sucedirá entonces que *tradens* y *accipiens* decidirán convencionalmente cuál es la cuota del precio global que traduce la estimación del arrendamiento. De acuerdo con ella, el arrendador que no hubiere ejercitado su derecho de tanteo o de retracto podrá reclamar —de acuerdo con el artículo 39 de la ley especial— la participación en el precio que con él convenga y, en su defecto, la establecida legalmente.

La elasticidad de las soluciones posibles para defraudar al arrendador es muy grande, tanto para escamotearle la participación que le corresponde en el precio como para evitar el derecho de tanteo reconocido en el artículo 35. Las partes del negocio fundamental de compraventa atribuirán un valor al traspaso sobre el importe del precio que sea lo suficientemente alto para evitar el tanteo y lo suficientemente reducido para soslayar un ingreso considerable en el propietario. Indudablemente, serán las disponibilidades económicas del último las que en cada caso determinen los matices de la operación.

En alguna ocasión la maniobra será fácilmente denunciada, como cuando el resto de los bienes del empresario hayan sido estimados por bajo de su valor. Pero aunque así suceda, el propietario —por lo menos en principio— no tiene nada que objetar, tradicionalmente son los acreedores los perjudicados por una enajenación o estimación por bajo de la realidad: basta comprobar tan sólo el artículo 888, 4, C. de c., a efectos de calificación de la quiebra. Pero si los acreedores son satisfechos con el producto de la deuda, o aceptan la posibilidad

de una delegación a cargo del adquirente, es muy improbable que se descubra la maniobra, que, además, no reportaría muchos beneficios al propietario del local.

Por ello, cabe apuntar como solución ideal la percepción por el arrendador de un tanto de la suma global que constituye el precio de la venta: nada hay en nuestro Derecho positivo —por lo menos en los Códigos y LAU— que ayude a construir una oposición semejante, posible correctora de inevitables abusos. Empero, como veremos en las últimas páginas, la legislación fiscal puede colaborar eficazmente en la corrección de un negocio un poco turbio, abriendo un pequeño cauce para la reclamación. Aun así se impone, a nuestro parecer, una mayor intervención del propietario, cuyos intereses tan directamente vinculados a la operación están, y una solución legal al problema.

En el artículo 29 LAU se concibe el traspaso de local de negocio como la cesión mediante precio de tales locales, sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual queda subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. La cesión del local sin existencias plantea la duda de si el propietario percibirá un tanto por ciento del importe total de la venta cuando la empresa se concrete precisamente a dicho local y a las expectativas. Una solución tan unilateral opinamos que debe ser desechada, porque traicionaría a la actividad empresarial y a la existencia de un trabajo previo que ha creado —quíerose o no— algo distinto a la pura materialidad de un Derecho real de arrendamiento.

La segunda cuestión importante derivada del mencionado artículo nace de la obligatoria subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. No cabe duda sobre los derechos, pero la subrogación en las obligaciones merece alguna reflexión.

Podría parecer que *ipso iure* el nuevo arrendatario se subroga en la posición que ocupaba el transmitente y de manera plena, como consecuencia de la cesión de contrato. En su configuración típica —piensa ANDREOLI (61)— tal institución es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato: de tal forma que, a través de la sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente. Sin embargo, la liberación del cedente de sus obligaciones básicas en relación con el contratante cedido no es un efecto imprescindiblemente necesario de la cesión del contrato, puesto que la ley admite también la posibilidad de que el cedente permanezca como antes vinculado a sus obligaciones cuando el contratante cedido declare que no le libera de ellas en el momento de dar su consentimiento a la cesión (62). Señalamos por fin que, de

(61) ANDREOLI: *La cesión del contrato*, trad. de Osset, Madrid, 1956, págs. 2 y sig.

(62) ANDREOLI, *ob. cit.*, pág. 65.

acuerdo con el artículo 1.409 del Código civil italiano, el contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato, excepto las que se funden en otras relaciones con el cedente, salvo que se haya hecho expresa reserva en el momento que se consintió a la sustitución.

En la doctrina patria se ha ocupado incidentalmente del problema LÓPEZ JACOISTE. Se adhiere a la opinión de GALVAO TELES, que explica la cesión de contrato por la combinación de una cesión de crédito y una asunción de deudas, concluyendo que cuando la cesión comprende un aspecto pasivo es inexcusable el consentimiento del arrendador, innecesario en caso contrario (63).

La última opinión transcrita es plenamente acertada y traduce una constante en todo nuestro Derecho privado: la imposibilidad de transmitir la deuda sin el consentimiento del acreedor. Hasta que se produzca una declaración de voluntad semejante no se habrá pasado del período de gestación del contrato, sin consecuencias para ninguna de las partes. De esta forma se explica el recto sentido de la subrogación en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento aludida en el artículo 29 LAU. Las mencionadas obligaciones no son todas las que nacen del contrato, sino precisamente las que se desarrollarán en el futuro, de acuerdo con los artículos 1.555 y sigs. C. c. En este punto no puede mostrar su opinión desfavorable el arrendador, y si lo hace no tienen ninguna consecuencia. Pero en el cambio de obligado por las rentas ya vencidas su consentimiento es totalmente indiscutible, por aplicación del artículo 1.205 C. c. Además, el repetido artículo 29 de la Ley especial no es incorrecto al referirse a una subrogación en las obligaciones si se interpreta en el sentido expresado, pensando exclusivamente en la relación que mediará en el futuro entre el nuevo arrendatario y el arrendador.

Para la existencia legal del traspaso es requisito necesario la notificación fehaciente al arrendador, o a ciertas personas que a tal efecto pueden sustituirle, de la decisión de traspasar y el precio convenido. Otorgado el traspaso por escritura pública, el arrendatario debe notificar al arrendador o a las personas indicadas la realización del traspaso, el precio percibido, el nombre y domicilio del adquirente y que éste ha contraído la obligación de permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de un año, destinándolo al mismo género de comercio que practicaba el arrendatario (art. 32, párr. 2.º, 4.º, 5.º y 6.º LAU). Toda esta gama de formalidades afecta de modo directo a la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo o retracto, pero

(63) LÓPEZ JACOISTE: *El arrendamiento como aportación social*, Pamplona, 1955, págs. 85 y 92 y sigs., respectivamente. Opina D. FEDERICO DE CASTRO, sin embargo, que en el Derecho español no se puede hablar de cesión de arrendamiento en el sentido de cesión total de derechos y obligaciones, de una cesión de relaciones jurídicas; el art. 1.205 C. c. es, a su parecer, el obstáculo más serio. *Cesión del arrendamiento y subarriendo*, "R. G. L. J.", 156, 1930, págs. 143 y sigs.

puede estar muy relacionado con la propuesta de una delegación de deuda.

Supóngase que se comunica a un propietario la intención de traspasar un local de negocio junto a la posibilidad de hacerse cargo de las obligaciones pendientes de cumplimiento el nuevo titular del contrato. Si el propietario no responde al llamamiento que se le hace, el traspaso será totalmente válido, salvo en el caso de poderse ejercitar el derecho de retracto por haberse realizado el traspaso por precio inferior al que le fué notificado (art. 36, 1, LAU), pero también decaer la posibilidad de operarse el cambio de deudor, aunque no de modo automático. Los plazos establecidos en la LAU para ejercitar el tanteo y el retracto son independientes de cualquier otra estipulación complementaria, y por ello no es incorrecto pensar que la cesión del contrato se realice incluso contra la voluntad del arrendador negligente que no ejercitó su derecho en el plazo concedido por la ley y que posteriormente se negocie —con resultados positivos o no— la sustitución de deudor. Aunque los dos aspectos del negocio nazcan simultáneamente, no tienen por ello una duración idéntica y un resultado armónico. Lo que parece indudable es que la solución se orientará en el sentido de aceptación de la delegación y antecedente subrogación en el contrato —con o sin intervención del arrendador, para nada necesaria—, pero difícilmente desembocará en el ejercicio del tanteo y la aceptación de la delegación; no ya por oponerse al arrendador —que quizá accediese gustoso a que otra persona ocupase el lugar del deudor primitivo, sobre cuyas posibilidades de pago recaen las más serias sospechas—, sino porque la premisa que sustentaba la delegación habrá decaído. Raramente tendrá interés el eventual delegado en que se produzca si el beneficio con que contaba —la ocupación total del negocio— ha desaparecido.

Tampoco será muy difícil que alguna vez el ejercicio de tanteo imposibilite todo el mecanismo de la compraventa de un establecimiento mercantil. Nos hemos referido hace poco al caso del negocio cuyo valor patrimonial más importante es precisamente el derecho de arrendamiento de un local bien situado y con renta favorable. Si no es posible ceder el contrato, el eventual comprador desistirá de la operación, pues casi existe la seguridad plena de que no habrá satisfecho ninguna suma como pago de las expectativas. La máxima dificultad que presentarán supuestos análogos será distinguir cuándo ha habido verdadera venta y cuándo simple traspaso de local de negocio. Sobre el daño que sufrirá el patrimonio del arrendador nada tenemos que añadir a los que hace poco expusimos.

En el caso de arrendamiento de industria recogido en el artículo 3 LAU, se precisa la recepción de una unidad patrimonial con vida propia, además del local. La sentencia de 3 de diciembre de 1957 hace notar que si lo cedido es el edificio “desnudo”, o con elementos desarticulados no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza

para un negocio que él va a crear, la relación jurídica establecida es la de un arrendamiento de un local de negocio, no de industria. Esta decisión contiene una nota interesante, que radica en la necesidad de que exista algo más que un local escueto para que se produzca el arrendamiento de industria, el simple hecho de que en él se ejerza una actividad comercial no es suficiente para la calificación.

Dentro de los problemas suscitados por el arrendamiento de industria nos corresponde examinar si esa aportación de local que reconoce como fundamental el artículo 3 LAU y la jurisprudencia (64), corresponde a un traspaso y, por tanto, le son aplicables las dudas y soluciones que hasta ahora hemos visto.

Antes de promulgarse la vigente LAU ya interpretaron COSSÍO y RUBIO el arrendamiento de empresa en forma muy próxima a la exigida por el citado artículo 3. Seguían a GARCÍA ROXO al apreciar que en tales supuestos existe cesión arrendaticia de un local con un conjunto de elementos patrimoniales en funcionamiento unificados dinámicamente, cediendo la consideración jurídica del local ante la superior trascendencia de la unidad "empresa" (65). Existía, además, una dirección jurisprudencial de escaso alcance, según la cual el arrendamiento se traducía en la cesión temporal de uso y goce mediante un precio único de un conjunto de elementos materiales diversos, destinados a una explotación industrial establecida con anterioridad y formando un todo con la misma, es decir, de una organización creada para la obtención de una finalidad productiva (66). Vemos que la cesión se entiende en dos sentidos, aunque con los mismos resultados: unas veces se insiste en la efectuada del local con *otros* elementos, en otras ocasiones esta cesión se considera *dentro* de un conjunto de elementos organizados.

La aplicación de la legislación común tiene alguna trascendencia. Sobre todo merece la pena destacar el artículo 1.550, permitiendo al arrendatario subarrendar todo o parte de la cosa arrendada; el 1.552, que declara obligado al subarrendatario para con el arredador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento, y el 1.565, al declarar concluido el arrendamiento el día prefijado, sin necesidad de requerimiento, cuando el arrendamiento se haya hecho por tiempo determinado.

Nada aparece, sin embargo, sobre la existencia de una cesión de la cosa arrendada en el caso de subarriendo. A la vista de todos estos datos es preciso concluir en forma negativa, pues, además, defender la opinión contraria entrañaría un grave error técnico porque no hay cesión alguna del contrato, según el concepto de esta institución que

(64) Dentro de una muy copiosa, citemos las SS. de 21 noviembre 1958, 20 octubre 1959 y 7 julio 1960, como más recientes.

(65) COSSÍO y CORRAL y RUBIO y ARGOS: *Tratado de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1949, págs. 250 y 253, respectivamente.

(66) Cfr. MUÑOZ CAMPOS y CEREZO CARRASCO: *Concepto jurisprudencial de la empresa u efectos arrendaticios*, "R. D. M.", 56 (1955), págs. 271 y sig.

antes hemos transcrito. Las partes del contrato son exclusivamente arrendador y arrendatario: el subarrendador es responsable del cumplimiento del contrato para con el arrendador —art. 1.550— y la relación quedará definitivamente extinta en el momento indicado por el artículo 1.565. Solamente es un poco dudoso el artículo 1.552, a que hace poco nos hemos referido, aunque su aplicación esté desbordada por el artículo 15 LAU.

No es posible interpretar dicho texto como una asunción de deudas del arrendatario realizada por el subarrendatario con carácter legal y sin necesidad de aceptación del arrendador; es decir, sin precisarse una clásica delegación de deuda. El artículo 1.552 obliga sólo al subarrendatario por el precio convenido en el subarriendo y que precisamente se halle debiendo todavía al ser requerido. En cierto modo, nos recuerda este texto al artículo 1.111 C. c., aunque su alcance es precisamente el contrario. Según la acción subrogatoria es necesario perseguir los bienes de que esté en posesión el deudor antes que sus derechos y acciones. Por el contrario, el artículo 1.552 acorta los trámites, y para extinguir los créditos derivados del arrendamiento se permite proceder contra el subarrendatario sin hacer previa excusión de los bienes del obligado principal. Hay que concluir, en definitiva, que la eventual delegación de deudas anteriores del arrendatario, y a cargo del subarrendatario, se verificará por los cauces normales del Derecho civil y con absoluta independencia de la especial relación que media entre delegante-arrendatario, delegado-subarrendatario y delegatario-arrendador. La fortuna de su negocio estará completamente desvinculada de la del otro, sin que para nada se afecten dentro de su desarroco peculiar. Aun así, en seguida veremos alguna peculiaridad de la LAU en este punto.

Pero con lo que antecede no queda esclarecido en su totalidad el mecanismo del arrendamiento de la empresa. Aunque exceda del tema concreto de nuestro estudio, bien que guarde cierta relación, es conveniente analizar un aspecto del cual pueden ocasionarse graves quebrantos económicos al arrendador.

Creemos suficientemente diáfana la ausencia de traspaso de local de negocio en el contrato de arrendamiento de industria. Empero, ya no es tan claro que no vaya incrustado en él un subarriendo del mismo. Opinamos es necesario inclinarse por la solución positiva; una cosa es que la LAU no se aplique al negocio considerado globalmente y otra que no se extiendan sus posibles beneficios a las personas afectadas. El arrendatario del establecimiento ocupará el local del negocio y entonces deberá ser aplicable el artículo 22 LAU: para que pueda ser subarrendado un local de negocio se exigirá siempre la autorización expresa y escrita del arrendador, el precio será libremente pactado y serán aplicables los artículos 15, 16 y 20 de la misma ley. Es especialmente previsora la ley al ordenar la aplicación del artículo 15, según el cual el arrendador podrá exigir del subarrendatario el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo,

siendo así que se silencia la aplicación del artículo 14, reconocitivo del derecho del arrendador a participar en el precio del subarriendo.

La solución al problema está en el artículo 22: el subarriendo del local de negocio difiere esencialmente del traspaso al exigir la autorización expresa y escrita del arrendador, contrariamente a lo que sucede en el segundo, que es forzoso para éste. Y difícilmente consentirá el arrendador al subarriendo cuando no se le prometa una sustanciosa participación en el precio de aquél. De esta forma quedan eliminadas también las posibilidades de fraude, contrariamente también a lo que acaece en la cesión, pues aunque las partes del contrato de arrendamiento de empresa reduzcan al máximo el valor del subarriendo en el importe global de la operación, el arrendador desconfiará y podrá obtener beneficios mucho más acordes con la situación real. Naturalmente, todo lo expuesto supone siempre una activa conducta del arrendador, mas difícilmente dejará de producirse cuando se le solicite la autorización expresa para el contrato.

Merece destacarse, por fin, la facultad reconocida al arrendador en el artículo 15, que le permite exigir del subarrendatario el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo, en cuyo caso, al hacer éste el pago al subarrendador hará el oportuno descuento. Aquí ya existe responsabilidad directa del subarrendador, la regla está mucho más matizada que en el artículo 1.552 C. c., pero aun así no puede hablarse ni de delegación ni de asunción de deuda.

El mecanismo de la primera figura no aparece en ningún momento: no ha existido un acuerdo entre delegante y delegado ni tampoco aceptación por el delegatario. Tampoco se ha producido el efecto característico de la asunción de deuda: la sustitución del antiguo obligado por el nuevo. Todo se reduce a una solidaridad en función de garantía concedida por la ley y de la cual dispondrá como prefiera el arrendador, cuya sola voluntad no es suficiente para suplir el esquema de las instituciones indicadas. Opinamos que el artículo 15 LAU es suficientemente explícito para defender la solidaridad: considérese simplemente la redacción de tal artículo cuando sólo estima liberatorio el pago realizado por el subarrendatario al inquilino en defecto de la exigencia del arrendador; por ello sería irrelevante pretender la excusión si el inquilino hubiese sido requerido previamente para la satisfacción.

Lo que antecede puede fundamentarse, como resumen, en un dato sintetizado por UDAONDO de la jurisprudencia del T. S.: el local puede ser objeto de arrendamiento independientemente de la industria en él establecida (67). Pero creemos que este factor no debe ser interpretado sólo como defensa del creador de la industria contra los posibles abusos del dueño del local, sino que debe operar también como protector de los intereses del propietario.

(67) UDAONDO: *El arrendamiento de empresa en la nueva ley*, "A. D. C.", 1950, pág. 374.

Para terminar este punto, hagamos una breve mención a las causas de resolución del arrendamiento (art. 114 LAU) que presentan interés con nuestro tema. La primera —falta de pago de la renta o de las cantidades que a ésta se asimilan— es la más interesante, pues en las demás el juego de la delegación es muy escaso. Y en la que hemos indicado, la solución es la misma de siempre: el adquirente puede proponer al arrendador el pago de las rentas atrasadas, manifestándole su deseo de continuar en el local mediante el oportuno contrato de subarriendo.

Puede suceder también que la falta de pago provenga de la negativa del acreedor a recibirlo, lo cual provocaría la consignación del precio por el propietario del negocio transmitido. En tal caso, no es posible hablar de falta de pago, sino de un sustitutivo que produce efectos análogos a los del mismo pago, respecto a la obligación, sobre todo cuando el juez —aun contra la voluntad del acreedor— decida la validez de la consignación (68). Pero entonces es imposible que el nuevo adquirente se subrogue en la posición del antiguo y continúe consignando la renta, por la razón de que el artículo 22 LAU exige para el subarriendo la autorización expresa y escrita del arrendador. Sólo puede acontecer que mediante la autorización se produzca el subarriendo, mas sin ninguna consecuencia en orden a la deuda que —como decimos— se resolverá por los trámites de la consignación judicial y no por los de la delegación.

Por el contrario, en los casos ya conocidos que el título transitivo de la empresa arrastre un traspaso de local de negocio, las partes cumplirán con los requisitos de los artículos 29 y sigs. LAU, y una vez cumplidos, el nuevo empresario podrá liberarse por medio de las oportunas consignaciones de la renta. Previa, claro está, la de la participación en el precio que corresponda al arrendador según el artículo 39, 1, del mismo cuerpo legal.

10) *Fusión de S. A.*—Al producirse la fusión de cualesquiera sociedades en una anónima nueva o por medio de absorción por otra de la forma indicada, deben transcurrir tres meses antes de que pueda ser realizada la operación, contados desde la fecha del anuncio en el BOE y en los periódicos de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Cualquier acreedor social puede oponerse por escrito a la fusión, en cuyo caso ésta no se llevará a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes, quienes no pueden oponerse al pago aunque se trate de créditos no vencidos (arts. 142, 145 y 134 LSA).

(68) DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, págs. 8 y, sobre todo, 91 y sig., donde se analiza el valor de la expresión “estar bien hecha la consignación”, que utiliza el art. 1.180 C. c. Es curiosa la opinión del autor, asimiladora de la consignación con un “proceso liberatorio”. Sin entrar en el fondo de la cuestión, estimamos un poco extraño hablar de proceso cuando la consignación parece dirigirse precisamente a enervar una acción.

Destaca en primer lugar la subrogación de la empresa absorbente en las obligaciones de la absorbida, como resultado de la naturaleza misma de la operación. Es un poco dudoso seguir calificando entonces al fenómeno como delegación de deuda, pues no existe el *iussum* de delegante a delegado como motor de la operación y —en cambio— aparecen dos soluciones a la posible negativa del acreedor a aprobar el cambio de obligado. Sólo cuando el negocio se consume normalmente, o sea con la ratificación del titular del crédito tendrá un funcionamiento idéntico al de la delegación.

La asunción de deuda, se produce siempre; no depende su eficacia de la voluntad del acreedor, porque la sociedad puede asegurar previamente la obligación a extinguirla mediante su satisfacción anticipada. Naturalmente en el último caso el crédito se ha pagado totalmente y no hay asunción alguna, ni desde luego posibilidad de repetir una sociedad a la otra, pues al integrarse ambas en una sola entrarán en juego los artículos 1.192 y siguientes del C. c.

Empero cuando el acreedor no se oponga a la fusión, la admisibilidad del artículo 1.205 del C. c. será completa y el silencio de aquél equivaldrá a la aceptación. Más aún, será bastante insólita una aceptación expresa en el sentido de que el titular del crédito comunique a la sociedad que admite al nuevo obligado.

La operación es forzosa para el acreedor, lo cual responde a razones auténticamente necesarias. La sociedad deudora se disuelve y extingue, luego no es posible considerarla subsistente solamente a efectos de responsabilidad. Estamos muy cerca —salvadas todas las indudables diferencias— de la sucesión *mortis causae* con su secuela de transmisión de obligaciones del causante a los herederos; en nuestro supuesto la sociedad absorbente, o la que nace a consecuencia de la fusión, es la sucesora de las disueltas. Con la particularidad de que el artículo 1.205 es totalmente inaplicable al puro Derecho de sucesiones.

En definitiva, la asunción de deuda aparece como defecto natural de la fusión de sociedades. La aprobación, deducida de la ausencia de oposición, se precisa para que el negocio sea válido. Calificar a este resultado de delegación y oponerse a ello no resuelve —a nuestro parecer— ningún problema, pues los efectos están rigurosamente previstos en la LSA. La máxima dificultad para la asimilación estriba en la obligatoriedad indicada. ¿Puede la delegación tener un efecto distinto del voluntario? A nuestro parecer se puede concluir afirmando que el negocio es del tipo indicado, aunque la ausencia del consentimiento no suponga la inalterabilidad de la primitiva situación —como en la asignación sucede— sino una percepción anticipada del importe del crédito o un aseguramiento del mismo a efectos de garantía.

Con anterioridad a la publicación de la vigente LSA esforzábese URÍA en la defensa de la tesis de la sucesión universal en los derechos y obligaciones de las sociedades extintas (69). Ha opinado después MOROS

(69) URÍA: *La fusión de las Sociedades mercantiles en el Derecho español*, "R. D. M.", 3, 1946, págs. 222 y sigs.

GUIRAO que, con estricta sujeción a nuestro Derecho positivo, no hay en él base suficiente para la asimilación; aunque reconoce la ausencia de obstáculos insoslayables en nuestra patria para una nueva calificación jurisprudencial de la fusión engendradora de una sucesión universal en los derechos y obligaciones de las extintas. El más fuerte argumento en contra lo constituye el artículo 1.205 C. c., proyectado en función de las garantías y principios de la sucesión a título singular; reclamar de antemano su vigencia es invertir el problema (70). Creemos indispensable la cita para precisar la declaración que antes hicimos a propósito de la similitud con la sucesión hereditaria. El artículo 1.205, por lo demás, entorpece la consideración de que se produce una delegación global: cada acreedor resuelve de acuerdo con su parecer, y en caso de disidencia, también la sociedad podrá inclinarse en cada caso por soluciones contrarias: garantía o satisfacción anticipada.

Comentando ANDREOLI la fusión de sociedades mercantiles, señala que aun teniendo lugar una transferencia del conjunto de las relaciones contractuales de las sociedades extinguidas, a la nueva o la incorporadora, la transferencia en cuestión no puede, sin embargo, referirse al típico esquema de la cesión de contrato, pues dicha transferencia es el efecto de una sucesión a *título universal* de la sociedad nueva o de la incorporadora en el patrimonio de las extinguidas; mientras que, en cambio, en la cesión técnica de contrato tiene lugar una sucesión a *título particular* del cesionario en la posición contractual del cedente, y dicha cesión no es el efecto de una *successio per universitatem* (71). No ofrece ningún reparo tal opinión, pero de acuerdo con el artículo 145 de nuestra LSA —y en el caso de que prosperase la tesis de MOROS—, el consentimiento separado de los acreedores debiera ser objeto de una regulación diferente, pues en las presentes circunstancias tal formalidad parece, en verdad, proyectarse sobre las múltiples relaciones contractuales que ligan a la empresa con otras personas. Así no es difícil que la fusión de sociedades ofrezca notas que la acercan a una pluralidad de cesiones de contrato (72), sobre todo por el tan repetido derecho de los acreedores a oponerse a la fusión con la rigidez del artículo 1.205.

Tiene nuestro derecho la característica de que la voluntad de un solo socio, contraria a la fusión, es suficiente para que ésta no se verifique. Conviene, a nuestro entender, precisar el alcance de esta negativa. Cualquier persona que sea titular de un derecho de crédito

(70) MOROS GUIRAO: *Fusión de Sociedades mercantiles*, Madrid, 1953, página 243.

(71) ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 132 y sig.

(72) Los inconvenientes de la fusión concebida como una suma de transmisiones a título singular son invocadas por LÓPEZ JACOISTE frente a las ventajas de la transmisión en bloque propias de la fusión. Pone como ejemplo los derechos de tanteo y retracto brindados por la LAU al arrendador, que pueden poner en quiebra los designios de absorción en punto tan importante para la vida de la empresa como es el uso del local donde radica la base del negocio. *Ob. cit.*, pág. 238.

contra las sociedades fusionadas, o contra la absorbente, goza de la facultad de oposición; pero más que la fusión misma, lo que ataca es la desaparición de la personalidad jurídica de su deudor que le hace temer por el cobro de su crédito. La Ley habla de que el acreedor "se opusiera por escrito a la fusión", en realidad no hace más que negar eficacia a la operación hasta que la posición del acreedor sea suficientemente segura.

Esto lo demuestra, sencillamente, el hecho de que la satisfacción inmediata de la deuda o su aseguramiento previo enerva el derecho de oposición y la fusión puede verificarse. Se observa con claridad que el contenido de la actividad del titular del crédito se enraíza en un campo de alcance mucho más corto que el presumido por la Ley. Aunque no quepa duda sobre la imposibilidad del acreedor de negarse a lo que se podría llamar una delegación forzosa, cuando la sociedad prefiera asegurar la obligación a satisfacerla anticipadamente, todavía puede estimarse ampliamente protegido, a la vista de que —como observa URÍA (73)— el régimen de garantías o seguridades de los créditos debe contar con la aprobación de los acreedores porque, en otro caso, la sociedad podría acudir a garantías o seguridades ficticias, que dejarían indefensos a los acreedores, burlando la finalidad perseguida por el precepto.

Esta última afirmación puede, además, fundamentarse con solidez partiendo de la necesidad de un contrato que por serlo precisará la aceptación del acreedor. Se necesitará, de esta forma, una fase de negociación con un posible cambio de las seguridades ofrecidas si no son del agrado del acreedor. Y, desde luego, habrá que excluir del derecho recogido en el artículo 145 a quien esté en posesión de un crédito suficientemente garantido, pues decaería la razón del precepto indicado. Esto implica, sin duda, la imposibilidad de los obligacionistas de oponerse a la fusión —en el sentido que ya nos es conocido— si las garantías de la emisión son suficientes (art. 112, 6, LSA), pues en caso de incumplimiento por la sociedad absorbente o por la nueva podrá ejecutarlos de acuerdo con los artículos 114 y 120 de la Ley de Sociedades Anónimas. Cuando la emisión se haya hecho sin las garantías del artículo 114, pero sí con otras (fianza, por ejemplo), será aplicable el artículo 119, siempre que exista retraso de seis meses en el pago de los intereses vencidos o la amortización del principal. En los dos casos, la decisión de atacar a la sociedad responsable se tomará de acuerdo con las proporciones establecidas en el artículo 127, que también se aplicará —en nuestra opinión— cuando no sean suficientes las seguridades y urja decidir sobre la admisibilidad de las propuestas. Y cuando no exista ninguna garantía —supuesto bastante inaudito—, la admisión de las propuestas de acuerdo con el artículo 145 deberá también decidirse en asamblea de obligacionistas. Posiblemente, cuando existan préstamos representados por obligaciones, si

(73) URÍA: *Comentario*, cit., pág. 678.

éstas son de alguna envergadura, preferirá la empresa asegurar su pago a satisfacer por entero su importe si la voluntad de la asamblea es contraria a la fusión.

Por lo demás, no es plenamente correcto estimar que el artículo 145 encierra una obligación alternativa cuya concentración corresponde a la sociedad deudora, a tenor del principio genérico establecido por el artículo 1.132 C. c. (74). Descubre HERNÁNDEZ GIL la esencia de las obligaciones alternativas en que el objeto está integrado por un contenido disyuntivo; en ellas, más bien que una pluralidad de prestaciones, lo que sucede es que la prestación cuenta con varias posibilidades hasta el momento de realizarse. Aparte de la finalidad práctica conexa con la ulterior elección, las obligaciones alternativas brindan a las partes las ventajas de la recíproca sustituibilidad de las prestaciones designadas como posibles (75). En el artículo 145 LSA no se brinda al deudor la posibilidad de elección hasta el momento del cumplimiento, sino que tan sólo puede optar por una doble solución, una de las cuales difiere el pago hasta un momento sucesivo, y en el lapso que media entre la elección y la efectiva extinción de la obligación ya no puede apartarse de la voluntad que manifestó en otro momento anterior. La obligación alternativa ni siquiera llega a nacer, sólo aparece la posibilidad de extinguir una precedente con anterioridad al momento previsto o bien asegurarla en la forma que se acuerde. Pero la carencia de la fundamental nota de la posibilidad de elección hasta el momento de realizarse la prestación hace imposible la identidad, pese a lo rico en sugerencias que, sin duda, sería la aplicación del régimen de las alternativas.

Guarda estrecha relación con el tema de la delegación el supuesto de que alguna de las sociedades fusionadas no tenga sus acciones totalmente desembolsadas, siendo a la vez el titular de las mismas acreedor de la empresa por ganancias sociales. No cabe duda de que la empresa es acreedora del socio y que al producirse la fusión tendrá tal condición la absorbente o la nueva; además, el último párrafo del artículo 142 concede al socio de la extinta el derecho a participar en aquélla recibiendo un número de acciones proporcional a su participación en la fusionada.

En una situación análoga, el socio acreedor podrá emplear en todo su alcance el artículo 145 de la LSA y pasará por el cambio de deudor siempre que se le asegure previamente el importe de su crédito. Su obligación de desembolsar totalmente el importe de su acciones no

(74) Así MOTOS GUNRAO, *ob. cit.*, págs. 433 y sig. El empleo de la palabra "concentración" es, sin embargo, equívoco. Asegura D'ORS que, en realidad, no hay concentración, sino "extinción": la obligación no se concentra cuando el deudor pagó o el acreedor reclama procesalmente, sino que se "extingue". Cfr. *En torno a la llamada obligación alternativa*, "R. D. P.", XXVIII, 1944, pág. 17.

(75) HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, págs. 139 y 141.

puede tener, sin embargo, la consideración de una deuda ordinaria que faculte a la sociedad absorbente o a la nueva para aplicar las reglas de la compensación y entregar al socio tan sólo las que representen la cantidad que resulte de la sustracción de las dos cantidades, o incluso nada si no se presenta un saldo a su favor. Mientras el socio satisfaga, a su debido tiempo y en los plazos previstos, las sumas todavía pendientes para completar el importe de sus títulos, no es deudor de la empresa. Además, si pudiese sustentarse la opinión contraria, difícilmente asentiría a una operación que tanto puede perjudicarlo, y no ya como acreedor, sino como socio.

Es forzoso concluir que las acciones de las compañías fusionadas se desembolsarán en la forma y plazos previstos para las extintas. Si no cumple, corresponderá a la sociedad nueva o a la absorbente verificar las oportunas reclamaciones de acuerdo con el artículo 44 de la ley de anónimas.

Más dificultades suscita la cuestión cuando el crédito de una sociedad fusionada sea de origen diferente al expuesto y, sobre todo, si está ya vencido. Entonces sí que parece funcionar el siguiente procedimiento: el socio adeuda una cantidad a la nueva sociedad y ésta le debe cierta suma representada en acciones, luego será aplicable el artículo 1.195 y sigs. C. c.

Aun así, estimamos que la solución no es correcta. El socio de la empresa extinguida no puede considerarse como acreedor de acciones, simplemente es titular del derecho a participar en la nueva proporcionalmente a su interés en la antigua, en el que no pueden considerarse aplicables las reglas de la compensación. Y, sobre todo, la posibilidad de fusionarse una sociedad cuyas acciones no están totalmente desembolsadas no debe ofrecer ninguna duda ante la ausencia de texto legal que lo prohíba. En este punto, nuestra LSA ofrece una depurada sistemática que excluye los problemas planteados por otras legislaciones (76).

Pero quizá el aspecto más complicado de la cuestión lo determina el artículo 143 LSA exigiendo se adopte el acuerdo de fusión en Junta general de accionistas, y el 144 obligando sólo a los accionistas que hayan votado a favor, pudiendo los disidentes y los no asistentes a la Junta separarse de la sociedad en la misma forma establecida en el 135 para el caso de transformación (77). ¿Puede el accionista

(76) En Derecho francés, por ejemplo, las acciones entregadas a cambio de aportaciones en especie no podían ser negociadas hasta transcurridos dos años de la constitución definitiva, lo que motivaba graves inconvenientes en caso de fusión. Vid. ESCARRA, ESCARRA y RAULT: *Traité théorique et pratique de Droit commercial* ("Les sociétés commerciales"), 3, París, 1955, págs. 287 y sigs., con referencia a las disposiciones modificadoras de semejante regla.

(77) La separación automática de los accionistas no asistentes, establecida en el tercer párrafo de este artículo, parece demasiado dura a GABARRÓ SANSÓ —*La Sociedad anónima, Nuevos hechos, nuevas soluciones*, en A A M N, XII, 1961, pág. 191—, pensando en la gran Sociedad anónima que absorbe a otra. Entonces las consecuencias son catastróficas, pues todos los ausentes se encon-

acreedor que votó a favor, y no asistió a la Junta, oponerse ulteriormente a la fusión sobre la base del artículo 145? Parece ser que no, pues su voluntad está ya vinculada en el sentido de la primera manifestación. Por lo menos, ésta será la solución lógica. Pero un somero repaso al artículo 145 nos hace meditar sobre el fin para que está concebida la oposición a la fusión, y no es otro que la defensa del acreedor. Si se niega, así, el derecho de oposición destacando la calidad de socio sobre la de acreedor, la sociedad absorbente o la nueva puede prescindir de un crédito importante cuyo importe hubiese sido decisivo probablemente por resultar gravosa su satisfacción inmediata o excesivamente elevada la garantía a prestar.

En todo este asunto, razones de equidad aconsejan que el socio-acreedor tenga derecho al aseguramiento o al pago anticipado e incluso a oponerse a la fusión lesiva para sus intereses. Desde luego, su asentimiento tácito a la delegación de deuda se producirá en la misma forma que con respecto a los restantes acreedores. Y no será difícil que cuando el crédito que detenta contra la sociedad sea de bastante consideración existan negociaciones previas tendentes a garantizarlo y asegurar el voto del socio en la Junta general de accionistas.

El plazo de tres meses recogido en el artículo 145 es, como señala URÍA (78), preclusivo del derecho de opción de los acreedores, pudiendo realizarse la fusión sin esperar a que transcurra, cuando se haya obtenido el asentimiento de todos los acreedores o cuando los disconformes sean satisfechos por entero o sus derechos asegurados.

En fin, puede acaecer que en el plazo que media entre la Junta general y el contrato de fusión el acuerdo de la primera sea impugnado, en cuyo caso la actividad de los administradores para verificar la fusión quedará en suspenso (79). En un supuesto parecido, el consentimiento de los acreedores hay que entenderlo referido al acuerdo impugnado, que si es sustituido por otro —en el caso de modificación de las bases de la fusión— necesitará la nueva adhesión de los titulares de créditos.

Una vez regularizada la situación de los acreedores, puede realizarse la fusión sin mayores dificultades. Y mediante la incorporación

trarán separados *ipso facto* a los tres meses y seguramente con cantidad inferior al valor real de sus acciones, porque la cantidad que se paga no es, en tal caso, el valor de cotización en Bolsa, sino el valor que resulte de un balance que, por razones fiscales, difícilmente reflejará la verdad.

(78) URÍA: *Comentarios...*, cit., II, pág. 677. En sentido contrario, GIRON TENA: *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 625.

(79) En este sentido GIRON TENA, *ob. cit.*, pág. 624, siguiendo muy de cerca a BAUMBACH. Sobre la protección de los acreedores en Derecho alemán, véase el elemental comentario de GIERKE en *Handelsrecht und Schiffsrecht*, 8.ª ed., Berlín, 1958, pág. 388. Se omite sin embargo, el comentario del § 241, Abs. II. A G, que niega el derecho a reclamar garantías a los acreedores, que en caso de quiebra tendrían un privilegio sobre una *Deckungsmasse* instituida para su protección según prescripciones legales y colocada bajo la vigilancia del Estado.

de la sociedad fusionada a la nueva o a la absorbente se extinguirá aquélla, sin ninguna liquidación, aunque continúe viviendo a través de la indicada incorporación (80).

III. EMPRESAS CON RÉGIMEN ESPECIAL

11) *Empresa marítima*.—Es preciso considerar brevemente la transmisión de algunas empresas que, por su especial naturaleza, dan lugar a ciertas especialidades al realizarse la transmisión de deudas. Acabamos de estudiar en las páginas precedentes algunos negocios que ofrecen matices más o menos próximos a la delegación. En las que siguen, la peculiaridad afectará, mejor que al desarrollo mismo del negocio, a algunas formalidades previas de índole diversa, o bien a algún efecto peculiar, atendida la naturaleza de la actividad empresarial.

Comenzaremos por la venta de la empresa marítima. Nuestro Código de comercio no atiende —quizá menos que en otras actividades— a la profesionalidad de su titular y, por tanto, cada explotación marítima constituirá un acto de comercio separado. Aun cuando nuestra Ley fundamental mercantil estuviese inspirada en principios diversos, es decir, en el empresario como eje de su sistema marítimo, las consecuencias serían mínimas en orden a la transmisión de las obligaciones al nuevo titular por causas que en seguida serán examinadas.

Permítasenos, antes de entrar en materia, hacer una aclaración fundamental. En la empresa marítima, por modesta que sea, existirá un doble orden de relaciones, según afecten a la actividad marítima estrictamente o, por el contrario, se encuentren vinculadas a la organización de tierra. Por ejemplo, es muy posible que el titular posea en propiedad o en arrendamiento un local de negocio donde entra en contacto con el público; le afectarán una serie de contratos de trabajo totalmente desligados de las expediciones marítimas. Incluso pueden existir unos contratos que provoquen una colisión entre los titulares de créditos: más adelante nos detendremos en los que unen al naviero con el consignatario de buques. En líneas generales, puede afirmarse que la naturaleza marítima de la actividad empresarial no afecta en absoluto a los acreedores terrestres; el propietario del local de negocio gozará de los beneficios de la L.A.U. en los mismos términos que expusimos. Respecto de los créditos por salarios atrasados, se reproducirán los problemas del artículo 59 L.C.T., aunque con alguna especialidad. El acreedor por título diverso del marítimo procederá a la aceptación del nuevo deudor en la forma prevista en el artículo 1.205, etcétera.

Al analizar antes la suerte de los contratos de trabajo, nos referimos ya al valioso precedente que supone el artículo 577 C. de c., es-

(80) Vid. Mossa: *Trattato del nuovo Diritto commerciale*, IV, (Società per azioni), Padova, 1957, pág. 581, y las opiniones concordantes allí citadas.

quivando la aceptación de la gente de mar para que suceda en la obligación de pago el adquirente del buque al transmitente (81). Debemos ahora considerar un dato de considerable peso, y es la autinominia existente entre los artículos 59 LCT y 580 C. de c. El primero de ellos concede la calidad de singularmente privilegiados a los créditos por salarios respecto de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o explotación; el segundo —para el caso de venta judicial del buque— coloca a la tripulación en sexto lugar, anteponiendo otros créditos con carácter preferente. Sin duda, el segundo artículo se aplicará en toda su extensión en el caso concreto que está llamado a resolver; la venta judicial del buque. En los restantes, la nave será un bien mueble más, sujeto a la responsabilidad del artículo 59.

Se revela en Derecho marítimo el buque como objeto de responsabilidad, limitando la de su propietario a esta parte de su patrimonio que ha confiado al capitán, exponiéndola a los riesgos de la navegación; su fundamento social es la necesidad de ayudar a la navegación marítima, protegiendo los capitales en ella invertidos (82). Esto con independencia del problema de que el empresario de la navegación sea distinto del propietario del buque (83), sin perjuicio de las acciones que correspondan al segundo contra el primero en el caso de abandono. Antes nos referíamos a la posición del acreedor por salario en el caso de venta judicial del buque. Veamos ahora la trascendencia de estas ventas judiciales en relación a los acreedores de la empresa en general.

En el apartado 7.º del artículo 580 aparece como acreedor privilegiado en el caso de venta judicial del buque el titular de los efectos del cargamento que hubiere vendido el capitán para reparar la nave (84); en el artículo 583 se declara que cuando el capitán necesi-

(81) Existe, empero, cierta diferencia entre el régimen del art. 79 LCT y el art. 27 de la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante de 23 de diciembre de 1952 (204 y sigs. en el Reglamento): en este último y en todos los casos de sustitución o cambio de empresario, el nuevo naviero o armador queda sujeto a las consecuencias de las relaciones laborales a que estuviere vinculado el empresario anterior; pero cuando la sustitución o cambio de empresario sólo afecta a uno o varios buques, los individuos componentes de sus dotaciones pueden optar entre pasar a depender definitivamente de la nueva empresa, seguir formando parte de la dotación del mismo buque con carácter transitorio, en tanto no se produzca vacante de la categoría cesionaria, continuar prestando sus servicios en otros buques de dicha empresa cesionaria o quedar en ésta en situación de excedente forzoso.

(82) FARIÑA: *Derecho comercial marítimo*, I, 2.ª ed., Barcelona, 1955, página 151.

(83) GERÓN TENA: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*. Bilbao, 1959, págs. 47 y sigs.

(84) No precisa el apartado citado quién es la persona que tendrá la condición de acreedor en tal concepto. Nos parece suficientemente claro que no se puede llegar a una conclusión definitiva y dependerá en cada caso de diversas circunstancias: unas veces será el fletador, otras el destinatario de las mercancías, como sucederá en la venta CIF, en la que el embargo libera al vendedor

sitase contraer en viaje alguna de las obligaciones expresadas en el primero de los números 8 y 9 del artículo 580 deberá observar determinadas formalidades; en el 584 se faculta a cualquier acreedor para solicitar el embargo y venta judicial del buque si esto afecta a la responsabilidad de los créditos expresados en el tan repetido artículo 580. Todo esto nos revela la afección real de la nave al cumplimiento de determinadas obligaciones (85), que no resultarán modificadas en absoluto cuando se enajene el establecimiento en su conjunto. Sólo cabe preguntarse si el adquirente podrá evitar la venta judicial satisfaciendo los créditos que graven la nave.

Es difícil llegar a resultados manejando los textos de nuestro Derecho positivo, que no han previsto, ni podrían hacerlo, una situación semejante. Es más, incluso entorpecen la posibilidad indicada.

Habida cuenta de la imposibilidad de concebir la venta del establecimiento como la de una universalidad, es preciso que el adquirente se apropie uno a uno de los elementos que lo componen. Cuando se trate de una empresa marítima, será necesario desdoblarse la venta de buques en tantas operaciones separadas como número de aquéllos compongan su flota.

Según el artículo 582 C. de c., otorgada e inscrita en el Registro mercantil la escritura de venta judicial hecha en pública subasta, se reputarán extinguidas todas las demás responsabilidades del buque en favor de los acreedores. Una vez inscrita semejante venta se cancelan los gravámenes que afecten la nave, de acuerdo con lo señalado en el artículo 169 Reg. Reg. mer. Sin duda, una vez realizada la venta judicial e inscrita en el Registro mercantil, será imposible que el vendedor de la empresa y su sucesor en la misma lleven a cabo un contrato sobre un bien semejante. El problema hay que plantearlo en otra dirección: si el propietario del buque cuya venta se va a producir y el adquirente de la empresa pueden llevar a cabo un negocio traslativo de la propiedad con la finalidad de que el segundo se subroge en la posición del primero.

No creemos necesario construir una teoría más o menos bizantina para justificar la validez de una operación semejante, sobre todo cuando el problema se puede resolver en forma bastante sencilla. Si el adquirente de la empresa desea en verdad que un buque no salga del patrimonio naval, bastará con que adelante las cantidades necesarias para el pago, que llevará a cabo el obligado a hacerlo. Después será lícito el verificar la enajenación o, por lo menos, la entrega del buque al adquirente de la empresa. Puede objetarse que con este procedimiento se procura al vendedor un arma eficaz para llevar a cabo una

del riesgo del transporte marítimo (MÉNÉNDEZ: *La venta CIP*, Madrid, 1955, pág. 17). Puede plantearse incluso el problema de si corresponderá al asegurador de las mercancías semejante derecho cuando satisfizo la indemnización...

(85) "Les créanciers de l'armateur ont pour gage principal de leur créance le navire; quelque fois même, ils n'ont pour gage que le navire", escribía RIBERT: *Droit maritime*, I, 4.^a ed., París, 1950, pág. 780.

niobras muy sospechosas. Por ejemplo, una vez que se ve en posesión del buque, no lo entrega, pues la venta se ha hecho globalmente y, por otra parte, el artículo 1.532 C. c. le protege en cuanto no debe sanear cada una de las partes que compongan el establecimiento.

En primer lugar, es prácticamente imposible que no se enumeren en el contrato de venta los buques que componen la flota del transmitente. Y, sobre todo, la aplicación extensiva del artículo 1.532 no parece muy acertada, no sólo porque —contrariamente a lo sucedido en las LSA y LSRL— no haya ningún precepto que invoque su aplicación, sino por la dudosa analogía que hay entre el saneamiento y una conducta cuya calificación corresponde, sin duda, al Derecho penal.

Por fin, una tercera posibilidad se ofrece, y con seguridad, la de mayores garantías. Consiste en el acuerdo del adquirente con los acreedores de satisfacer sus créditos, previa una delegación de deuda. En este punto, es difícil declarar que se trata de una sola delegación, pues existirían tantas como acreedores y cada uno de éstos gozará del derecho de resolver en la forma que considere más acertada; nada hay que incline a pensar en la posibilidad de una votación entre acreedores, decidida por mayoría. Al contrario, cada crédito goza de sustantividad propia y no está vinculado a los demás.

Pero este inconveniente desaparece si se piensa que la propuesta significará, generalmente, el pago inmediato de las deudas y, sobre todo, en un importe considerablemente superior al que correspondería a los acreedores con el producto de la venta del buque. Pues no ofrece duda que cuando se intente la aceptación de las diversas delegaciones se propondrá la íntegra satisfacción de la deuda o, por lo menos, una parte de la misma más alta que la que percibirían los acreedores si se consumaba la venta judicial.

Entonces, una vez extinguidas las deudas citadas, podrá inscribir en el Registro mercantil, a su nombre, de acuerdo con el artículo 152 Reg. Reg.; en donde tendrá especial trascendencia el apartado quinto, exigiendo el acta de inscripción a favor del adquirente con expresión de su título adquisitivo. El transmitente del buque será el antiguo empresario —y no los acreedores, que en ningún momento fueron sus propietarios—, pero la relación de cobertura de la delegación permitirá al adquirente ejercitar una acción en el caso de que no se llevase a cabo la entrega. El negocio de asignación es un accesorio del fundamental de la compraventa, pero permitirá con gran eficacia el descubrimiento de la finalidad que se persiguió concluyéndolo en relación al segundo.

La espuesta solución puede aplicarse también al supuesto de que el buque haya sido abandonado de acuerdo con el artículo 587 C. de c., y también precisará una serie de negociaciones preliminares dirigidas, por lo común, a elevar el montante de las indemnizaciones.

Más sencillo será el caso de limitación de responsabilidad “ad valorem” que en el caso de abordaje puede realizarse a tenor del ar-

título 837. Este artículo revela que no se produce abandono del buque, sino tan sólo una obligación del naviero de abonar los daños causados por abordaje, estrictamente limitada al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje. Los titulares de este derecho de crédito podrán aceptar el cambio de deudor, o bien rechazarlo, conforme al mecanismo típico de la delegación.

Y, naturalmente, las probabilidades de recuperar la propiedad del buque sin gravámenes mediante el procedimiento indicado será nula cuando el abandono se haya hecho a los aseguradores. De acuerdo con los artículos 789 y 803 C. de c., la propiedad de las cosas abandonadas se transmite al asegurador desde que se admita el abandono o haya sido declarado admisible en juicio (86).

Veamos ahora alguna dificultad suscitada en el caso de copropiedad de buques. Según el último párrafo del artículo 589, por las detalles particulares de un partícipe en el buque no podrá ser éste detenido, embargado ni ejecutado en su totalidad, sino que el procedimiento se contraerá a la porción que en el buque tuviere el deudor, sin poner obstáculos para la navegación. Cuando el buque haya sido enajenado como consecuencia de la venta de la empresa naviera, no habrá sido preciso solicitar el consentimiento del acreedor particular de su partícipe para verificar la transmisión, sino que será suficiente el acuerdo entre las partes. Tal afirmación será válida en principio para los créditos comunes, porque nada inclina a pensar en la existencia de un derecho de preferencia sobre el buque por el simple dato de participar el deudor en la propiedad de un bien de esta especie. Si, como consecuencia de la venta, el patrimonio deudor se ve privado del elemento citado, el acreedor deberá conformarse con los restantes bienes. Y esto sin limitaciones de ninguna especie; por ejemplo, no podrá solicitarse la venta sobre la base de una eventual aplicación del artículo 878, si fuese comerciante el deudor. Aunque quizá convenga fijar en este momento como excepción el supuesto de comunidad constituida sólo por dos partícipes, y sea precisamente mayoritario aquel cuyo activo es inferior a sus deudas.

Hay que mencionar asimismo la particularidad del artículo 5 LHN: cuando la propiedad de la nave pertenezca a dos o más personas, será necesario que proceda de acuerdo de todos los partícipes o de la mayoría de ellos, conjuntada ésta conforme a la regla establecida en el artículo 589 C. de c. No obstante, el deudor o naviero nombrado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 594 del Código podrá constituir hipoteca cuando estuviere especialmente facultado para ello por los copartícipes en la forma prevenida en el citado artículo 589.

Queda así suficientemente clara la imposibilidad de gravar con hipoteca tan sólo una cuota de la nave, por precisarse el consentimiento

(86) Vid. URÍA: *El seguro marítimo*, Barcelona, 1940, especialmente páginas 173 y 194. Una interesante crítica de las teorías que atribuyen el paso de la propiedad a los acreedores en caso de abandono puede verse en ARENA: *L'abbandono della nave ai creditori*, Milano, 1939, págs. 21 y sigs.

de los titulares omitido en la forma prevista en la L.H.N. Un poco dudoso es el citado artículo 5 cuando se refiere al acuerdo de todos los partícipes o de la "mayoría de ellos"; en principio, es la mayoría la que preside la vida de la comunidad —arts. 589, 591 C. de c.—, luego debe regir la misma proporción cuando se desee establecer semejante gravamen, aunque, es obvio señalarlo, todavía ofrecerá menos dificultades cuando se consiga la unidad.

¿Qué sucederá cuando la nave esté hipotecada y los copropietarios o el propietario, si sólo es uno, deseen enajenarla? Lógicamente, debe ser aplicable el artículo 118 L. H., exigiendo el consentimiento del acreedor para que el adquirente se subrogue en las responsabilidades derivadas de la hipoteca y en la obligación personal con ella garantizada. Cuando no se consiga tal asentimiento, persistirá la garantía real aunque no se transmita la obligación personal.

Supone una excepción a este principio el artículo 40 L.H.N. exigiendo forzosamente el consentimiento del acreedor hipotecario cuando la enajenación del buque se haga a un extranjero sin su consentimiento, salvo cuando el vendedor consigne el importe del crédito asegurado en la forma prevista en el C. c. Si a pesar de todo se consuma la venta, es nula. En este caso el mecanismo de la delegación se aplicará en toda su rigidez, como en todos los demás supuestos, pero este entorpecimiento a la transmisión del bien que garantiza el cumplimiento de la obligación principal no guarda ninguna relación con aquélla. Es más, incluso puede proponerse al acreedor hipotecario acepte la venta que se pretende realizar, sin que por ello desaparezca la garantía personal del deudor primitivo. Parece lo más seguro que se intente la transmisión de la deuda en toda su amplitud, pero nada obsta para que la operación se concluya en el sentido mencionado: subsistencia de la obligación personal del deudor y consentimiento a la venta del buque en el caso específico que es indispensable semejante requisito.

El artículo 592 C. de c., en relación con el 575, revela la posibilidad de ejercitar un derecho de retracto los partícipes en la propiedad del buque (87). El ejercicio de este derecho cuando con anterioridad el acreedor del copartícipe vendedor consintió en la delegación a cargo del adquirente produce unos efectos normales, pese a su aparente rigidez. Por una parte, el primer adquirente está privado del bien que motivó su actuación en la asignación; por otra, al acreedor esta circunstancia no le atañe. En tal caso, el deudor-delegado podrá exigir su obligación con el importe del precio consignado de acuerdo

(87) Estudia JORDANO BAREA los casos de extinción de la "compañía", observando que, fuera de los casos previstos en el Código, tiene duración indefinida. Por ejemplo, no será aplicable el derecho de denuncia unilateral, propio del artículo 224, por no tratarse de una sociedad personalista. *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque*, "A. D. C.", X-1, 1957, pág. 469. No entramos en el examen de los supuestos de extinción, pero conviene hacer notar esta ausencia de personalismo que facilita también la enajenación de la cuota.

con el artículo 575, en el momento que el crédito sea exigible. Nadie se ha enriquecido indebidamente y la consumación de la delegación es total.

El mismo problema y la misma solución serán aplicables cuando sea un copartícipe quien, empleando el derecho de tanteo, adquiera la cuota puesta en venta. La posición del acreedor será idéntica, sin que se susciten dificultades especiales (88).

En relación a otros créditos, la aplicación de la figura de la delegación sigue rindiendo buenos servicios. Se discute, por ejemplo, si el consignatario tiene un derecho de retención sobre el buque y el flete. No se admite en nuestra doctrina la retención del primero, pero sí la del segundo, sobre la base del artículo 1.730 C. c., que facilita la consideración del flete como "cosa objeto del mandato" (89). Si se vende el buque, como elemento de la explotación, aparecerán ciertas asperezas con el artículo 577 C. de c.

Sabemos que si la enajenación del buque se verifica en viaje corresponden al comprador íntegramente los fletes que devengare en él desde que recibió el último cargamento. Solamente prevé el texto legal el pago por el adquirente de la tripulación y demás individuos que componen la dotación del buque, por lo que es difícil utilizar este dato como argumento analógico para subrogar en forma automática al comprador en todas las deudas del vendedor. En el problema indicado existiría un conflicto de derechos entre el consignatario y el adquirente del buque, que debe resolverse protegiendo al primero, por la sencilla razón de que goza de un derecho de retención con anterioridad a la compraventa, y esta última no es título suficiente para privarle del mismo.

La solución es extremadamente sencilla: si el comprador desea percibir los fletes, podrá verificarse una delegación de deuda, y una vez aceptada, el artículo 577, 1, protegerá ampliamente al adquirente. No será posible, por ejemplo, alegar que la venta de la empresa se ha hecho globalmente, y por tanto, no hay lugar a la entrega del flete. En este punto, precisamente, la entrega de cada elemento por separado favorece extraordinariamente al comprador. Cuando el consignatario no acepte el negocio propuesto —hipótesis sumamente extraña, sobre todo cuando se le asegure el pago inmediato de su crédito— los derechos del adquirente se limitarán a percibir la suma que exceda de aquél, que podrá reclamar al transmitente en cuanto el consignatario se haya satisfecho lo que le corresponda. También podrá reclamar la cantidad que reste para completar el total importe del flete.

(88) Sobre el empleo de los derechos de tanteo y retracto es forzoso admitir la acertada opinión de URRÍA, restrictiva de su empleo a los casos en que las ventas se hayan realizado a favor de terceras personas extrañas a la comunidad. Vid. —con referencia a la novedad que supone en relación al Derecho anterior— el dictamen *¿Procede el retracto de un copartícipe contra otro adquirente del buque común en pública subasta?* "A. D. C.", II-2, 1949, págs. 1126 y sig.

(89) NIETO TAMARGO, siguiendo a GOMEZHOIGOICOECHA, en *El consignatario de buques*, Madrid, 1960, págs. 200 y sigs.

El segundo apartado del artículo 577 no da lugar a ningún problema, habida cuenta que concede los fletes al vendedor cuando la enajenación se realiza después de haber llegado el buque al puerto de su destino.

Para finalizar con este apartado, indiquemos otros supuestos que, aun guardando estrecho parecido con la delegación se apartan de ella totalmente. Tal es el caso del artículo 679 C. de c., facultando al fletador de un buque por entero para subrogar el flete en todo o en parte, sin que el capitán pueda negarse a ello. Como vemos, la asimilación es muy difícil, sobre todo por la imposibilidad de asimilar al capitán —o al naviero— con el deudor y al segundo fletador con el acreedor.

Lo propio sucede con la transmisión del derecho al pasaje, si fuera nominativo, sin la aquiescencia del capitán o consignatario. En realidad nos encontramos ante particularidades del Derecho marítimo que, aparte de sus esenciales diferencias de estructura, es muy difícil encajar en el molde de una institución de Derecho civil.

12) *Empresas de seguros*.—Interesa comentar, siquiera brevemente, las especialidades de la materia en el Derecho de seguros. Es preciso, antes de entrar en el único problema especial, hacer una salvedad muy similar a las establecidas por las empresas de navegación. Los acreedores de la empresa cuyo crédito no se derive precisamente de una operación realizada en el ejercicio de su tráfico gozarán de derechos idénticos a los expuestos con anterioridad para la empresa de todo tipo.

La nota más importante se revela al pensar en la posibilidad de transmisión en bloque de una empresa de seguros. ¿Cuál será la situación de los asegurados? Posiblemente sea un poco osado concebirlos, lisa y llanamente, como acreedores, pero existe algún dato que permite la asimilación. En primer lugar, la circunstancia de haber contratado precisamente los servicios de una empresa y no de otra, descubre el carácter personalísimo de la ulterior prestación. Y, por otra parte, la posibilidad de reclamar en cuanto el siniestro se consume coloca al asegurado en una situación exacta a la del acreedor, con la sola diferencia de que una *conditio pendet* determina la exactitud de la calificación definitiva.

Subraya MENÉNDEZ la particular virtud expansiva de los elementos de cada contrato de seguro; esta nota determina la posibilidad del seguro múltiple —aquel en el que el titular del interés es asegurado por el mismo interés contra los mismos riesgos y por el mismo tiempo frente a diversos aseguradores— del seguro acumulativo —que surge por iniciativa del asegurado y sin colaboración de los aseguradores— y del coseguro, que es el complejo de seguros concluido por acuerdo entre los aseguradores con el asentimiento del asegurado (90). Es forzoso utilizar esta diferenciación para separar

(90) MENÉNDEZ: *Seguro múltiple, seguro acumulativo y coseguro*, "RDM", 74, 1959, *passim*, págs. 217 y sigs.

claramente el supuesto que a nosotros nos interesa, radicalmente distinto de los enumerados, puesto que mientras en ellos permanece más o menos acusada la obligación del primitivo contrato, en nuestro caso se persigue precisamente la finalidad opuesta: la liberación y traspaso de obligaciones al sucesor.

En el R. D. de 17 de marzo de 1922, referente a la "Cesión de carteras de Seguros" surgen dos datos interesantes. Según el (art. 2.º d), en la Real orden que autorizase la cesión era preciso determinar la fecha en que aquélla hubiera de hacerse efectiva, y desde ella, no antes, sustituiría legalmente la entidad cesionaria a la cedente en todos los derechos y obligaciones que la incumbiesen, quedando ésta relevada de ello. En el apartado D del mismo artículo se prevé el derecho del asegurado que no estuviera conforme para rescindir sus compromisos mediante la devolución de las primas satisfechas por plazo en que no se haya corrido el riesgo, y de la misma reserva matemática correspondiente cuando se trate de seguros sobre vida, aunque sólo en el caso de que las cedentes fuesen sociedades de carácter personal o comanditarias y colectivas y también cuando se trate de anónimas.

Así, en nuestro antiguo Derecho de seguros se revela la pertinente autorización gubernativa como determinante del momento exacto en que se producía la cesión de cartera de una empresa a otra. Podría parecer necesario el consentimiento de los asegurados, siendo preciso observar este requisito para que la cesión produjera efecto. El problema carece de interés en la actualidad, pero es necesario destacar cómo se perfila, a través de las citadas disposiciones, un mecanismo que había de encontrar su más avanzada aplicación en la posterior regulación del Derecho de sociedades. Nos referimos a la irrelevancia de la expresada manifestación del consentimiento en determinados supuestos, siendo suficiente a todos los efectos la ausencia de oposición para presumirse la existencia de aquél. Con lo cual el procedimiento se reducirá, sin duda, al establecimiento de un plazo para ejercitar la acción de rescisión, transcurrido el cual se produciría la cesión sin mayores dificultades.

La cuestión es notoriamente más complicada en el Derecho vigente. Según el artículo 27 de la Ley sobre ordenación de los Seguros privados de 16 de diciembre de 1954, se permite la transferencia de todos o algunos de los ramos de las sociedades anónimas de seguros a otras entidades, siempre que las cesionarias se hallen autorizadas para operar en los ramos cedidos. Tras determinadas formalidades, cumplidas ante la Dirección General de Seguros y Ahorro, la cesión puede consumarse.

El artículo expresado lo sitúa el legislador en el Título II, dedicado a la "Fusión y cesiones de carteras", y esta comunidad de epígrafe se traduce en cierta armonía de tratamiento. Por ejemplo, al asegurado que no estuviere conforme con la cesión de carteras se le reconocen los mismos derechos establecidos en el artículo 24: dis-

frutar de un plazo de tres meses para hacerlo constar así ante la Dirección General de Seguros.

El sistema es bastante enigmático, puesto que para la fusión de sociedades de seguros debe observarse "lo dispuesto en los artículos 142 y ss. LSA" (art. 24), y, por otra parte, los asegurados gozarán de los mismos derechos establecidos en el artículo 24 (art. 27, *in fine*). El utilizar la forma plural para proteger a los asegurados nos indica que los derechos son más de uno, es decir, no sólo es posible hacer constar la disconformidad con la operación, sino que se facilita algún arma más.

Esta no puede ser, en nuestra opinión, la facultad del artículo 144 de la LSA facultando a separarse de la sociedad de acuerdo con lo dispuesto en el 135, ya que la posición del socio es diametralmente distinta de la del asegurado. Pudiera encontrarse un razonamiento analógico, llegando a una conclusión similar a la lograda por el legislador de 1922: devolución de las primas satisfechas por plazo en que no se haya corrido el riesgo y de la reserva matemática correspondiente cuando se trate de seguros sobre la vida.

Pero el precedente legislativo no es vinculante y, lo que es mucho más importante, el texto de la Ley de Seguros no permite tanta elasticidad. Sin duda, el único derecho parangonable es el artículo 145: asimilación a la cualidad de acreedor y oposición a la cesión, que sólo podrá verificarse si se aseguran previamente o se satisfacen por entero sus derechos.

Los autores que en el Derecho patrio se han ocupado del problema ofrecen construcciones antagónicas. Asegura GARRIGUES que esta cesión implica una transmisión a título singular tanto del aspecto activo como del pasivo de la relación obligatoria, exigiéndose la aplicación del artículo 1.205 C. c., relativo a la novación subjetiva por cambio de deudor (91). LANGLE declara que existen muchas razones en contra, recalcando especialmente que la cesión de cartera es la transmisión global de una explotación mercantil en la cual la voluntad contraria de uno o varios asegurados no ha de hacer imposible la cesión de todo un negocio comercial de seguros (92).

El primer argumento nos parece técnicamente perfecto, avalado además por la interpretación armónica de los artículos 2 y 50 del C. de c.; sabido es que el segundo de ellos declara aplicables a la modificación de los contratos, en todo lo que no se halle expresamente establecido en el Código o en las leyes especiales, las reglas del Derecho común: entonces, el empleo del artículo 1.205 C. c., en nuestro caso, debe ser automático. Ciertamente el artículo 2 del C. de c. declara aplicables los usos del comercio cuando los actos no estén especificados en el Código, pero, como magistralmente demuestra VICENTE Y GELLA (93),

(91) GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, II, 2.^a ed., Madrid, 1956, página 325.

(92) LANGLE: *Manual...*, III, Barcelona, 1959, pág. 533.

(93) VICENTE Y GELLA, *ob. cit.*, pág. 82.

existe un Derecho privado general que no puede ser derogado por los usos de comercio, y pensamos que en este punto concreto no es muy difícil demostrar su existencia, independientemente del problema de su licitud.

Aun así, la necesidad de una orientación precisa se evidencia cada vez con más fuerza. La aplicación literal del artículo 145, como sabemos influido por el 1.205, da lugar a alguna duda: si se aseguran sus derechos, los problemas, aunque considerables, no resultan tan insondables como cuando la sociedad opta por el pago anticipado. ¿Cómo y en qué cuantía ha de verificarse éste si el siniestro no se ha realizado? ¿Cuál será el límite de la indemnización? A tenor del artículo 408 C. de c., el seguro cubre solamente el importe de las pérdidas sufridas hasta el límite de la cantidad asegurada, y entonces se descubre que con todos sus inconvenientes quizá fuese más acertada la solución emitida en 1922.

El camino debe hallarse, a nuestro parecer, partiendo del respeto al asegurado que decidió celebrar un contrato con determinada sociedad y puede sufrir con perjuicio si se produce la cesión de cartera. La aplicación del artículo 145 LSA, aunque favorecida por la redacción de la Ley especial, no es todo lo precisa que se desearía. El artículo 1.205 contiene un principio general que es forzoso aceptar, pero, y en este punto compartimos el pensamiento de LANGLE, su aplicación es demasiado rigurosa y entorpece el mecanismo general de la cesión. Como en otras ocasiones, es muy posible que la responsabilidad solidaria --de la empresa cedente y la cesionaria, en nuestro caso-- fuese una solución equitativa que a la par que protegía al asegurado, facilitaba la operación despojándola de formalismos.

Lo que antecede es aplicable --quizá sea superfluo decirlo-- a aquellos contratos de seguro en los que todavía no se ha producido el siniestro asegurado. La cesión de cartera se refiere exclusivamente a éstos y no a los créditos derivados de situaciones ya consumadas en los que el rigor de los artículos 402, 409 y 411 C. de c. harán muy improbable el cambio de deudor. Y cuando se intente, entrará en juego una delegación de deuda con los requisitos tan conocidos de los artículos 1.205 y 1.206 C. c. A nuestro parecer, la denegación de consentimiento a la delegación del acreedor --ahora sí es posible emplear en su recto sentido la palabra-- no priva de eficacia a la cesión, no planteándose siquiera el problema aludido por LANGLE. La cesión de cartera no afecta nada a su crédito y, por tanto, se puede prescindir de su declaración de voluntad.

Hagamos --para terminar este punto-- una observación marginal. Según el artículo 28 de la Ley de Seguros, la autorización de la sociedad anónima cedente para operar en el ramo o ramos cedidos caduca, automáticamente, desde el momento que causa efecto la cesión, y durante un plazo de diez años no podrá ser autorizada de nuevo para contratar en dichos ramos. La *ratio* de este precepto puede encontrarse sin dificultad en la protección de la empresa cesionaria, a quien

todavía podría perjudicar la continuación de la actividad aseguradora de la cedente en el ramo transmitido. Conocida es la existencia de una cláusula convencional protectora del adquirente en los negocios sobre el establecimiento mercantil. Aquí es la misma ley la que regula este punto, no precisándose ningún pacto entre partes al respecto.

13) *Empresa bancaria*.—En las empresas bancarias se suscitan algunas dificultades que expondremos seguidamente. La transmisión de un establecimiento mercantil de este tipo está muy vinculada a la fusión de sociedades anónimas, y en gran parte se reproducen dificultades ya conocidas.

De acuerdo con el artículo 45, c), de la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, se requiere la autorización del Ministerio de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario, para los acuerdos entre firmas bancarias sobre traspaso de oficinas, absorciones y fusiones, así como para la adquisición de títulos representativos del capital de otras empresas bancarias, cuando esta adquisición lleve hecho anejo el control de las mismas. También es interesante el artículo 48 exigiendo a los Bancos y banqueros operantes en España la previa autorización de la DGBB para realizar suscripciones, compras, canjeo o adquisiciones en general de acciones o participaciones en el capital social de otros Bancos o banqueros españoles.

El segundo supuesto cae fuera de nuestra consideración pese a su trascendencia. Aunque por medio de las operaciones indicadas en el artículo 48 se produzca un auténtico control de un Banco por otra entidad del mismo tipo, no interesa la obtención del consentimiento del acreedor de la empresa dominada, cuya personalidad subsiste, aunque de hecho haya desaparecido su independencia económica. La autorización previa de la DGBB es suficiente para la validez de la operación.

Pero los acuerdos que impliquen fusión de firmas bancarias deberán regirse por los artículos 142 y sigs. LSA y, por tanto, se deberá aplicar el artículo 145, protector de los acreedores.

Afirma URÍA que el depósito es precisamente la operación que proporciona a los Bancos los fondos necesarios para desarrollar su actividad en el mercado del crédito y de capitales en guerra (94). Se discute la naturaleza de la operación de depósito, concluyendo GARRIGUES que la adquisición por el Banco de la propiedad de las sumas depositadas y la consiguiente conversión del derecho de dominio que tenía el cliente en un simple derecho de crédito, llevan aparejadas todas las consecuencias de la deuda de dinero (95). Si esto es cierto, y todo parece indicarlo, podrá también el depositante oponerse a la fusión del Banco con otra entidad semejante, es decir, negar validez al cambio de deudor. Antes de seguir adelante, afirmaremos que en la práctica

(94) URÍA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 523.

(95) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 367 y 384.

será éste el único supuesto que, guardando analogía con la delegación de deuda, se presente en la contratación bancaria. Sería totalmente inaudita la proposición de un Banco a un cliente en el sentido de que retirase los fondos depositados en una empresa distinta.

La aplicación del artículo 145 LSA conduce al Banco a dos soluciones: garantía previa o satisfacción de los derechos del acreedor. La segunda parece un poco peligrosa si se toma en consideración la frase de URÍA, que detecta una inevitable situación de hecho, pues el abono inmediato de las sumas entregadas por los depositantes disconformes puede reducir hasta extremos peligrosos el fondo de maniobra de que dispone el Banco. La primera aún presenta mayores dificultades: discusión de la garantía con el cliente, reducción de la misma a medida que fuese retirando aquél porciones del depósito... con la extraña particularidad —merece la pena insistir en ella— de que el Banco aseguraría mediante la constitución de una garantía especial el cumplimiento de las obligaciones propias de su tráfico.

La solución que acabamos de exponer sería absolutamente incorrecta y, además, con muy pocas probabilidades de ser observada por la razón elemental de que el cliente puede retirar sus fondos cuando lo crea oportuno, dando al traste con todos los argumentos más o menos conceptuales que amparasen la situación de la entidad bancaria. Habrá que decidir entonces que, pese a la identidad de derechos que ostentan depositante y prestador, se puede prescindir del consentimiento del primero; es más, no se observará el mecanismo del artículo 145 LSA cuando se fusionen empresas bancarias, sin perjuicio de la inmediata retirada de fondos en cuanto se le aperciba de la operación.

Esta conclusión, empero, es demasiado categórica y conviene circunscribirla exclusivamente al problema que la produjo. Es imposible extenderla, por ejemplo, a los restantes acreedores, que gozarán plenamente del expresado derecho de oposición. Ciertamente, el artículo 45 c), LOB, conteniendo la exigencia de la autorización del Ministerio de Hacienda, previo informe del CSB, en caso de fusión, parece dar validez a la operación una vez obtenido el expresado permiso. Opinamos, sin embargo, que el artículo 145 de la ley de anónimas debe ser respetado; no es posible estimarlo entendiendo que una operación de puro Derecho de sociedades queda soslayada porque un organismo superior autorice a que se lleve a cabo. Sólo se tratará, en definitiva, de un requisito previo de la fusión propiamente dicha.

IV. EXAMEN DE ALGUNAS OBLIGACIONES QUE GOZAN DE CARACTERES PROPTOS

14) *Derecho cambiario.*—Cuando se lleva a cabo un negocio de disposición sobre la empresa mercantil habrá que resolver la situación de las cambiales por ella aceptadas o que tiene derecho a percibir en un momento posterior, por no haber llegado todavía el instante del

vencimiento. Una vez más hay que repetir la imposibilidad de transmitir en bloque las deudas de naturaleza cambiaria en nuestro supuesto concreto, como es lícito suponer que los títulos a cobrar se adquieren sin ningún requisito específico, sino solamente como resultado de la venta del establecimiento.

Asegura VICENTE Y GELLA que el título valor del deudor es invariable, mientras que el acreedor puede cambiar, aunque en casos excepcionales es posible una novación de la obligación por cambio de sujeto pasivo, o sea, sustituyendo un nuevo deudor a la persona del antiguo, lo cual se consigue destruyendo el primitivo título de crédito, extendiendo otro en su lugar en el que consta la prestación del nuevo obligado: la variación de deudor está sujeta al cambio de documento (96). De esta forma, si la empresa es la obligada y se produce un cambio de titular se precisará la sustitución del documento si el acreedor transige en que sea responsable directo de la letra el nuevo titular del establecimiento. Una vez extendido el nuevo título, podrá circular libremente y el librado asumirá, en su caso, la obligación a favor de la generalidad, a favor de los poseedores de buena fe que adquieren el título en virtud de la circulación (97). Hay que señalar que la aceptación es la sola declaración con fuerza suficiente para vincular al librado para pagar el título al vencimiento; en nuestro caso alcanzará gran trascendencia la existencia de una declaración cambiaria semejante, pues difícilmente consentirá en la sustitución el acreedor que contaba ya con la garantía directa del vendedor del establecimiento, librado anterior y —posiblemente— aceptante.

Señala algún autor que con frecuencia existe entre librador y aceptante una relación de crédito y deuda, por lo cual el negocio cambiario equivale entonces a una delegación (98). En la venta del establecimiento la relación que mediará entre librador y librado será de naturaleza bastante especial y no podrá equipararse sin más a la clásica provisión de fondos entendida en cualquiera de los sentidos recogidos en el C. de c., artículos 456 y siguientes. Más bien se tratará de un negocio por el que entra en posesión el adquirente del establecimiento de una partida que forma parte del conjunto. No es justo en este punto, en nuestra opinión, hablar de delegación, al menos en el sentido indicado. La habrá, sí, pero en una dirección diferente y más acorde con la estructura clásica de la figura: entre vendedor y adquirente mediará ya el pacto de asunción de deuda, pero la consumación del negocio delegativo no dependerá de la aceptación de la letra por el comprador, sino de que el tenedor de la misma consienta en la sustitución del obligado. Ocupando la persona que en su día cobrará el importe —o podrá transmitir el título valor— la posición del dele-

(96) VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, Zaragoza, 1933, págs 136 y sig.

(97) MOSSA: *Trattato della cambiale*, 3.^a ed., Padova, 1956, pág. 351.

(98) Cfr. BRACCO: *La legge unificata sulla cambiale*, Padova, 1935, pág. 201, con remisión a otros autores.

gatario, la asimilación, de su consentimiento al cambio de deudor con la aceptación de la delegación no ofrece dudas.

Podemos preguntarnos también si no será preciso observar todo este mecanismo cuando la letra esté firmada por una persona a nombre de otra, en los caso que tenga facultad de hacerlo. El artículo 447 C. de c. autoriza a los administradores de las compañías para hacerlo por el solo hecho de su nombramiento. Ciertamente, el operar sobre la base de las sociedades mercantiles conduce a resultados muy parvos, pues en el caso de traspaso del establecimiento el negocio contará con notas muy especiales, como serán la transmisión de acciones, participaciones sociales, o del interés que se tenga en la compañía, para lo cual es sobradamente conocido que no se precisa el consentimiento de los acreedores de la empresa, aunque la transmisión se haga en bloque. Cuando el vendedor sea un empresario individual existen dos preceptos de algún interés: el 283, autorizando, para administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento a su gerente, y el 291, estimando subsistente el poder mientras no llegue a noticia suya, por un medio legítimo, la enajenación del establecimiento. No tienen fuerza suficiente estos dos artículos para defender la posibilidad de que el factor compromete a la "empresa" considerada en abstracto y no a su titular. Precisamente su alcance se reducirá a comprometer cambiariamente al transmisor del negocio, pero aunque los portadores de cambiales ignoren la enajenación del establecimiento, su consentimiento no podrá ser suprimido por el solo dato de la continuidad de la relación contractual—o laboral—entre el firmante y la empresa: Y, sin duda alguna, podrá suscitar alguna discusión entre las partes del contrato de compraventa de establecimiento la determinación del momento hasta el que se entienden traspasadas las obligaciones cambiarias de transmisor a adquirente.

Las letras de cambio pendientes de cobro, y que en su día engrasarán el numerario de la empresa son, en cierto modo, objeto de menores dificultades, al menos en cuanto a transmisión al nuevo empresario. Pero es preciso reconocer que la situación será poco menos que excepcional, pues en general se preferirá reducir en determinada cifra el importe de la venta, percibiendo en su día el antiguo empresario las cantidades a que den derecho, que negociarlas por medio de endosos o cesiones—según la forma en que estén extendidas—al nuevo titular del establecimiento.

Pero nada obsta para que la venta reúna todos los elementos del negocio, y, por lo tanto, incluya los créditos cambiarios. Parece especialmente indicada para este caso la cláusula "sin ni responsabilidad" del artículo 467 C. de c., pues cuando no se utilice se planteará el problema de si el deudor de la letra no satisfecha podrá ejercitar la acción regresiva contra el vendedor. Así sucederá, en efecto, cuando la letra haya circulado y la persona que la presente al cobro desconozca el tipo de negocio que motivó la entrega de la

letra del vendedor al comprador del establecimiento. Entonces el vendedor no tendrá más remedio que satisfacer el importe del título, pero quedará por dilucidar si le asiste un derecho a reclamar posteriormente al comprador al revisar el contenido exacto de la cláusula de valor. Únicamente cuando de las cláusulas del contrato de compraventa pueda deducirse con claridad la intención del adquirente de apropiarse de los créditos cambiarios a todo riesgo podrá eximirse de satisfacerlos.

Desde luego, el endosante que hace uso de la cláusula "sin mi responsabilidad" queda fuera del círculo cambiario de obligaciones, quedando sometido a la responsabilidad propia del cedente de un crédito, y en ese caso responde de su existencia frente al endosatario (99). Vemos ahora que la indicada expresión tendrá como efecto fundamental impedir la acción regresiva contra el vendedor del establecimiento; pero el problema básico—la posibilidad de reclamar el adquirente por el importe de la letra que satisfizo—queda en pie, debiendo resolverse asimismo en la forma propuesta.

Por lo que resta, el vendedor-endosante podrá realizar la transmisión en la forma que tenga por conveniente y con los resultados habituales. Por ejemplo, si consigna la cláusula "sin gastos" obligará a todos los que le sigan (100) si lo firma en blanco, el efecto será idéntico que si se hubiere escrito "valor recibido" (art. 465 C. de c.), etc.

Observa HUECK la poca importancia práctica que tiene la delegación del Derecho civil en materia de títulos valores (101). Se puede compartir esta tesis, más aún en Derecho español, donde la transmisión de deuda por el medio señalado no tiene una regulación específica. Pero el interés de un punto concreto, más relacionado con una cláusula expresa del contrato de venta del establecimiento que con el puro Derecho cambiario, hace necesaria alguna aclaración.

El artículo 1.206 C. de c. declara extinguida la acción del acreedor contra el deudor primitivo cuando aquél hubiese aceptado al nuevo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al declarar, digo, delegar su deuda. En nuestro supuesto habría que identificar al antiguo deudor con el vendedor del establecimiento, al acreedor con el comprador, en tanto que se identificaría al librado con el nuevo deudor. Podemos preguntarnos si cuando la letra no ha sido objeto de circulación por medio de endosos—por ejemplo, en la venta del establecimiento van incluidos los créditos, que se materializan en la extensión de una letra de cambio a la orden del adquirente y a cargo del deudor—podrá el librador protegerse con el citado precepto del C. c., en atención a no encontrarse en ninguno de los casos exigidos por él para el renacimiento de la acción. En setecientos

(99) GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1955, pág. 371.

(100) GUIMERÁ PIERAZA: *La cláusula "sin gastos" en la letra de cambio*. "R. D. M.", 57, 1955, pág. 22.

(101) HUECK: *Recht der Wertpapiere*, 8.ª ed., Berlín y Frankfurt, 1960, pág. 17; sobre todo—asegura—en una exposición elemental de sus problemas.

jante eventualidad desaparece todo matiz abstracto de Derecho cambiario y las relaciones básicas determinarán la solución correcta por medio del articulador de los Códigos civil o de comercio. E incluso puede dar lugar a una reclamación de librador a tomador si la letra fué descontada, y al no verificarse el pago el Banco procedió contra el librador.

Las injustas consecuencias de un razonamiento semejante pueden observarse partiendo de la dificultad de asimilar a la asignación el negocio realizado. No es muy correcto considerar al vendedor del establecimiento como deudor del comprador, pero este argumento es insuficiente, habida cuenta que la delegación ha extendido su radio más allá de las relaciones de pura deuda, por lo cual puede considerarse la estructura básica del negocio como uno de la especie apuntada.

Precisamente, por el camino que acabamos de indicar puede hallarse la solución. Al dar cabida a infinita clase de negocios en las relaciones de provisión y de valor es imposible aplicar unánimemente el artículo 1.206 a todos los casos de delegación, y sólo será lícito hacerlo cuando la relación entre delegante y delegatario sea de crédito-deuda. Imagínese lo injusta que sería la aplicación del citado artículo cuando, por ejemplo, el delegante pretende hacer un préstamo al delegatario por medio de una cantidad que percibiría del delegado, quien, a su vez, la presta al delegante. Si el delegatario no puede cobrarla, y aunque la insolvencia no sea anterior a la operación y pública, ni tampoco cuando no sea conocida semejante circunstancia por el delegante, será posible estimar el préstamo de la dirección delegante-delegatario como consumado. Pero si se aplicase *mutatis mutandis* el artículo 1.206 al ejemplo propuesto sería imposible que accionase el delegatario contra el delegante, pues la insolvencia del delegado corría de su cuenta. Si en semejantes circunstancias se estimaba realizado el préstamo, con el subsiguiente derecho del delegante-prestador a reclamar en su día del delegatario-deudor, la solución sería sencillamente aberrante, aunque procurase enmendarse por medio del enriquecimiento sin causa.

Queda a nuestro parecer suficientemente clara la posibilidad de reclamar el adquirente de la empresa al trasmittente el importe de los créditos que no pudo percibir bajo forma cambiaria, al menos sobre argumentos similares a los transcritos.

Salvados de esta forma los inconvenientes que se derivan para el adquirente, pueden reproducirse sobre la base del tan debatido artículo 1.532 C. c. Si se estima que la transmisión de créditos se ha realizado globalmente, el vendedor sólo estará obligado al saneamiento en el caso de evicción del todo o de la mayor parte. Renacen entonces todos los problemas ya discutidos, y posiblemente en este caso alcanzará plena vigencia el citado precepto, pues aunque cada letra de cambio se haya transmitido independientemente y quizá mediante procedimientos y cláusulas distintas, hay que tener en cuenta que se negocian como un elemento más de la hacienda y, por lo tanto, deben

ser estimadas en conjunto y no por separado. Cuando el librador-vendedor del establecimiento satisfaga una cambial en virtud de una acción regresiva, podrá reclamar del tomador por no estar obligado a sanear cada partida. Cuando el presentante al cobro sea el mismo adquirente, ni no obtiene el mismo cumplimiento, tampoco podrá solicitar el abono del librador.

No podrá sostenerse esta afirmación, empero, cuando el importe de las letras no satisfechas arroja una cantidad que, en relación al precio satisfecho por el negocio, se traduzca en el saneamiento de la mayor parte.

Nos hemos referido antes a la posibilidad de variar el deudor de una obligación cambiaria en casos excepcionales. Los obstáculos para la sustitución del primitivo título de crédito se agravan cuando existan varios endosos, pues aunque el último tenedor de la letra consienta en verificar el cambio, si no consigue el pago del obligado se planteará la duda de si puede reclamar a quienes poseyeron el título antes que él. Forzosamente hay que concluir en sentido negativo, pues es prácticamente imposible, además, que el acreedor cambiario conserve en su poder la letra primitiva. Sin duda, se le habrá solicitado su devolución en el momento de recibir el nuevo título, con lo que habrá cesado la responsabilidad de los endosantes de la primera. Sin perjuicio, naturalmente, de que el título nuevo pueda ser endosado nuevamente, lo cual no favorecerá en nada a la persona que consintió en la sustitución, pues será ella precisamente la que inicie la cadena de endosos y, en consecuencia, la primera obligada tras librador y librado-acceptante. Cuando, excepcionalmente, el tenedor haya conservado las dos letras no tendrá el antiguo empresario —acceptante de la primera— obligación de pagarla y podrá oponer la excepción de sustitución. Pero si este primer título fué endosado de nuevo, el último tenedor de buena fe tendrá derecho a cobrarlo (102). En este punto el artículo 495 es tajante cuando ordena se pague la letra aceptada precisamente sobre el ejemplar que contenga la aceptación, y a los efectos de tercer poseedor de buena fe, no cabe duda de que su legitimación es suficiente, previa la presentación del título (103), ejercitar las acciones correspondientes. Tampoco ofrece duda el derecho que co-

(102) Un interesante problema es el provocado por la presencia de una compañía de seguros como avalista—por medio de un seguro de créditos—y las posibilidades de reembolsarse el importe de lo que pagó. Cierta doctrina piensa que la entidad aseguradora no tiene derecho a reclamar, pues no paga la deuda de otros, sino la propia deuda contraída por el contrato de seguro, del que percibe el beneficio bajo la forma de primas. Vid. el análisis de SENAY, con amplia referencia bibliográfica, *La situation juridique du donneur d'aval*, "Rev. trim. Droit comm.", VI, 1953, págs. 43 y sig.

(103) Sobre la presentación del título, indispensable según los arts. 469 y 516 C. de c., GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 497. En análogo sentido, con interesantes reflexiones sobre la mora del acceptante, MOSSA, *ob. cit.*, pág. 444; JACOBI: *Wechsel und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts*, Berlín, 1956, pág. 153, y STRANZ: *Wechselgesetze Kommentar*, Berlín, 1952, nota 11 al § 38.

responde al aceptante de la primera letra (empresario vendedor) para accionar tras el pago contra quien indebidamente negoció el título primitivo.

Cuando éste obligado primitivo no verifique el pago se podrá recurrir contra cualquiera de los obligados en vía regresiva. Si la acción se dirige contra la persona que verificó el endoso sin tener derecho a ello habrán desaparecido los peligros que venimos repitiendo. Pero si, por el contrario, afecta a un endosante cualquiera, el tercer poseedor de buena fe quedará protegido. Dicho endosante podrá utilizar el artículo 519 para reintegrarse del importe de la letra y, por tanto, su acción será de naturaleza cambiaria, sujeta a la prescripción del artículo 950 (104).

Todos estos datos son suficientes, sin duda, para estimar poco menos que imposible dé el acreedor cambiario su consentimiento para que el nuevo empresario quede obligado en lugar del anterior. Y no sólo esto, sino que muchas veces serán las mismas partes del negocio básico quienes ventilen el problema de otra forma, en consideración de los daños que pueden ocasionárseles, no sólo a ellos, sino a toda persona cuya firma aparezca sobre el título (105).

15) *Créditos bancarios*.—Defendiendo Mossa la íntima unidad de las nociones de empresa comercial y hacienda comercial en el Código civil, recomendaba, tras precisar el carácter de entidad unitaria, de organismo viviente que se advierte en la empresa, las máximas precauciones para no desmentizarla como no recomendase la disgregación una especial situación personal o patrimonial, o ambas cosas a la vez (106). Forzosamente, en efecto, surgirán situaciones que parecen atentar contra el concepto unitario de empresa concebida en su aspecto estático, al modo de GIESEKE (107), como la organización ex-

(104) Sobre el art. 519, vid. la S. de 16 de junio 1954 y el atinado comentario de OLIVENCIA: *Notas sobre la prescripción cambiaria*, "R. D. M.", 57, 1955, sobre todo pág. 198, donde defiende el autor la posibilidad que tiene el obligado de regreso de eludir la prescripción de la acción antes de su posibilidad de ejercicio. "Promovida la acción cambiaria contra un obligado de regreso, si éste desea oponerse, pero tiene el temor de que pasen los tres años, contados desde el día del vencimiento, antes de que la letra llegue a su poder (en el caso de que sea condenado al pago), puede proceder, por su parte, a interrumpir la prescripción respecto de aquellos obligados contra los que él podría dirigirse. Ningún problema se plantea si logra de éstos el reconocimiento de la obligación, que él debe intentar provocar (p. ej., mediante requerimientos notariales). Si no lo logra, el interesado en la interrupción deberá recurrir a otros medios de los establecidos en el art. 944 del C. de c."

(105) Resumen admirablemente LASSOT y ROBLOR la situación de los firmantes. "Toute signature apposée sur une lettre de change en une qualité quelconque fait naître une obligation cambiaire et la loi a fait de toute obligation cambiaire un engagement commercial abstrait, c'est-à-dire indépendant du rapport fondamental qui en constitue en général la cause". *Les effets de commerce*, París 1953, I, núm. 72.

(106) Mossa: *Sulle nuove posizioni del Diritto commerciale*, "Rev. Dir. común", XL (1942), 1.ª parte, pág. 71.

(107) Vid. supra nota 21.

terna y real con la que se realiza la función empresarial. Es decir, será inevitable la separación entre los dos elementos personales y reales que integran la empresa para profundizar en un problema determinado.

Juegan en la vida de la empresa un papel trascendente la existencia de créditos bancarios para facilitar el desarrollo de la misma. No es éste el momento de analizar la forma de conseguirlos, prorrogarlos y, en su caso, transmitirlos, pero nótese la dificultad de la materia cuando el establecimiento sea transmitido. Supongamos, por ejemplo, que un empresario individual enajena su explotación a otro en toda la amplitud que ya nos es conocida. Si disfruta de un crédito en un Banco, ¿habrá que entenderlo transmitido en la operación? En seguida se perfila la negativa, aunque el Banco haya tenido en cuenta el complejo orgánico y para la concesión haya pesado enormemente, no puede decirse que el contrato favorezca, sencillamente, a la empresa, sino a su titular, aunque las garantías fundamentales —los bienes organizados capaces de producir riqueza— hayan pasado a ser propiedad de otra persona.

Antes de pasar adelante, recogeremos la opinión de DE GREGORIO que, analizando la definición de hacienda del artículo 2.555 C. c., demuestra la necesidad de comprender en la palabra "bienes" no sólo las cosas materiales e inmateriales, sino también las relaciones jurídicas (108). Posiblemente se refiere el autor a relaciones consideradas en general, pues no individualiza el alcance de su afirmación, pero, a nuestro modo de ver, es muy valiosa su opinión, pues, como venimos repitiendo, en la enajenación de la hacienda se comprende algo más que un conjunto de bienes. Pero, en verdad, sería excesivo considerar englobados en la venta los créditos de que disponía el antiguo empresario.

El terreno propio en que parece debiera desarrollarse la problemática es el de la cesión del contrato. En verdad, la transmisión de una apertura de crédito, considerada en su conjunto, revela que una persona intenta ocupar la situación de otra en una relación contractual preestablecida. Pero si se observa que la venta del establecimiento puede realizarse en el período de desarrollo del contrato, habiendo dispuesto ya el titular de alguna suma, descubrimos que las cantidades retiradas representan una deuda cuya transmisión puede intentarse por medio de la delegación, eficaz desde que la entidad acreedora preste su consentimiento.

Estudiando GARRIGUES la posición del acreditado, en la apertura de crédito abierto, después de hacer uso de su derecho, observa un cambio de posición de las partes en el contrato o, al menos, una modificación cuantitativa de su primitivo carácter: el Banco —fundamentalmente deudor en la primera fase— pasa a ser acreedor en el momento que su cliente, por haber dispuesto del crédito, sea deudor de

(108) DE GREGORIO: *Corso di Diritto commerciale*, 6.^a ed., 1960, pág. 55.

las cantidades utilizadas y de sus intereses. Añade, no obstante, que el Banco conservará su posición deudora mientras el cliente no agote la totalidad del crédito o si, una vez agotado, realiza ingresos que le permitan recobrar su facultad de disposición (109).

La citada opinión descubre una particularidad del contrato examinado, consistente en la doble situación que ocupa el acreditado, de acreedor de la suma que falte para completar la totalidad del crédito, mientras tiene la condición de deudor por las cantidades que haya retirado. No obstante su exactitud, la naturaleza bancaria del contrato básico impide aplicar automáticamente las reglas de Derecho mercantil o civil que permitirían la transmisión del crédito y de la deuda. Así, sería ineficaz una cesión del crédito, de acuerdo con el artículo 347 y sigs. C. de c., y también tropezaría con alguna dificultad la delegación de la deuda. El argumento que antes transcribimos explica a la perfección la dinámica del contrato, pero las particularidades del Derecho bancario impiden la total producción de los efectos expuestos.

Más probabilidades de prosperar tendrá el intento de verificar una delegación de deuda global. Es decir, se intentará que el beneficiario sea sustituido, respondiendo el nuevo de las cantidades retiradas, pero beneficiándose también el saldo que resulte aún a favor del primitivo titular. Pero entonces estamos abocados a sustentar la posibilidad de una figura verdaderamente extraña, si se piensa en su límite máximo, que no forzosamente ha de ser alcanzado.

Si recordamos lo que antes se dijo a propósito de la transmisión del derecho de arrendamiento, habremos enfocado el problema. La persistencia del principio del artículo 1.205 C. c. a lo largo de todas las figuras que entrañan una posición acreedora no impide que se siga considerando como cesión de contrato a la transmisión de una relación jurídica todavía no finalizada. Puede discutirse entonces si efectivamente es correcto hablar de una delegación de deuda, subsunida en la mecánica general de la cesión. A nuestro parecer, este punto no tiene más valor que el puramente terminológico y la delegación de deuda existe, pues el obligado va a cambiar y es indispensable el consentimiento del acreedor para que esto suceda. Cuando hablamos de cesión de contrato y de delegación no nos referimos a dos figuras incompatibles, opuestas. La última institución opera siempre como complemento de una relación anterior o simultánea; el calificar exclusivamente de una u otra forma a la operación efectuada reportará muy escasos resultados prácticos.

Cuando declara ESCARRA que el autor de un acto de comercio aislado no utiliza el crédito, mientras que la empresa lo precisa, siendo fundamentales en materia mercantil las exigencias de seguridad y crédito (110), evidencia la importancia que tiene para la empresa poder disfrutar de contratos del tipo señalado. Si desaparecen automática-

(109) GARRIGUES: *Derecho bancario*, cit., pág. 211.

(110) ESCARRA: *Cours*, cit., pág. 61.

mente en virtud del cambio de titular, su fortuna puede comprometerse gravemente. Aunque, indudablemente, el nuevo empresario puede conseguir otros créditos, parece mucho más sencillo proseguir con los ya existentes.

Pero esta afirmación es muy comprometida y no tan simple de conseguir como podría presumirse. En primer lugar, hay que revisar las garantías establecidas en el contrato originario. ¿Es posible retirarlas sin detrimento de la primitiva relación jurídica? No se plantearán graves inconvenientes si el antiguo empresario garantiza la operación con los bienes que ya estaban vinculados al cumplimiento, pero si estos se retiran, difícilmente se obtendrá el consentimiento de la entidad bancaria al cambio de titular. Más complicaciones aparecerán aún cuando la garantía fuese personal, con la presencia de sujetos que asuman la responsabilidad solidaria con el deudor. Aparte de las posibles reticencias de los fiadores a garantizar a una persona distinta del antiguo empresario, las dificultades son insuperables para continuar estimando inalterado el contrato de fianza habiendo cambiado la persona del deudor; el artículo 1.822 C. c. liga directamente la responsabilidad al caso de incumplimiento de un tercero, y aunque en el 1.829 se facilita la sustitución del fiador cuando el primitivo viniere al estado de insolvencia, no es posible extender una regla analógica muy dudosa al cambio de obligado.

Calificamos de dudosa la analogía porque queda por resolver si la sustitución del fiador no arrastra consigo la extinción del contrato de fianza. Un repaso a los artículos 1.847 y sigs. C. c. permite comprobar que el legislador soslaya la cuestión, quizá por su misma evidencia. La razón del artículo 1.829 hay que buscarla en la obligación asegurada, e indudablemente cuando el fiador se encuentre en estado de insolvencia podrá el acreedor solicitar la resolución de la obligación principal. Si, por el contrario, se obtiene un nuevo fiador, se habrá producido una novación por cambio de deudor —art. 1.203, 2, C. c.— de la obligación accesoria, aunque la principal continúe intacta.

Todo aboca, como bien puede verse, a considerar extinguido el contrato de apertura de crédito que favorecía al antiguo empresario. Puede conseguirse, sí, uno nuevo en las condiciones del antiguo de forma que prácticamente los efectos sean los mismos en cuanto a duración, garantías, etc. Pero el cambio de la persona del deudor es suficiente para destruir toda posible identidad.

Aún cabe una última objeción, referida al caso de que una sociedad sea beneficiaria del crédito bancario. Sobre la base de la personalidad jurídica podría pensarse que al no haber variación en el obligado —pese al cambio de propietarios de las cuotas, participaciones o acciones— ningún argumento legal tiene fuerza suficiente para detener el ciclo del contrato de apertura de crédito, que continúa subsistente. Esta solución es extraordinariamente rígida para las necesidades del Derecho bancario. Señala GARRIGUES la posibilidad de denuncia del contrato por parte del Banco siempre que haya mediado una justa

causa, atendida la naturaleza *intuitu personae* de este contrato. En cuanto el crédito sufre demérito por cualquier causa, la base económica del contrato sufre una alteración que debe considerarse suficiente para conceder al Banco la facultad de denuncia (111). Así, el Banco está ampliamente facultado para dar por terminado el contrato en cuanto lo crea conveniente. Caen entonces por su base todas las construcciones que, más o menos hábilmente, pretendan dar base suficiente a una sucesión a título particular en el crédito y en la deuda, con independencia de los obstáculos de técnica jurídica que antes recogimos.

Por fin, es necesario señalar que cuando la transmisión del establecimiento se lleve a cabo, tras haberse terminado la vigencia de la apertura de crédito, no es improbable que el transmitente proponga al Banco la delegación de la deuda que será satisfecha por el comprador. Esta última posibilidad, no obstante, nada tiene que ver con los problemas de la apertura de crédito, que sólo sirve para precisar el origen de la deuda. Las cuestiones que surjan, pues, no diferirán de las nacidas de la delegación de deuda en general.

16) *Compraventa de mercaderías: razón de su estudio.*—Al analizar el contrato de compraventa, advierte URÍA que se habla de venta a precio fijo cuando el precio fijado en el momento del contrato no ha de variar, pero existe en ocasiones una venta a precio variable sometido a las circunstancias del mercado en el momento de cada entrega, cuando éstas sean diversas (112).

Cuando se transmite una explotación mercantil y existen contratos en curso de realización, si existen deudas pendientes por las entregas ya verificadas puede obligarse al adquirente a su satisfacción por medio de la delegación efectuada en la forma que venimos comentando. Respecto a las cantidades todavía pendientes de entrega, no es posible precisar el importe exacto de la cuantía que alcanzarán. En tal caso, podrán decidir las partes que el adquirente satisfará en la forma conveniente las sumas adeudadas en el momento que sea posible precisarlas. En realidad, nos hallaremos ante un caso de cesión del contrato de compraventa, con la particularidad de que la asunción de deudas se desdoblará en dos vertientes, las pasadas y las que todavía no es posible determinar su importe, en tanto que la aceptación también deberá mencionar estos dos sectores del contrato. No se nos oculta que este último razonamiento quizá sea un poco forzado y haga presuntir un deseo de encerrar en el molde de la delegación todo negocio que signifique transmisión de deuda. Desde luego, transmisión de

(111) GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 214. URÍA resume con acierto las consecuencias del carácter *intuitu personae*: 1) El Banco se reserva la facultad de cancelar el crédito y cerrar la cuenta en cualquier momento; 2) el cliente no puede transferir los derechos nacidos del contrato sustituyendo a otra persona en su lugar y 3), el contrato termina con la muerte o extinción del acreditado. *Ob. cit.*, página 507 y sig.

(112) URÍA, *ob. cit.*, pág. 383.

deuda existe, y la delegación es el mecanismo apto para negociarla. Pero es forzoso concluir que el argumento es excesivamente conceptual y se explica mucho mejor por la simple cesión del contrato. En efecto, habrá un cambio de deudor respecto a las cantidades no satisfechas por el anterior empresario y que son la contraprestación de las mercaderías recibidas. Respecto a las todavía no entregadas, empero, al quedar su precio indeterminado no puede considerarse al transmitente del establecimiento como auténtico obligado; lo hubiese sido en su día, si no hubiere efectuado el negocio de disposición. Por lo cual, aunque técnicamente se pueda explicar con la delegación el fenómeno producido, la solución correcta parece ser considerar al comprador del establecimiento obligado a la satisfacción de las sucesivas entregas de numerario, como correlativo al derecho que le asiste para reclamar las mercaderías al vendedor.

No ofrece problemas dignos de mención la negativa del vendedor a la cesión del contrato. En un evento semejante la situación se liquidará entre las partes originarias de la relación inalterada. Mediará con seguridad un pacto entre vendedor y comprador de la empresa para que aquél transmita, a su vez, las mercaderías a éste, que no estará obligado —quizá— a abonar a su vez cantidad alguna sobre todo si en la venta del establecimiento se estipuló ya que estaban englobados en la enajenación los bienes todavía no entregados.

Cuando se produzca la negativa del vendedor, surgen innumerables obstáculos, por lo demás, muy difíciles de evitar. Pensemos tan sólo en el rigor de los plazos establecidos en el art. 336 C. de c. para repetir por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas, enfardadas o embaladas, y observaremos que, lógicamente, el interesado en el examen será el adquirente de la empresa, mientras que el vendedor de las mercancías podrá ampararse en el transcurso de cuatro días desde que fueron recibidas por quien frente a ella sigue estando en posesión de la calidad de comprador. Existirán, desde luego, modos de subsanar estos inconvenientes, por ejemplo, utilizando los servicios de una empresa de transporte de manera que se entreguen las mercaderías en el domicilio de la persona interesada en examinarlas. En este caso se precisará, generalmente, una orden al vendedor-cargador para que pueda producirse el efecto señalado.

Califica SÁNCHEZ CALERO de liberatorio el examen que de la mercancía lleva a cabo el comprador, en cuanto le priva —art. 336, 1— de la acción de repetir contra el vendedor; esta liberación no se produce por el mismo hecho del examen, sino que éste es presupuesto de la aprobación de la mercancía por el comprador. Para que el examen de la mercancía, realizado a contento del comprador, produzca sus efectos liberatorios para el vendedor, el art. 336 requiere que se efectúe “al tiempo de recibir la mercancía”. El momento del examen, sin embargo, pueden cambiarlo las partes a su voluntad, debiendo entenderse que aunque se adelante o se atrase ese momento también ha

de producir los indicados efectos liberatorios (113). En nuestro problema concreto ofrece algún interés esta reflexión porque se ofrece la duda de quién será la persona adecuada para verificar el expresado reconocimiento cuando con la intervención de un contrato de transporte en la forma que más abajo indicábamos, se realiza la entrega al adquirente de la empresa.

Sin duda alguna, y aplicando rigurosamente el art. 336, la única persona legitimada para examinar "a su contento" las mercancías es el comprador, pero el comprador admitido como tal por el vendedor, no la persona que efectivamente vaya a hacerse cargo de aquéllas. De esta forma, el vendedor podrá exigir en el acto de la entrega —artículo 336 *in fine*— se haga el reconocimiento, en cuanto a la calidad y cantidad, a contento del comprador, que forzosamente deberá encontrarse en el lugar designado para la recepción de las mercancías en previsión de que el vendedor haga uso de la citada facultad. En cuanto a la posibilidad de modificar el momento del examen se precisará siempre la intervención de la persona que conserva el carácter de comprador, que actuará de acuerdo con las instrucciones recibidas del adquirente de la empresa. Un eventual acuerdo entre éste y el vendedor carecería de validez, habida cuenta de la incomunicación que existe entre ambas personas. Sólo la cesión del contrato realizada hubiese podido producir el contacto entre ellas. Y, naturalmente, en caso de que no pague el comprador las mercancías no podrá ejercitar el vendedor ninguna acción frente al adquirente del establecimiento. Este punto es susceptible de un doble enfoque: desechada la cesión (con la posible delegación de deudas anteriores, derivadas de mercaderías recibidas y no satisfechas) queda el vendedor sujeto al riesgo de la insolvencia del comprador. Por otra parte, si éste ha transmitido a su vez las mercaderías el adquirente de las mismas está protegido por el carácter traslativo de dominio de la compraventa mercantil (114). Independientemente del ejercicio de las acciones que de acuerdo con el art. 1.111 C. c. puede ejercitar el vendedor de las mercaderías, problema que en nada afecta la conclusión establecida.

Cuando sea la empresa enajenada la que venda determinadas mercaderías, mediante una cesión de crédito, gozará el adquirente del derecho a percibir el importe adeudado. El comprador, por su parte, podrá repetir, de acuerdo con el art. 336, frente a la persona que le vendió las mercancías. Se plantea el problema de si el comprador del establecimiento está legitimado para pedir, según el último párrafo del citado artículo, el reconocimiento de las mercaderías en el acto de la entrega. No existe ningún argumento legal que justifique esta decisión; además, habida cuenta de la brevedad de los plazos establecidos:

(113) SÁNCHEZ CALERO: *Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa*, "A D C", XII, 1959, págs. 1194 y 1197.

(114) Sobre la transmisión de dominio, vid., por todos, LANGLE: *El contrato de compraventa...*, cit., pág. 42 y sigs.

en el art. 336 es muy difícil que se presente en la práctica un caso parecido, pero cuando aparezca será mucho más sencillo solucionarlo si ordena el adquirente al transmitente del establecimiento que haga uso del derecho indicado, con el fin de evitar posibles reclamaciones. Si el adquirente de las mercancías ignora la venta de la empresa y en los supuestos de los dos primeros párrafos del art. 336, exige indemnización de daños y perjuicios que son satisfechos por el nuevo empresario, gozará éste del derecho a reclamar a su vez del antiguo, en especial sobre la base de la gestión de negocios ajenos (115).

En el art. 342 C. de c., se asegura que el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor. Entiende la doctrina (116) que este plazo de treinta días es válido para la denuncia de los vicios ocultos, mientras que para el ejercicio de las acciones que derivan de los vicios ocultos sigue el término de los seis meses señalados por el art. 1.490 C. c. No ofrece, a nuestro parecer, ningún punto débil esta teoría, pero en relación con la venta del establecimiento plantea un problema interesante.

Supongamos que la enajenación se verifica tras la denuncia mencionada y antes del transcurso del plazo a que se refiere el artículo 1.490 C. c. Indudablemente, existe una posibilidad de concretar una acción que tendrá un equivalente económico de diversa importancia. Adquirente y transmitente de la empresa pueden acordar que el segundo quedará exento del resultado de la acción citada, si llega a ejercitarse. Empero, un pacto de este tipo sólo tendrá validez entre partes y nunca podría oponer el antiguo empresario al comprador de las mercaderías que denunció los vicios ocultos su existencia, para derivar el ejercicio de la acción. La situación se resolverá en el posterior abono del nuevo empresario al antiguo de la suma que abonó; si llega a satisfacerla. O también —criterio que parece más justo— proveerá de fondos al demandado para que pueda hacer frente a la reclamación.

Podría pensarse que la delegación de deuda es un vehículo adecuado para estabilizar la situación. Por medio de la propuesta oportuna al comprador denunciante éste acepta la sustitución en la persona del obligado. La identidad de la situación es muy dudosa, pues todavía hay que precisar si efectivamente existe obligación de abonar alguna suma, que dependerá del resultado del procedimiento. En todo caso,

(115) En este punto la problemática se recortaría mucho más de lo que sucedería si se siguiese la orientación germánica que separa el momento de examen de la mercancía del de la denuncia de los vicios reconocibles. Piénsese en las complicaciones que suscitaría la venta de la empresa realizada en un momento intermedio entre los dos instantes citados Sobre el § 377 HGB, vid. BANDASCH: *Kommentar zum H G B*, Berlín-Darmstadt, 1960, especialmente notas 2 en adelante, con referencias a la doctrina y jurisprudencia más caracterizadas.

(116) Así, SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, pág. 1207, nota 42 con referencia a RABEL y MENÉNDEZ.

se trataría de una transmisión de la deuda más que dudosa. Además, y esto es lo más importante, las partes del negocio de transmisión de la empresa procurarán no despertar la actividad del comprador de mercaderías viciadas, pues aunque la denuncia salvaguarda de momento su derecho bien puede acacer que sin mediar la oferta de que hablamos, transcurran los seis meses mencionados en el artículo 1.490 y cese la posibilidad de ejercitar cualquier acción reclamatoria.

Antes de comenzar el siguiente apartado queremos dejar bien sentado que los problemas examinados en relación con la compraventa no se apartan de la línea general del negocio de transmisión de deuda, no existen requisitos distintos ni formalidades especiales para realizarlo. En este sentido, no cabe duda que su integración entre instituciones marcadas por la importancia de un determinado elemento, no tendría justificación. Sin embargo, opinamos que las especialidades mismas de algunas formas de la compraventa, permiten y aconsejan su examen.

17) *Hipoteca mobiliaria*.—Estudiando hace algún tiempo VALLET DE GOYTISOLO los derechos de garantía sobre las mercancías de un establecimiento mercantil ponía de manifiesto las dificultades de sujeción que llevan consigo. La reipersecutoriedad sobre las mercancías, indicaba, tendría que salvar tres obstáculos: el artículo 83 C. de c., la *negatio actionis* del 464 y, por fin, la dificultad de identificarlas, y con referencia al artículo 1.865 bis C. c., coincidiendo con CALVO ALFAGEME, observaba que la garantía real del acreedor prendario se convertía en la Ley de 5 de diciembre de 1941 en una obligación de sustitución de las mercancías vendidas (117).

Estas dificultades se manifiestan todavía en forma más acusada cuando el bien sujeto a un Derecho real de garantía es, precisamente, el establecimiento mercantil. La protección del acreedor se construye en forma específica, pues estando sujetos a responsabilidad un conjunto de elementos de muy diversa índole los peligros de quedar insatisfecho el crédito son mayores que en otros supuestos.

Señala la Exposición de motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, que para poder hipotecar el establecimiento se precisan dos requisitos: que el hipotecante sea su titular —dueño o arrendatario—, y que no tenga limitada la facultad de traspasar. Es preciso recordar, que según el artículo 20 de la citada Ley, la hipoteca comprende necesariamente el derecho de arrendamiento sobre el local si lo tuviere el hipotecante, comprendiendo asimismo las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento. Apartando por ahora el problema del arrendamiento, notemos la fuerza con que el legislador acentúa el requisito de la pertenencia al titular del establecimiento de algunos elementos, no sólo las instalacio-

(117) VALLET DE GOYTISOLO: *Pignus tabernae*, "A D C", VI-2, 1953, página 818 y sig.

nes fijas o permanentes, sino también los bienes que, salvo pacto en contrario, comprende el contrato que examinamos; artículo 21. Puede observarse cómo en el artículo 20 se habla sólo de que los bienes *pertenezcan*, mientras que el siguiente se precisa *sean de la propiedad* del titular del establecimiento, estando pagado su precio de adquisición; opinamos que ambas locuciones tienen el mismo valor y, en definitiva, se requiere para poder establecer el gravamen tenga el titular del establecimiento la propiedad de los elementos indicados.

El requisito expuesto facilita mucho la ejecución de la hipoteca —en su caso— y también el establecimiento de la misma. Desaparecen, sin duda, las colisiones que surgirían entre los proveedores del empresario que todavía no hubieran percibido totalmente el importe de sus créditos, y el acreedor hipotecario. De no mediar esta regla —y llegando a un ejemplo extremo—, en caso de quiebra del comerciante, el vendedor varía desaparecer los bienes citados en el artículo 21, b, LHM, a favor del acreedor hipotecario sobre la base del artículo 914, 1, C. de c. (118). Podría pensarse que le asistiría un derecho de separar de la masa de la quiebra los bienes citados, pero el artículo 908 C. de c. se refiere tan sólo a aquellos cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, y sería muy discutible que el título del quebrado fuese el exigido, aunque no hubiese satisfecho totalmente el importe de los repetidos bienes.

Ahora podemos contemplar el alcance de los artículos 20 y 21 LHM. Sólo podrán ser gravados con hipoteca los bienes allí enumerados cuando no exista posibilidad alguna de reivindicación por otra persona, con independencia de que ésta ostente un derecho de crédito en virtud de la parte del precio no satisfecha. Por el contrario, un pacto de reserva de dominio es suficiente para destruir la posibilidad de hipoteca.

Nos referíamos antes a la necesaria inclusión en la hipoteca mobiliaria del derecho de arrendamiento. Según el artículo 24 LHM, la hipoteca constituida se notificará, a instancia del acreedor o del deudor, al arrendador o al propietario del local en que se hallase instalado el establecimiento que se hipoteca; este formalismo tiene bastante

(118) Para ROAN MARTÍNEZ la hipoteca mobiliaria aparece dotada de la "realidad" en tesis general, pudiendo encuadrar perfectamente en los moldes clásicos. Las diferencias con las inmobiliarias no están en la naturaleza, sino en que sus objetos jurídicos no obedecen a reglas jurídicas idénticas. (En el resumen de su conferencia *Líneas generales de la Ley española de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, en "R D N", 11, 1956, pág. 341.)

En relación con el problema examinado en el texto no creemos que puedan aparecer muchas dudas en cuanto —art. 10 LHM— "en caso de quiebra no se incluirán en la masa los bienes hipotecados o pignoralados mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta". Obsérvese por fin que la LHM menciona en la E. de m., pero sólo en relación con la hipoteca de mercaderías y materias primas el problema de las deudas procedentes de suministro de aquéllas, indicándose que éste escollo motiva la exigencia legal de que esté su precio totalmente satisfecho.

peso a efectos de conseguir la conformidad del arrendador al contrato de hipoteca, no es ni con mucho un dato desdeñable. Si no da su conformidad al mismo, tiene abierto el camino para ejercitar las acciones resolutorias reconocidas en los números 2.º, 5.º y 7.º y 11 del artículo 11 LAU (119), artículo 32 LHM, pero la limitación de su oposición indica que sólo al amparo de las causas señaladas tendrá posibilidades de prosperar. Aun así, la trascendencia de las mismas es tan grande que, en la práctica, se presentarán muy pocas situaciones en las que el arrendador no pueda oponerse a la constitución de la hipoteca. Para lo que a nosotros interesa, destaquemos que obtenida la conformidad del arrendador o fracasada la acción resolutoria intentada, el desarrollo de la hipoteca ya no ofrece entorpecimientos por la intervención del citado arrendador.

En el artículo 28 LHM se prevé la constitución de hipoteca por el mismo propietario del local, en cuyo caso el adjudicatario, llegada la ejecución, adquiere de pleno derecho la cualidad de arrendatario con sujeción a lo pactado en la escritura de hipoteca. En semejante supuesto se anulan totalmente los problemas que suscita la venta del establecimiento mercantil sobre el que pesa el repetido gravamen, pues el adjudicatario del local puede traspasarlo en la forma que prefiera y, además, habiéndose seguido un procedimiento judicial para hacerse efectivo el crédito, ha desaparecido totalmente el derecho de que disfrutaba el empresario sobre el local de negocio.

Por fin, consignemos que cuando el arrendador hubiere dado su conformidad a la hipoteca tiene derecho al aumento de la renta vigente en un 5 por 100 independientemente de lo que corresponda según la LAU. Si posteriormente se traspasa el local, el incremento es de un 10 por 100 sobre la participación que le corresponda en el traspaso (art. 31 LHM). Este último beneficio será el único que disfrutará cuando la venta del establecimiento hipotecado lleve consigo el traspaso del local; no olvidemos que la posibilidad de llevar a cabo una operación de este tipo es indispensable para poder constituir la hipoteca (120).

Ahora podemos detenernos en la venta del establecimiento hipotecado en relación con las deudas que lo gravan. No repetiremos una vez más los derechos que asisten a los acreedores en general, limitándonos a los especiales que corresponden al acreedor hipotecario.

El deudor no puede anajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin consentimiento del acreedor (121). Poco importa que la

(119) La referencia legal es a las reglas segunda a quinta, y décima del artículo 149 LAU vigente en 1954. La equivalencia con las de la vigente es, a nuestro parecer, la indicada en el texto.

(120) Art. 19 LHM: "Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en local de negocio del que el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar".

(121) Art. 4 LHM. Sobre las consecuencias de la enajenación en contra de lo declarado en este artículo vid. VALLE DE GORRISOLO: *La Ley de 16 de diciem-*

compraventa fundamental afecte a los elementos agrupados y organizados si, como tantas veces hemos repetido, se precisa la transmisión independiente de cada uno de ellos. Sin embargo, no sería acertado defender que el acreedor consentirá a la transmisión de cada uno de los bienes o derechos enumerados en los artículos 19 y sigs. de la ley reguladora, porque con el consentimiento genérico será suficiente, sobre todo si se considera que el adquirente de todos ellos es una misma persona, no desperdigándose su propiedad entre diversos titulares. Es cierto que la misma elasticidad del objeto de la hipoteca hará en algún caso superflua la duda, al quedar extraordinariamente reducido, pero cuando la garantía sea más amplia la solución debe ser la expuesta (122).

El derecho reconocido al acreedor para inspeccionar el giro y el tráfico del establecimiento ya denuncia que su crédito está dotado de especiales características. Ciertamente, no se trata sólo de comprobar el estado de conservación de los bienes a que se extiende la hipoteca, sino de seguir muy de cerca el desarrollo de la explotación aunque, como el mismo artículo 22 precisa, la inspección haya de realizarse en la forma y plazo estipulado, permitiéndose así toda una gama de cláusulas sobre la forma de ejercicio de tal derecho. La situación es radicalmente distinta, pero no puede negarse cierto regusto de Derecho de sociedades en la expuesta característica. Desde luego, el acreedor está interesado en la buena marcha de los negocios de su deudor, pero tan amplia información es bastante excepcional, aunque se descubra un lejano matiz prendario. Sabido es que el artículo 57, 3, de la ley que comentamos obliga al dueño de los bienes pignorados a conservarlos y tenerlos a disposición del acreedor para que éste pueda, en cualquier momento, inspeccionarlos y comprobar la existencia y estado de los mismos —en la medida posible—, garantía que supone la puesta en posesión del artículo 1.863 C. c. Posiblemente la facultad de inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento sea el equivalente a la indicada para la prenda, aunque en términos muy generosos, pues no se trata ya sólo de la inspección de los elementos separados que están afectados por la existencia de la hipoteca, sino que se comprueba la marcha de la empresa misma. Se ve ahora cómo el legislador ha concebido la existencia de nuestro Derecho real sobre el negocio mismo, mejor que sobre los elementos separados que lo integran; de otra forma el derecho de inspección no queda totalmente resuelto.

Esta razón justifica también que el hipotecante esté obligado a continuar el comercio o industria en el establecimiento hipotecado con arreglo a los usos de comercio y a participar al acreedor, dentro de

bre de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, "A. D. C.", VIII-2, 1955, pág. 1235.

(122) Excede de nuestro tema el examen de la posibilidad de extender la hipoteca a los establecimientos comerciales y a los industriales, que por lo demás parece bastante clara. Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Ley hipotecaria mobiliaria*. "R. C. D. I.", XXIX, 1956, pág. 525.

los ocho días, cualquier acto o novedad deñosa (art. 27). Se abrevia así el conocimiento por el acreedor de cualquier contingencia que pueda perjudicar su crédito sin necesidad de esperar al examen que le permite el artículo 22.

Toda esta graduación de los derechos del acreedor contribuye a aclarar su situación cuando se vende la empresa misma. Asegura GÓMEZ ACEBO que el adquirente tendrá la consideración de tercer poseedor o de deudor, según haya habido o no asunción de deuda, pero el adquirente queda obligado a mantener el establecimiento mercantil en el mismo estado: no puede revocar el acto o los actos de creación de pertenencias de su causante (123). Es preciso reconocer la exactitud de esta afirmación, pero, a nuestro juicio, aparece en la LHM un precepto que explica totalmente el juego de la operación.

Recoge el artículo 29, 3, como causa para que el acreedor pueda, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato, dar por vencida la obligación de la enajenación por el deudor, sin su consentimiento, de alguno de los bienes hipotecados, excepto las mercancías, de conformidad con el artículo 22. Una vez más registra nuestro Derecho la intervención del acreedor en un negocio concreto. Empero, no estamos ante un fenómeno más o menos próximo al del artículo 1.205 C. c., pues el que acabamos de citar de la LHM responde tan sólo a proteger al acreedor cuando disminuyen los bienes que garantizan su crédito.

El consentimiento del acreedor, indudablemente, se precisa para la validez de la enajenación, Aunque la Ley no diga nada, cuando sea el establecimiento mismo el objeto de la venta, el artículo 29 deberá ser observado rigurosamente; en líneas anteriores comprobamos la presencia de la empresa sufriendo el gravamen, ningún inconveniente se presenta para la extensión de la regla mencionada. Todavía más, aunque con argumentos más o menos rígidos se pretendiese defender la postura negativa, las consecuencias prácticas serían nulas, puesto que es suficiente la enajenación de un solo elemento del establecimiento para que pueda producirse el vencimiento de anticipado de la obligación.

Por ello, el empresario que intente transmitir su explotación procurará obtener la conformidad del acreedor hipotecario, so pena de producir el efecto de que se dé por vencida la obligación, cuyas consecuencias pueden ser bastante perjudiciales para su patrimonio. Cuando el acreedor haya asentido, quedará liberado, o podrá incluso garantizar personalmente el cumplimiento por el nuevo deudor. El procurar la realización de una delegación de deuda es casi indispensable: piénsese en la situación del transmitente al vencimiento anticipado de la obligación, frente al adquirente y frente al acreedor hipotecario.

Pero el artículo 29 únicamente autoriza al acreedor para que dé

(123) GÓMEZ ACEBO: *La hipoteca de establecimiento mercantil*, "R. D. M.", 55, 1955, pág. 168.

por vencida la obligación. ¿Qué sucederá cuando no lo haga y su conducta sea pasiva? ¿Será válida la venta del establecimiento, debiendo pasarse por el cambio de titular en los bienes hipotecados? Asegura VALLET DE GOYTISOLO, citando a DE CASTRO, que la nulidad de todo acto contra ley no significa que sea inexistente o sin valor para el Derecho, excluyéndose sólo las consecuencias favorables para el infractor, no las que se deriven de la ilicitud del propio acto o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero. Señala como consecuencia la conservación en la reipersecutoriedad, siempre que recaiga en elementos perfectamente identificados en la inscripción, y únicamente en los demás supuestos si el adquirente fuera de mala fe (124).

Encontramos así, de una parte, la regla del artículo 1.205 C. c., y de otra, la del artículo 29 LHM. A nuestro juicio (ambas no se excluyen, y el problema puede resolverse en el sentido de que la deuda subsistirá, pues no puede suplirse el consentimiento del acreedor con su silencio. Diferirá, en cambio, la suerte de las garantías, a cuyo respecto no tenemos que añadir nada a la opinión de VALLET: el tercer adquirente de buena fe conservará su derecho y no podrá ser privado del mismo.

Y, sin duda alguna, la existencia de un Registro de empresas, al que tuviesen acceso los gravámenes que sobre ella pesaren, impediría el desconocimiento por terceros de aquéllos, sobre la base del principio de publicidad material.

18) *Responsabilidad extracontractual.*—Alcanza gran importancia en la vida de la empresa la responsabilidad extracontractual. Una vez surgida con un importe económico preciso, es perfectamente posible la transmisión de la deuda nacida como resultado de aquélla. El artículo 1.904 C. c. concede a quien paga el daño causado por sus dependientes el derecho a repetir de éstos los que hubiese satisfecho. Este derecho lo disfrutará el nuevo empresario que habiendo abonado la indemnización se subrogará en los que asistan al antiguo.

Reglas especiales, ninguna. El artículo 1.205 C. c. se aplicará en toda su extensión; no importa nada cuál es el origen de la deuda una vez que la cuantía de la misma ha sido definitivamente establecida.

Por fin, los números primero, segundo y octavo del artículo 1.908 C. c. mencionan supuestos que con gran facilidad pueden sobrevenir en una explotación industrial. Indudablemente, si acacien después de vendida la empresa la responsabilidad será del adquirente, aunque la ausencia de precauciones se deba a la negligencia del anterior titular, y si no lo hace, su responsabilidad será absoluta, así como cuando no tome, tras la inspección, las medidas adecuadas para evitar el mal funcionamiento de un utensilio cualquiera. En ningún modo podrá pretender se desvíe la responsabilidad hacia el antiguo empresario.

(124) VALLET DE GOYTISOLO, *ob. y loc. cit.* últimamente.

V. GRAVÁMENES FISCALES

19) Sin pretender verificar un estudio exhaustivo de la materia, nos creemos obligados a comentar brevemente la tributación que gravará el negocio global de tramitación del establecimiento mercantil. Hay que excluir, desde luego, aquellos impuestos que —por ejemplo, del timbre— recaerán sobre los títulos valores o la escritura notarial, también las altas en la contribución industrial, que deberá satisfacer el nuevo empresario si es individual. Queda así delimitado el análisis al impuesto sobre Derechos reales, según la Ley de 21 de marzo de 1958 y su Reglamento de 15 de enero de 1959.

Las reglas de competencia para la liquidación del impuesto serán —como es lógico— las del artículo 104 Reg. Según el artículo 80, la Administración tiene, en todo caso, la facultad de comprobar el valor de los bienes o derechos transmitidos; en el párrafo 15 se prevé la transmisión total o parcial de empresas o establecimientos mercantiles, en cuyo caso sirve como medio de comprobación los balances y datos de que disponga la Administración a los efectos de los impuestos que pagan las empresas. En verdad, los convenios con agrupaciones de contribuyentes aparecidos en el artículo 31 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957 han privado de alguna importancia a los citados balances, estableciendo un procedimiento especial de determinación de bases imponibles, pero aunque así sea, la contabilidad de la empresa es un elemento de suprema trascendencia, como en seguida se ha de ver.

Al estudiar la cesión del local de negocio nos referimos a la posible defraudación del propietario si se determinaba una suma, como cuota del precio total satisfecho, muy inferior a la que corresponde en la realidad. Mejor aún, estableciendo una suma lo suficientemente alta para impedir el retracto y lo bastante exigua para reducir la participación del arrendatario. Cuando se pretenda llevar a cabo una maniobra de este tipo, la Administración podrá comprobar, de acuerdo con el repetido artículo 80, el valor de los bienes o derechos transmitidos y podrá apreciar una valoración muy corta del arrendamiento y un supervalor de los restantes elementos, fácilmente comprobable si se revisan las anteriores estimaciones contables.

Porque no se olvide que al establecer el valor de cada partida la reducción del arrendamiento repercutirá en un supervalor de los restantes elementos transmitidos. Relaciona BAS y RIVAS los artículos 88, 61 y 80 del Reglamento para comprobar que cuando el valor declarado es mayor que el resultado de aplicar los medios comprobatorios, se eleva a la categoría de valor comprobado, lo que, a su parecer, no es plenamente acertado (125). Sin entrar en un análisis detenido de la materia, subrayamos que cuando se opere entre adquirente y transmi-

(125) BAS y RIVAS: *Impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes*, II, Madrid, 1961, pág. 140 y sig.

tente en la forma prevista, se habrá utilizado un arma de dos filos: de una parte se habrá perjudicado al propietario del local de negocio, pero no se puede dudar que una ulterior comprobación de las partidas transmitidas y su valor puede producir un resultado mucho peor que el beneficio obtenido, pues mientras se respetarán las valoraciones ofrecidas —por excesivas que sean— se aumentará el importe del valor de los hechos a declaración.

Como es sabido, esto no tendrá ninguna trascendencia sobre las relaciones entre vendedor y comprador. Es decir, no podrá el primero reclamar un exceso de precio sobre la base de la valoración fiscal, que sólo tiene valor a efectos tributarios.

