

2. EMPRESA Y *SOCIETATES*

El concepto de empresa en la *actio tributoria*

Trinidad Pérez Mateos
Universidad de Murcia

I. PLANTEAMIENTO

La *merx peculiaris* es el peculio o parte del mismo con el que el hijo de familia, o en su caso el esclavo, negocia con conocimiento de su padre o dueño¹. Constituye el elemento objetivo de la *actio tributoria*, respecto del que cabe hacer unas reflexiones sobre algunos aspectos, presentes ya en el Derecho Romano, y precursores de la moderna empresa, elemento objetivo del Derecho Mercantil actual. Es necesario recordar que una regulación especial como tal para el comercio no se desarrolló en Roma, ya que el propio *ius civile*, unido al dinamismo y la flexibilidad que suponía la regulación que hacía el Pretor, hicieron innecesaria tal especialidad.

Nos centraremos en el supuesto contemplado en varios textos del Digesto, en los cuales el sometido tiene dos negocios o empresas que se liquidan por separado, comparándolo con la regulación actual.

La empresa no tiene una denominación unánime para la doctrina mercantil, pues si bien para algunos autores como Broseta el término es el más adecuado, para otros, como Uría o Sánchez Calero es preferible el de “establecimiento mercantil” o “negocio”, no obstante estas discrepancias terminológicas, la opinión mas admitida en cuanto a lo que se ha de entender por empresa es la de “*organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado*”.

1 No se trata del negocio del *pater familias* el cual pone al frente, como factor de comercio o como *exercitor*, al hijo o al esclavo, que es el caso del ámbito de las *actiones institoria y exercitoria* respectivamente, sino de un peculio o parte de él, que el hijo explota comercialmente.

En esta definición encontramos una nota importante identificadora de la empresa mercantil, que es la de unidad productiva que, a pesar de estar integrada por elementos de diferente naturaleza, tiene un valor superior del que resulta de los mismos singularmente considerados².

Así, es posible la compraventa de una empresa, considerada como un conjunto organizado de elementos en funcionamiento y atendiendo a la actividad económica de la que es objeto dicha empresa, con el fin de continuar con su explotación por parte del comprador³.

De igual manera, la empresa era considerada como una unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada –y no como una serie de bienes que pueden enumerarse– a efectos de ser objeto de un contrato de arrendamiento en nuestra legislación sobre arrendamientos urbanos, si bien, para exceptuarla de su ámbito de aplicación, del que ha estado tradicionalmente excluida⁴.

II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA MODERNA EMPRESA EN EL DERECHO ROMANO

En este sentido, podemos encontrar reflejadas ya en el Derecho Romano estas notas características de la moderna empresa si pensamos en las *universitates*

-
- 2 Vid. M. BROSETA PONT-*Manual de Derecho Mercantil* 4ª edic-pag 94 Así entre estos elementos integrantes de la empresa se encuentran los elementos personales, el local en el que se realiza la actividad económica, las mercancías con las que se comercia, los instrumentos utilizados por el comerciante para explotar su negocio y el capital invertido.
 - 3 Como muy bien señala el autor citado, vid. Nota anterior pag. 97, será suficiente un único contrato para transmitir la empresa como tal, sin necesidad de convenir tantos contratos como elementos individuales puedan constituir la misma, en base a los art 1089 y 1091 del Código Civil que establecen el surgimiento de las obligaciones de dar, hacer y no hacer para obtener la finalidad económica pretendida con la trasmisión de la empresa.
 - 4 Vid. La antigua Ley de Arrendamientos Urbanos aprobada por Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre, Art 3º *“El arrendamiento de industria o negocio de la clase que fuere , queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero solo se reputara existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de meras formalidades administrativas.*

rerum las cuales como conjuntos de cosas que no pierden su identidad individual, podían ser consideradas como una sola cosa o unidad por los intervinientes en un determinado negocio, con independencia de los elementos singulares que las componían.

En este sentido, podemos considerar como precursores de la actual empresa el rebaño, la *taberna instructa* o la nave aparejada, en los que encontramos similitudes con el concepto actual de empresa como conjunto unitario de cosas diversas destinado a un mismo fin. En caso de que cualquiera de esas embrionarias empresas fueran objeto de un peculio con el que el sometido realiza una actividad mercantil, es decir productiva o de intercambio, contrayendo obligaciones que, finalmente, resulten negativas para el negocio emprendido, pueden dar lugar, al ejercicio de la *actio tributoria* para conseguir la indemnización por los créditos no cobrados en la proporción que correspondiera.

Así, el rebaño se puede considerar como una empresa pecuaria⁵, en términos actuales, dado que el conjunto de sus elementos, los distintos animales que lo componen, constituyen una unidad productiva, que en el caso de ser objeto del peculio de un sometido que lo haya destinado a negociar con sus productos, vendiendo y adquiriendo cabezas de ganado, o los productos obtenidos de ellos y sus crías, y como tal conjunto unitario, en el caso de que se diera el supuesto previsto en la *actio tributoria*, el rebaño como *merx peculiaris* se liquidaría como tal conjunto patrimonial, y no considerando uno a uno los distintos animales que lo integran, de igual manera que aparece indubitadamente en las fuentes la posibilidad de reivindicar un rebaño o se permite el legado vindicatorio⁶, y siempre

5 Vid. A. DIAZ BAUTISTA *La reivindicación de cosas genéricas. Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*. Volumen I, pág. 316.

6 La consideración del rebaño como conjunto patrimonial con entidad propia y distinta de los animales que lo componen lleva a admitir su reivindicación, según se recoge en varios textos del Digesto, así *Gai 10 ad ed. prov.* D 18,1,35,6 señala que si se hubiera vendido un rebaño como conjunto, por un solo precio, se considera perfecta la venta después que se hubiera convenido el precio “*Ergo si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit.*” Igualmente Ulpiano siguiendo a Pomponio (Ulp 16 ad ed. D 6,1,1,3) considera que puede vindicarse también un rebaño, y aclara más, pues no sólo el compuesto por ovejas o en general ganado menor, sino también respecto al ganado mayor, a las yeguas y a los demás animales que se tienen en piaras. Y aún añade que procederá tal *reivindicatio* única aunque la totalidad de las cabezas no sean nuestras, siempre que el rebaño sea nuestro, pues

y cuando estas adquisiciones se hicieran con dinero procedente de la *merx*, en este sentido se recoge en D.14,4,5,11.

Respecto de las denominadas *tabernae instructae* por la doctrina⁷, es decir la tienda con sus objetos y esclavos destinados al fin del negocio, también encontramos supuestos en las fuentes en los que se consideran como unidad productiva, a semejanza de la actual empresa, y no en base a la consideración aislada de los distintos elementos que la integran. A modo de ejemplo, *Ulp. 44 ad Sab. D. 18,1,32* contempla la transmisión del derecho de superficie y no la titularidad del suelo, a propósito de la venta de *tabernae argentarias* (normalmente ubicadas en el Foro por cesiones realizadas por los magistrados a los banqueros o *argentarii* para que pudieran edificar sus *tabernae*) o las demás que están en suelo público y, especifica, que no se vende el suelo —*res extra commercium*— sino el derecho porque según aclara el jurista “*estae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet*”.

En cuanto a la nave aparejada encontramos también algunos supuestos contemplados en las fuentes, en los cuales se considera la nave igualmente como una sola cosa, que, destinada al comercio, transportando mercancías y pasajeros, se puede considerar como ejemplo embrionario de la empresa de nuestros días⁸.

reafirma contundentemente “*grex enim, non singula corpora vindicabuntur*” porque se vindicará el rebaño, no cada uno de sus animales.

Asimismo se contempla en las fuentes la posibilidad de que el rebaño como *universitas rerum* sea objeto de legado, en Inst. 2,20,18 de tal manera que aunque el mismo hubiera quedado reducido a una sola oveja, puede reivindicarse lo que hubiera sobrevivido (legado vindicatorio) y aun más, expresa el mismo texto, recogiendo la doctrina de Juliano, que en el supuesto de que el objeto del legado sea un rebaño ceden al legado hasta las ovejas que se le agregan después de hecho el testamento, motivando de forma expresa esta solución, precisamente, en la consideración del rebaño como un solo cuerpo con cabezas separadas.

Incluso cuando el objeto del legado no es la propiedad del rebaño sino únicamente el usufructo del mismo, es considerado el rebaño mismo como una *universitas*, así a propósito de las posibles pérdidas de cabezas Ulpiano señala la obligación del usufructuario, y no del propietario, de sustituir los fetos muertos por otros, precisando también en este caso, que la misma solución cabe darla para el legado de usufructo de una piara de ganado mayor o de una yeguada en *Ulp. 17 ad Sab. D. 7,1,70,3*.

7 Vid. A. D'ORS Derecho Privado Romano, Pamplona, 1977, pág. 177.

8 Así, *Alf. 6 ad dig.* en D. 5,1,76 resolviendo la cuestión sobre lo irrelevante del cambio de jueces por excusarse los primeramente nombrados a efectos de considerar el juicio el mismo

A propósito del examen de la *actio exercitoria* se contempla en el Digesto un supuesto en el que el esclavo explota la nave sin la voluntad de su dueño, pero con su conocimiento y Paulo señala que en este caso se dará contra el dueño la acción cuasi tributoria y si por el contrario aquél ignora la actividad de su esclavo como *exercitor*, procedera la *actio de peculio*. La razón de esta distinción la podemos encontrar en que con la última acción el *dominus* se cobra sus créditos naturales con carácter preferente, respondiendo de las deudas contraídas por el esclavo en la medida que quede activo en el peculio, puesto que ni ha dado su autorización de ningún modo ni ha tenido conocimiento de la actividad como naviero de su esclavo. Suponemos que la previsión de la *quasi tributoria* que aparece en este texto para el caso de que el dueño tolerara la explotación de la nave por su esclavo, se debe a que la nave no ha sido objeto de peculio y por tanto no existe el supuesto de hecho necesario para otorgar la *actio tributoria*.

El fragmento se expresa en los siguientes términos, *Paul. 6 Brev. D 14,1,6 pr.*: “*Si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo, quasi tributoria, si ignorante, de peculio actio dabitur*”.

III. SUPUESTO EN EL QUE EN LA MERX PECULIARIS EXISTEN DOS O MAS NEGOCIOS

Respecto del negocio al que se dedica el sometido, una de las cuestiones planteadas en el Digesto y sobre la que queremos detenernos, hace referencia a la

que si no hubiera ocurrido tal variación, pone como ejemplo aclaratorio de un supuesto similar el de la nave que aunque hubiera sido reparada tantas veces que en ella no quedara ninguna tabla que no hubiera sido renovada, se considera, no obstante que es la misma nave. En el mismo sentido Juliano contempla el caso en que uno hubiera rehecho su nave con materiales ajenos, y, afirma, que la nave sigue siendo del mismo. Y aquí, aparte de la accesión que se produce, late la consideración de la nave como un conjunto unitario de cosas incluso cuando algunas de ellas pertenecieran a distintos dueños (Iul 6 *ex Min D 6,1,61*). También, indirectamente, *Ulp. 30 ad Sab. D 41,3,30 pr.* pone como ejemplo de cosa compuesta la nave y, a propósito de la usucapión de los elementos que la componen, precisa la necesaria posesión de la nave misma, es decir, se contempla la nave como una sola cosa, aun compuesta por otras de diversa especie e incluso titularidad, a efectos de la adquisición de la propiedad por usucapión.

Bien es cierto, que en este punto, no existe criterio unánime, y por ejemplo el mismo jurista en *16 ad ed. D 6,1,3,1* señala que los aparejos de una nave se han de vindicar por separado, así como el esquiife.

posibilidad de que sea más de uno, de tal suerte que en alguno de ellos haya podido obtener beneficios y en otro u otros puede resultar que sean más las pérdidas que las ganancias y, por tanto, los acreedores del negocio solvente saldrían perjudicados en el caso de participar conjuntamente, a prorrata, con el resto de acreedores del negocio ruinoso en el cobro de sus créditos.

Así, se puede haber recibido como peculio un negocio de panadería y un taller de zapatería, o bien haberlos establecido *ex novo* el propio hijo o esclavo con el dinero o bienes recibidos, el cual los explota, con conocimiento de su padre o dueño. Pero puede ocurrir que mientras la panadería tiene una clientela fiel y creciente, sin problemas de abastecimiento de materias primas y con dependientes avisados, supervisado por el propio hijo, es decir es un negocio bien administrado, aunque tenga acreedores, el de zapatería se halle descuidado y se vayan acumulando deudas sin pagar.

Concretamente, en el Digesto se contempla el caso del esclavo que teniendo muchos acreedores, no todos lo son por el mismo negocio, pues por un lado se dedicaba al comercio de sayos y por otro al de lienzos y se pregunta si todos han de ser llamados conjuntamente a la contribución, saliendo desde luego perjudicados, en caso afirmativo, los acreedores del negocio mas solvente.

Ulpiano nos ofrece la solución a esta cuestión al razonar que en estos casos la liquidación de los negocios no se haría conjuntamente, sino por separado y nos ofrece la justificación de tal respuesta, pues los créditos se hicieron en consideración al negocio que se realizaba y no tanto en referencia al sujeto que lo explotaba, de tal forma que los acreedores de la panadería no tendrían que concurrir con sus créditos cobrando a prorrata con los del taller de zapatería, en el ejemplo que veíamos antes y saliendo perjudicados.

Ulp.29 *ad ed. D. 14,4,5,15 Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi, utputa duas negotiationes exercebat, puta sagariam et lintearuam, et separatos habuit creditores? Puto separatim eos in tributum vocari, unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi credidit.*

Se contempla a continuación el caso de que se trate, ya no de distintos negocios, sino que se exploten dos negocios del mismo tipo, aunque situados en diferentes lugares, siguiendo el ejemplo propuesto anteriormente, dos panaderías o

dos zapaterías incluidas en el peculio del hijo o esclavo, una de ellas situada en una ciudad y otra en otro lugar diferente, para afirmar que, también en este caso, la *tributio* se ha de hacer por separado, a fin de que no se vean perjudicados los acreedores del negocio solvente, frente a los que contrataron con el negocio ruinoso.

En el texto que examinamos, Ulpiano plantea el supuesto de que el esclavo tuviera dos tiendas destinadas al mismo negocio, una situada en Hucino y otra ubicada al otro lado del Tiber, y que tengan distintos acreedores, incluido el acreedor que realizaba las funciones de contador en cada negocio, para determinar que la *tributio* se ha de hacer por separado, *para que unos (acreedores) no sean indemnizados con cosa o mercancía de otro, y otros experimenten daño*.

Ulp.29 ad ed. D. 14,4,5,16 *Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernae, verbi gratia quam ad Hucinum habuit, ratiocinator, alius eius, quam trans Tiberim, aequissimum puto, separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re mercede alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.*

Y como señala Valiño,⁹ es el criterio del lugar donde se ubica el negocio con el que se contrató el que determinara de que *merx* se hará la distribución.

Puede ocurrir, sin embargo, que parte de las mercancías de un negocio se hayan trasladado al otro negocio que también explota el hijo de familia o esclavo, por ejemplo habiendo adquirido una partida de cuero para una zapatería, se lleva después a la otra zapatería que también tiene el sometido en otra ciudad donde el artesano zapatero es más hábil que el aprendiz del otro taller. Y cabe preguntarse si en este supuesto ejercitada la *actio tributoria* por el acreedor de aquél material cuyo pago no ha sido satisfecho, estas mercancías se incluirían en la *merx peculiaris* correspondiente a este negocio donde finalmente han sido destinadas y concurriendo con el resto de acreedores del mismo, y la respuesta es que sí, según señala Ulpiano, con la única excepción de que no hubieran sido dadas en prenda al acreedor, pues en este caso, el crédito hipotecario queda excluido de la contribución.

9 VALIÑO, E “La *actio tributoria*” *SDHI*, 33 (1967), págs. 103-128.

Ulp.29 *ad ed.* D. 14,4,5,17 *Plane si in eadem taberna merces deferebantur, licet hae, quae extent, ex unius creditoris pecunia sint comparatae, dicendum erit, omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pignoratae.*

Es de nuevo el criterio del lugar, es decir del negocio en el que se encuentran las mercancías, el que determina de que *merx* se hara la *tributio*, es decir, con que otros acreedores del mismo negocio concurriran el padre o dueño por sus créditos naturales contra el hijo o esclavo, cualquiera que sea su causa¹⁰ y el mismo acreedor de dichas mercancías, teniendo en cuenta, que en lo que hoy denominaríamos “masa activa” de la *merx* se comprenderán no sólo las mercancías existentes en la tienda o negocio, sino todos los elementos que conforman la *taberna instructa*, es decir el local donde se ubica el negocio, los esclavos o *vicarii* empleados en el mismo así como los accesorios o instrumentos que se destinan a la explotación del negocio, tal y como señala Labeón¹¹ ya que, como él mismo explica, la mayoría de las veces se han adquirido con dinero procedente de la mercancía (supuesto de subrogación real).

En este punto cabe hacer unas breves consideraciones acerca de la similitud y diferencias entre la concurrencia de acreedores que se plantea como paso previo al ejercicio de la *actio tributoria*, es decir en la *vocatio in tributum* o convocatoria realizada por el Pretor a petición de cualquier acreedor del negocio, que produce una especie de concurso de acreedores familiar, como acertadamente califica Valiño¹², en el que concurre necesariamente el padre o dueño con sus créditos naturales, y el régimen concursal en nuestro derecho vigente, regulado por el Código de Comercio y en especial por la Ley Concursal aprobada en 2003¹³.

Como similitud podemos señalar, precisamente, la característica concursal o de concurrencia, es decir el llamamiento por el Pretor a todos aquellos acreedores que tengan créditos pendientes contra la *merx peculiaris*¹⁴, destacando, sin

10 *Ulp 29 ad Edictum* D. 14,4,5,7.

11 *Ulp 29 ad Edictum* D. 14, 4,5,13.

12 Ver *supra*, pag. 113.

13 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10/07/03) parcialmente modificada posteriormente por varias leyes.

14 Con las limitaciones examinadas en los textos referidos en esta comunicación y los demás contenidos en D 14,4.

embargo que son mayores las diferencias con el régimen concursal actual, dado que la característica esencial para la determinación de la masa activa, es decir, los bienes y derechos que son objeto del procedimiento concursal, es el principio de universalidad, incluyéndose en aquélla todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor en los términos y con las excepciones previstas en la Ley Concursal¹⁵, y en el presupuesto del ejercicio de la *actio tributoria* solamente se comprende en la contribución la *merx peculiaris* concreta objeto del negocio con el que los acreedores han contratado, y ni siquiera la totalidad del peculio destinado al comercio por el sometido.

En este sentido, podemos concluir que éste es uno de los casos en los que el Derecho Romano resulta más avanzado, desde el punto de vista de lograr una solución mas justa, que el derecho actual que no permite la separación de los acreedores de los diferentes negocios que pueda tener el concursado.

Como puntualización final, a este respecto, hemos de señalar que la naturaleza de la *actio tributoria* es declarativa, pues persigue la condena del *pater o dominus* que ha efectuado una distribución dolosa a la que ha concurrido, en situación de igualdad con el resto de acreedores convocados, a diferencia de la *actio indicati*, acción ejecutiva patrimonial, y por tanto universal, que podría ejercitarse por los acreedores vencedores si no ven satisfecha la condena obtenida previamente.

15 Vid. Art. 76 y siguientes.

