

LA CASA DE COMERCIO. ELEMENTOS PARA SU VALORACIÓN

Conferencia pronunciada en la Academia el día 16 de enero por
Ilmo. Sr. D. R. GAY DE MONTELLÁ

Ilustrísimo Señor Presidente:

Señores:

La Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras de Barcelona, en el Curso de Conferencias del invierno 1957-1958, ha querido confiarme una de ellas. A esta deferencia corresponde el que os habla, disertando por breves momentos, sobre el nuevo aspecto económico que ofrece la actividad humana, a través de sus creaciones que caracterizan el mundo del comercio, de la industria y del transporte.

El *derecho industrial* nace a la vida del derecho como disciplina nueva que agrupa una cantidad enorme de aspectos de la vida económica fundada en la noción de empresa y de negocio. Hasta hace poco, lo que se había dado en llamar "derecho industrial" (*industrial law*) era simplemente la legislación concerniente al trabajo, por un lado, y, por otro, la legislación relativa a patentes, marcas y nombres comerciales. El *derecho industrial* tal como se concibe en la nueva climatología del derecho, es algo más. Los complejos problemas de los factores de la producción, de la organización industrial y comercial y de la producción, han creado todo un sistema teórico que comprende una diversidad de matices, que han desarrollado altas mentalidades de la ciencia alemana, inglesa, francesa e italiana (1) en torno al concepto de la *casa comercial*, la *hacienda*,

(1) En Alemania han tratado de este concepto unitario Hassenplug, en "*Eine unter Firma betriebene Handlung als Rechtssubjekt nischalicht aller aus Handlungsschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auszuschen*", en *Elver's Themis* (1927) págs. 59 y sigts.; A. Mommsen *Die Aftung der Firmenuberneb-*

el *aviamento*, el *good will*, y el *chamen*, expresiones todas significativas de algo superior a la materialidad de los elementos de juicio de la empresa, concebido a través de prismas cuyos reflejos coinciden en una apreciación conjuntiva.

En España son de citar las lecciones del Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona señor Polo Diez, y la discusión del tema "Criterio y métodos de valoración del fondo de comercio" en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, del cual fueron ponentes los tres académicos Polo Diez, Massó Escofet y el académico que os habla. De cuya discusión en la que intervinieron preclaros académicos, resultaron admitidas unas conclusiones que han de marcar la norma para tales valoraciones, en defecto de principios legales que por el momento tampoco aparecen fijadas ni precisadas en ninguna legislación moderna, quizás por la misma inutilidad de los conceptos jurídicos que usan los autores.

Pasemos pues, sin más, a esbozar esta interesante materia.

LA ORGANIZACIÓN DE LA HACIENDA O CASA COMERCIAL, COMO SUPUESTO FUNDAMENTAL DEL NUEVO DERECHO INDUSTRIAL

La hacienda o casa comercial, se suele confundir con la empresa. España le da el nombre clásico de "casa comercial", que equivale al antiguo nombre de tienda o *fondaco*, del árabe *fóndiga*. Los franceses

mers fur die Firmenschulden und die Bebandlung dieser Kontroverse seitens der Leipziger Oberhandelsgerichts, en *Archiv fur Theorie und Praxis des allgemeinen deutsche Handels und Wechselrechts* du Busch XXXII (Neue Folge VII, B.d.).

En Estados Unidos, los profesores de la Universidad de Tulane Leonard Oppenheim, y Parcos P. Morphos del Departamento francés de la Tulane University en un trabajo de traducción de artículos y conferencias del profesor italiano Mario Potondi.

En Francia, Valéry *Maison de Commerce et fonds de Commerce*, en *Anuales de Droit Commercial*, I (1902) pág. 209 y sigts.

En Italia, los profesores Mario Potondi, en *Trattato de diritto della Industria* (Padua 1935) y *L'azienda come oggetto di negozi giuridici* (Padua 1931: Carrara *Appunti per una nuova impostazione del cometto d'azienda*, en *Achivio giuridico* LXLXII (1927) págs. 180 y sigts.

han llamado a la hacienda, "*fonds de commerce*" como concepto general que define la totalidad de las mercancías de un comerciante. Tizio vende su "fond de commerce", que equivale en francés a decir, Tizio vende sus mercancías por retirarse del negocio, exactamente como en español decimos, Pedro vende su negocio a Juan, que equivale a decir Pedro traspasa sus mercancías, marcas, clientela, etc. a Juan. Algunos llaman al negocio "establecimiento", otros "comercio", otros "industria", etc. Modernamente se ha venido usando, especialmente por lo que toca a las haciendas industriales, el calificativo de "empresa".

Todas estas acepciones, suponen una organización, y un conjunto de elementos materiales y de elementos inmateriales que unidos, forman la hacienda o casa comercial, sobre las que recaen las normas del nuevo derecho industrial, destinado a regular los problemas nacidos de los factores de la producción a los fines del ejercicio de una determinada actividad productora.

NOCIÓN JURÍDICA DE LA HACIENDA O CASA COMERCIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

Hemos dicho más arriba que el concepto de "hacienda", o casa comercial, gira en torno a la organización concreta de los factores de la producción, a los fines del ejercicio de una determinada actividad productora.

Examinemos con algún detenimiento este concepto que ha fijado con innegable precisión el profesor italiano señor Ascarelli.

La hacienda o casa comercial es ante todo, *organización*. Sin organización los elementos que concurren a la productividad se disgregan y se pulverizan. Por esto en el mundo comercial, el tipo comparativo, es siempre la *organización* de la casa o de la hacienda comercial. Lo que se llama propiamente "organización comercial", es el conocimiento exacto de cuanto la dirección de un negocio puede exigir del elemento trabajador, como adecuado rendimiento activo por unidad de producción y de los procedimientos técnicos para conseguir con el menor gasto de tiempo y de capital, la producción y por tanto el beneficio esperado.

La *organización comercial*, comprende estas tres normas:

- a) la de la energía personal.
- b) la de los materiales.

c) la del tiempo.

Con la unión de estas tres normas, se consigue en el mundo de la producción, evitar las pérdidas o el *gaspillage*, y obtener aumento en la producción y un mayor rendimiento en la utilización de la mano de obra y de la máquina. Los americanos han empleado para designar este resultado, valorizable, la expresión "efficiency work", que nosotros traduciríamos por "eficacia de rendimiento". Esta organización, como elemento fundamental de la hacienda o de la casa comercial, se suele someter a los siguientes criterios estimativos:

a) la valoración a base de la estimación de los precios en el mercado, en los que se estima comparativamente, por orden cronológico, a considerar como un elemento de la estimación, la *organización*.

b) la valoración a base del costo de los bienes atendiendo igualmente al costo de implantación de una nueva planta comercial, técnica o laboral.

c) la valoración por capitalización del rédito a determinado interés, incluyendo en el valor capitalizable, los resultados comparativos de la *organización*.

d) la valoración a base de la utilidad que reporta la empresa, por consecuencia de una nueva organización, comparativamente con ejercicios no beneficiados por ella o con ejercicios anteriores ya beneficiados por el sistema.

El concepto fundamental de la *organización* como elemento impersonal, lo ha admitido nuestro Supremo Tribunal, especialmente en la sentencia de 23 de mayo de 1946 (repetido en las posteriores de 2 julio y 27 septiembre de 1949) que estima como elementos integrantes de la "empresa", el *trabajo*, el *capital* y la *organización de ambos*, a los fines de la producción económica.

En torno a este concepto de *organización*, gira la variada multiplicidad de los elementos que pueden constituir la *hacienda* o sea los elementos inmateriales (como son las patentes, marcas y modelos); los elementos muebles (dinero, máquinas, instrumentos de producción, mercancías, primeras materias, etc.), y los elementos inmuebles (establecimientos, talleres, almacenes, tiendas, etc.), cuyo destino, conjunto de todos ellos, confiere el carácter de organismo económico unitario, a la hacienda o casa de comercio.

Vemos pues, cómo la hacienda o casa comercial, y los fines de la pro-

ducción, constituyen una trabazón económica, que da lugar a la existencia de un organismo apto a las finalidades de la producción.

Téngase en cuenta que para concebir una verdadera hacienda o casa comercial, no basta poseer los elementos materiales, como son en el comercio, las existencias, y en la industria, las máquinas. Estos elementos han de ser conjuntados con los elementos personales formados por los empleados y los trabajadores, en una forma proporcionada y técnica, para que rindan el efecto útil de la producción.

Lo saben desde un punto de vista empírico el comerciante y el industrial, que evitan el aumento y el número de empleados o de la mano de obra, si no es seguido de un proporcionado aumento de capital, y un margen de energías naturales susceptibles de utilización. O viceversa, se abstienen de nuevas inversiones de capitales hasta que lo exige la utilización de nuevas fuerzas naturales y la necesidad del empleo aumentado de mano de obra, todo dirigido a asegurar a la hacienda un regular y armónico desarrollo.

Esto significa que económicamente, la hacienda o casa comercial, se presenta en la práctica del comercio, como un concepto unitario, es decir, como una célula elemental en la producción de la riqueza, o sea, el éxito de esta célula unitaria, o la quiebra de la misma.

Incluso desde el punto de vista contable, no es posible no convenir para la hacienda o casa comercial, en un concepto rigurosamente unitario. Para tener desde el punto de vista contable una exacta visión y representación de la situación financiera de la hacienda, es preciso encuadrar toda la actividad y la pasividad estricta de su vida económica, dentro de un determinado período (generalmente el año) del ejercicio. Por consiguiente, del capítulo de gastos, deberán rigurosamente excluirse todos los de personal familiar y particular de los socios o titulares, así como de los ingresos, los que no provengan del ejercicio de la hacienda, como serían por ejemplo, las herencias, las loterías, los beneficios de juego o los procedentes de cualquier otras actividades ajenas al negocio.

De estas consideraciones, ligeramente apuntadas, se desprenden los dos grandes caracteres fisionómicos de la casa de comercio; el *elemento organizativo* y el *elemento unitario*; dos premisas que se conjugan para poder llegar al resultado práctico de *la valoración del negocio o casa comercial*.

LAS DOCTRINAS ALEMANA, FRANCESA E ITALIANA PARA FIJAR EL CONCEPTO UNITARIO DE LA HACIENDA O CASA COMERCIAL

Según una teoría alemana, la hacienda o casa comercial, constituye un ente por sí mismo, distinto en absoluto de su titular. O sea, una hacienda, negocio o casa comercial, sería un sujeto autónomo susceptible de derechos y de obligaciones, lo mismo que una persona física. Siguieron esta teoría, Hassenpflug, Gelpcke, y A. Momsen, hoy ya abandonada. Endemann (1) sostuvo que la hacienda no era el simple conjunto de medios de producción inertes que sólo podía concebir la teoría romanista, sino que a la fusión de los varios elementos daba nacimiento a un nuevo sujeto, con vida, caracteres, y finalidad propia, frente al cual, el mismo empresario, no representaría el propietario, si no — para decirlo con la incisiva frase del autor —, “el primer empleado” (*der erste Diener des Geschäfts*), siendo la misma hacienda, el verdadero sujeto del negocio en el cual convergerían todas las relaciones jurídicas nacidas del ejercicio de la actividad industrial. De cuyo concepto se derivan consecuencias jurídicas múltiples, que no son para examinar en este momento, entre las cuales, la de más importancia es que para los acreedores de una hacienda privada, sólo el patrimonio de ésta respondería exclusivamente de los débitos de la empresa, mientras que solamente los acreedores personales del titular, son los que pueden perseguir el pago a través del patrimonio personal del mismo. “Firma”, nacionalidad, domicilio, competencia judicial, todo gira según esta teoría, en torno de la *persona hacienda*.

Las mentes latinas no han complicado tanto el problema del concepto económico y jurídico de la casa comercial. El profesor Valery, en Francia, fué el primero que supo establecer la distinción entre la llamada *maison de commerce*, y el característico *fonds de commerce*, entendiendo por la primera, el conjunto de personas que dedican sus esfuerzos y sus actividades al funcionamiento de la hacienda (2), y por el segundo, el conjunto de bienes o elementos materiales o inmateriales que constituyen la

(1) *Das Deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 4.^a ed., Heidelberg, 1875, § 15, pág. 58.

(2) *Maison de commerce et fonds de commerce*, en *Annales du droit commercial*, 1920, I, pág. 209.

hacienda o casa comercial (1). Al primero atribuye la personalidad jurídica; al segundo, el carácter de patrimonio destinado a una finalidad económica, o sea el carácter de un verdadero "patrimoine d'affectation", distinto por tanto del patrimonio privado del comerciante que es el titular de la llamada "maison de commerce".

Característica fundamental de la teoría francesa, es por tanto el desdoblamiento de la hacienda o casa comercial, en sujeto y objeto; sujeto, que incluso dirige los intereses de los acreedores que confían en las dotes personales del titular en un interés conservativo de sus capitales prestados. En otras palabras, dice Valery: "Il est a leur égard, comme un gérant, proposé a l'administration d'un patrimoine, avec les pouvoirs les plus étendus, investi, en outre, du droit corrélatif aux risques qu'il prend de conserver pour lui même, les benefices nets de cette administration, mais exposé aussi a être destitué de ses fonctions, pour une déclaration de faillite, s'il se montre incapable ou indigne de la mission qu'il a assumé." (2).

En Italia ha sido Ferrara (3) quien ha sostenido que la hacienda o casa comercial, entra en una categoría de ente multiforme o de pluralidad de las cosas que lo componen, sin que esta pluralidad conjuntada, pueda concebirse como una persona jurídica, diferenciada de la de su titular.

Al simple concepto de unitariedad, dice Ferrara, se junta el concepto de organización, que nos lleva a diferenciar los diferentes elementos componentes de la casa comercial, aptos para conseguir un determinado resultado. Como muchas de ellas llevan funcionando años y más años, con perfecta y duradera organización, viendo como pasan por sus gerencias y sus direcciones técnicas y administrativas, hombres y más hombres capacitados, a través de mutaciones producidas por la muerte, la incapacitación, la transferencia, la fusión, conservándose incólume el nombre comercial, la devoción de la clientela que mira a la bondad de sus productos y no a las personas de sus directores y técnicos. Estas organizaciones comerciales, dice Ferrara, no son categorías universales de hecho ni de derecho. Son tipos autónomos que crean en la vida comercial, una propia categoría que la sistemática moderna, califica de "relaciones materiales de

(1) *Ibid.*, pág. 212.

(2) *Ibid.*, pág. 222.

(3) *Trattato de diritto civile italiano*, vol. I, parte I, 1921, págs. 811 y sigts.

valor económico”, elementos que por otra parte, se presentan unidos en el desempeño de su función productiva, valorizando por encima de las rúblicas de los activos sociales, los capitales de las empresas.

EL AVIAMENTO

La teoría ferrarística, la encontramos calificada con la expresión “*Avviamento*”, curiosa palabra que algunos traducen por *lancement*, otros por *achalandage*, otros por *good-will*, sin que tenga un significado distinto del que quiso darle en el siglo xvi el Cardenal de Lucca, cuando al tratar en su obra “*Theatrum veritatis et justitiae*” (Venecia, 1716) de las expresiones “*Eredito*” y “*Debito*”, decía que se trataba de un “*Ius intelletuale quod vulgo aviamantum dicitur*”. Se ha rehuído por los autores dar del “aviamento” una definición, y se da por supuesto su contenido y a veces se da por demostrada su naturaleza jurídica. Pero una verdadera definición, por lo general, se omite (1).

El profesor Mario Rotondi, ha sido como hemos dicho, el campeón de este nuevo concepto jurídico, considerándolo como un elemento de primera fuerza para construir sobre él, un concepto legislativo industrial.

Examinemos someramente su teoría:

El “aviamento”, forma energética, ha dicho este profesor, no es una cosa, ni es tampoco algo intangible, si no algo que representa económicamente un valor. Es una cualidad del negocio, la fuerza potencial adscrita a la totalidad y a cada uno de los elementos materiales e inmateriales del negocio (aviamento objetivo o materializado) o a las cualidades de la persona titular, directora o técnica del mismo (aviamento subjetivo), que permite en el futuro, obtener beneficios económicos derivados de la potencia, y de los factores de la producción.

“Aviamento”, es lo mismo que fuerza unificadora de estos elementos, inseparables, unificada con los cuales el negocio opera dando una base económica y racional al concepto de la *universitas* del negocio (2).

(1) Quizás el más acertado, ha sido Zappa, quien en su Tratado de Contabilidad general, ha dicho que esta fuerza, es un capital constituido por todos aquellos factores que concurren a procurar que la restante porción del patrimonio de una empresa rinda frutos superiores a la medida normal “*La valutazione del bilancio*”.

(2) “Avviamento” is the unifying force or business, an inseparable force from the objective and even subjective elements (promotor) with which it operates. It is “avviamento” that gives unity to business, in giving a rational and economic

Es pues el “aviamento”, según Rotondi, un elemento de naturaleza intelectual, no cifrable en las rúbricas del activo de un balance, pero existente y apreciable, en el momento en que se trata de dar valor al patrimonio de un negocio, de una hacienda o de una casa comercial (1).

Precisa no obstante, no confundir esta concepción intelectual, con otros valores inmateriales, constitutivos de un derecho de propiedad. Tal sucede con la noción del derecho a una patente o marca, para poder disponer de ella, vendiéndola, o gravándola, sin llegar a ponerla en ejecución, pero gozando del amparo del Estado contra una falsificación o competencia desleal. O con la noción del derecho a una concesión administrativa, o a un monopolio o a un cupo de importación o de fabricación, revestidos del derecho de propiedad, diferenciado del derecho de poner en práctica cada uno de tales beneficios. Estos derechos de propiedad, se diferencian sustancialmente del “aviamento”.

Se nos preguntaría, después de estos tanteos para llegar a definir la fisonomía del aviamento como elemento del fondo comercial si pueden señalarse caracteres que lo definan externamente, llegado el momento de una valoración de la casa comercial.

Vamos a intentarlo por una división tripartita:

A) En un primer grupo hallamos los elementos de aviamento personal.

a) Figuran en él, las condiciones técnicas y de un rendimiento organizador personificadas en determinados elementos técnicos y directivos de una hacienda, cuyos servicios se califican a través de la utilidad prestada a la explotación.

b) Servicios y rendimientos personales de equipos de trabajo especializados.

c) Servicios y rendimientos personales especializados en los transportes, y difusión de productos en el mercado.

bases to the conception of business as *universitas* “For the creation of a system of industrial law”. Artículo del Profesor Leonard Oppenheim de la Tulane School of Law. “*Tulane Law Review*”, junio 1956, pág. 544.

(1) M. Rotondi, *Studi sull'aviamento* en Riv. dir. comm. I (1928), I, 1929; *La notion juridique de l'achalandage*. Annales de droit commercial, 1930; *Considerazioni in tema di aviamento e dei criteri di valutazioni di esso ai fini del risarcimento del danno*, Riv., dir. priv. II, 1939; *El aviamento en la teoría general del fondo de comercio*. La Ley Set. 1948; *Les projets et discussions relatifs a la protection de la pretendue propriété commerciale*. Trabajos de la Asociación Henry Capitant, VI, 1952.

d) Servicios personales propagandísticos y anunciadores.

B) En un segundo grupo hallamos los valores de potencialidad productora no materializados.

a) El disfrute de la fama, seriedad, cumplimiento de obligaciones, crédito en general, y facilitación de crédito bancario.

b) La clientela en las tres categorías que señala Ramarony en su obra "La propriété immobilière et la supposé propriété commerciale" o sea clientela de bondad de producto y habilidad profesional, clientela de facilidades de servicio o aprovisionamiento, sin vínculo con el local de negocio y clientela nacida de la situación de la tienda, taller, fábrica o instalación, con independencia del empresario o titular.

c) La situación geográfica o urbanística de los elementos inmobiliarios donde está instalado el fondo de comercio o la casa comercial.

d) La expectativa de una mejora en la situación de la casa comercial, facilitando la distribución y el transporte.

e) La prohibición de la venta de los productos, a terceros en determinado radio o por durante cierto espacio de tiempo.

f) La paralización de la industria en explotaciones similares.

g) El disfrute de exclusivas, cupos y monopolios.

C) En un tercer grupo figurarían elementos de aviamiento de carácter material e inmaterial.

La explotación por venta, traspaso, transferencia o aportación de la propiedad inmaterial de marcas, patentes y nombres, o la de concesiones o monopolios, y

La puesta en práctica de la explotación de estos elementos por materialización de tales derechos.

Por tanto, en las diversas especies de "aviamiento", según se trate de aviamiento personal, o de aviamiento inmaterial pero dotado de la suficiente energía productiva que contribuye a la explotación y al beneficio, jugarán con infinita gama de matices, todos estos elementos, conjuntos, aislados, separados, o apreciados coetáneamente.

VENTA DE LA HACIENDA O CASA COMERCIAL

Se ha dicho que el *aviamiento* subjetivo, se caracteriza por su intransmisibilidad. Pero esto no es del todo cierto. Existen posibilidades y medios jurídicos aptos para beneficiar en todo o en parte, al comprador

del negocio al nuevo titular de la casa de comercio, con esta parte del aviamiento. Pongamos un ejemplo: La obligación del vendedor de traspasar el negocio, la hacienda o la casa comercial con determinados técnicos al servicio de la empresa, o aun la obligación del mismo vendedor de continuar por determinado tiempo, prestando los servicios de administración interna, expansión comercial, o técnica de taller o de laboratorio, o bien la inclusión en el pacto de venta, de conservar a la empresa vendida, el local de negocio, la situación urbana, etc.

Entre los modos por los cuales el cedente puede facilitar la reconstrucción de un aviamiento personal respecto del nuevo titular, podemos citar:

a) El abstenerse de la competencia desleal.

b) El esfuerzo para hacer confluír en la hacienda o casa comercial cedida, toda la vieja clientela del cedente, bien por medio de circulares o por presentación personal hecha por el cedente a la clientela de los nuevos directores o representantes de la hacienda o casa comercial cedida.

c) El comportamiento pasivo, por el cual aparte de obligarse a no dificultar el ejercicio comercial de la hacienda cedida, facilite indirectamente el cedente el ejercicio de nuevo titular (1).

Es de tener presente, que es opinión general que nada puede dificultar la libertad comercial, más que la voluntad de las partes, y por ello hemos de concluir, que en defecto de pacto expreso, en la venta de una hacienda, no puede entenderse nunca que el contrato contenga un pacto de prohibición de competencia. En cambio, cuando exista tal pacto, será preciso que el cesionario o comprador de la hacienda, vigile cuidadosamente que este pacto no sufra violación bajo la capa de prestanombres. Cuando la prohibición se refiera al ejercicio de determinada industria o comercio "o a otras similares", el principio informador de la prohibición deberá ser el de admitir la posibilidad de competencia aun cuando la industria no sea igual, y sólo simplemente afín o parecida en su actividad o presentación del producto, haciendo posible una competencia desleal, que es lo que con buena fe quiso evitar el pacto.

Problemas al tratar de este punto se presentan en abundancia. Los principales son los siguientes: Uno sobre la prohibición de actuar comercialmente en competencia por parte del vendedor o transmitente, si no

(1) Para la libertad de ejercitar el mismo comercio o igual industria.

se ha pactado la prohibición. Es ésta sometida a los principios de la evicción en caso de venta sobre el concepto de perjuicios indemnizables. ¿Juega automáticamente la prohibición de competencia desleal? ¿En qué grado? ¿Por igualdad de producción? ¿Por semejanza de productos?

Y este otro problema, ¿alcanzan los efectos prohibitorios de la competencia desleal, en el caso de ser vendedora una sociedad colectiva, a los socios de ésta, en el caso de disolverse después de efectuada la venta? ¿Les imposibilita a estos socios, la producción igual o similar, el hecho de haber firmado socialmente la prohibición? ¿Quedan obligados después de la disolución, con sus fortunas personales?

Otras batallonas cuestiones surgen en torno a los efectos de los traspasos de los créditos y de los débitos de las casas comerciales vendidas o traspasadas. Los sistemas que regulan este escabroso problema son muchos, diferenciándose éstos entre las legislaciones de diferentes naciones, girando por lo regular sobre las garantías dadas a los acreedores por medio de la publicidad de los créditos pendientes en los Registros de Comercio como ocurre en Alemania, de la oposición al pago del precio como sucede en Francia a tenor de sus leyes de 1909 y de 1935 con los derechos de petición del pago del precio dentro de los 15 días a partir de la venta y del retracto con venta judicial de lo ya vendido, con mejoramiento del precio, o como ocurre en Italia según el art. 2.559 de su nuevo Código civil, que sustituye la publicidad legal de la inscripción del crédito por la necesaria íntima personal a los acreedores de créditos cedidos, y en cuanto a las deudas por la responsabilidad automática del comprador o cesionario de la casa comercial, si las deudas resultan de los libros de contabilidad obligatorios.

EL USUFRUCTO DE LA CASA COMERCIAL

Del principio establecido de ser la hacienda o casa comercial una unidad económica, se desprende la posibilidad de que la casa comercial sea susceptible de una relación jurídica de usufructo, aun cuando al hacer suya la opinión del francés Mercadè (1) los autores alemanes como

(1) *Explication theorique et pratique du Code civil*, 1872-74, vol. II, pág. 467.

Staub (1) y Kholer (2) resolvían el derecho del usufructuario en un verdadero usufructo o en cuasi usufructo, según fuese posible la conservación y restitución de los elementos de la hacienda al concedente, o sólo fuese posible un simple derecho de disposición o de uso, de los elementos de aquélla. Kholer aún añade que se trataría de distinguir en la casa comercial, uno u otro derecho, según que los elementos que son susceptibles de mutación o de sustitución, tuviesen una individualidad bien definida y estabilizada.

Evidentemente del punto de vista económico y jurídico, diverso es el usufructo de los elementos aislados que componen la hacienda o casa de comercio, del usufructo de la hacienda o casa de comercio en su conjunto.

Obligación del propietario de la hacienda, es la de no perjudicar en modo alguno los derechos del usufructuario, lo cual vale para cuanto se refiere no sólo a la materialidad de los elementos físicos de la casa, si no también en relación al aviamiento, sin que respecto a éste, pueda exigirse al propietario una prohibición de competencia, por la razón que el origen del usufructo, generalmente proviene de una institución hereditaria, y no de un pacto contractual, ya que si éste fuera el origen, cambiaría la razón en que se funda la libertad del propietario.

En lo que se refiere a los deberes del usufructuario de la hacienda o casa comercial, éste entrado en el goce del usufructo deberá formalizar el correspondiente inventario, a menos que sea exonerado de formalizarlo según el establecimiento del usufructo y administrarlo, como si se tratara de bienes propios, absteniéndose de actos que puedan perjudicar la hacienda, su integridad, el buen nombre, la fama, etc. y en particular los elementos constitutivos del aviamiento. En este punto, cuestiones y problemas abundan sobre todo en caso de temporalidad de usufructo y en caso de obligatoriedad de prestación de caución, modo y forma de prestar las garantías exigidas.

De mayor envergadura son los problemas que se presentan en el momento de la restitución del negocio o casa comercial y de sus elementos, cuando la consumación o enajenación no sean exigidas por el funcionamiento de la misma hacienda, especialmente en relación a las cosas de las

(1) *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 12 y 13 ed. 1926-27 y 22.

(2) *Jhering's Jarbucher für die Dogmatik*, XXIV, págs. 230 y sig. y con el Wieland, "*Handelsrecht*", I, 123 pág. 257.

cuales se pueda usar sin consumirlas, que el usufructuario ha de devolver al propietario, aun cuando estén sujetas a amortización, y siempre sin deterioro que no provenga de su uso o utilización. Desde luego hablamos siempre de entrega de la cosa usufructuada, sin eventual aumento en el valor del aviamiento, ya sea de carácter subjetivo u objetivo.

DE LA HIPOTECA DE LA CASA COMERCIAL

De todos los negocios jurídicos de los cuales la hacienda o casa comercial puede ser objeto de garantía real, la prenda o la hipoteca, es sin duda el que presenta más problemas y mayores dificultades. Llenaríamos páginas enteras de citas de obras que en las bibliografías extranjeras han llenado de comentarios las leyes sobre todo francesas que han regulado el llamado *nantissement des fonds de commerce*, especialmente después de la Ley del 1.º de marzo de 1898 reformada por la de 17 de marzo de 1909.

En España tenemos la ley reciente de 16 diciembre de 1954, que ha regulado la hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil, no sobre el negocio o casa comercial, como conjunto unitario o una unidad económica contenedora de la fuerza energética de la producción, llamada "aviamiento".

Aún diremos más. Ciñe a tan estrechos límites el ámbito de la hipoteca, que incluso declara que no son susceptibles de gravamen hipotecario los dos elementos inmateriales que pueden concurrir en la casa de comercio, susceptibles de valoración, como son, la organización y la clientela. La ley descansa sobre soportes físicos, tangibles y materiales, o sea solamente sobre una parte de la unidad orgánica del negocio comercial o casa de comercio. Así lo proclama en el preámbulo de la Ley, el legislador:

"De los preceptos que regulan la extensión de la hipoteca se deduce que quedan excluidos de ella, los elementos inmateriales de establecimiento: así ocurre con la organización y la clientela, elementos de muy difícil o imposible sujeción a las normas de una hipoteca."

Ferrara excluye la posibilidad de una hipoteca propiamente del negocio, pero admite que puede existir "una hipoteca de la hacienda, en un sentido económico correspondiente a lo que ya hemos visto para el arrendamiento o el usufructo": o sea, la transformación del acreedor en administrador de la hacienda, al objeto de hacer suyos los beneficios del ejer-

cicio, en garantía y en reintegración de su crédito (una especie de anticresis mobiliaria) (1). Pero no solamente serán contados los casos que una operación hipotecaria mobiliaria admita como administrador al acreedor, si no que en nuestra ordenación jurídica no es posible, por cuanto la anticresis tiene sólo existencia en el caso de hipoteca de inmueble (artículos 1.881 a 1.886 Cód. civil).

Son desde luego, estas cuestiones sobre el carácter mobiliario o inmobiliario de la hacienda o casa comercial, de tema tan amplio y variado, que no encuadran en los límites precisos de esta conferencia, y por sí solos darían lugar a un curso de derecho industrial.

LA VALORACIÓN DE LA CASA COMERCIAL, EN LOS SUPUESTOS DE HERENCIA, APORTACIÓN, FUSIÓN DE SOCIEDADES, QUIEBRA, VENTA, HIPOTECA. PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS

En un sistemático estudio de la materia valorizable de un negocio, hacienda o casa comercial, los elementos inmateriales, son el meollo que hace difícil la valoración. El reconocimiento de los diversos actos jurídicos que suponen o tienen por objeto los negocios, parecen a menudo incompatibles con algunos de los elementos que los distinguen. Es suficiente considerar lo que ocurre por ejemplo con el elemento arrendamiento de local de negocio, que puede ser provisorio o temporal o perpetuo, con limitaciones de ocupación total o parcial, sometido a subarriendo, o bien a usufructo, o gravado con prenda, etc., en relación con otras obligaciones como las derivadas de la guarda o vigilancia, del almacenamiento,

(1) Gardó en "Idea", núm. 140, pág. 11, ha dicho: "La valoración de la *casa comercial*, depende en buena parte de una apreciación producida en la venta del negocio, por lo que las leyes no pueden dar legalidad a un valor que dependerá de la convención de comprador y vendedor y en el momento de la operación, sin que esta valoración pueda tener un apoyo firme. Al contrario, la legislación procura evitar todo lo que sean valores de apreciación, para no desfigurar la verdadera situación de la Sociedad. La técnica contable generalmente, reconoce que solamente puede tener plasmación en el patrimonio comercial, aquellas partidas que respondan a una presencia física — una máquina o un mueble — que concedan un derecho — las patentes de fabricación — o bien que hayan sido satisfechas para un fin determinado — los gastos de constitución o el valor de un traspaso — pero no aquellos conceptos que sean valoraciones producidas por la propia empresa, como sucede con la *casa comercial*".

del depósito de mercancías o materiales inflamables y combustibles amparadas o no por seguros de toda clase, etc.

La misma inconsutilidad de los elementos que concurren a formar los conceptos jurídicos de que se nutre la casa comercial, dificultan que las legislaciones, puedan entrar a regular con bases precisas, la materia de la valoración de los elementos de la casa comercial y de su aviamiento (1). Dificultades que se hacen patentes en los momentos en que se trata de abordar cuestiones tan debatidas como son las del destino de las deudas y de los créditos que forman la parte vital del negocio en los casos de transformación, fusión o modificación de una hacienda.

Es esta cuestión huérfana de normas en todos los sistemas legislativos y aun cuando se ha acudido al sistema de la diferenciación de tales elementos, según hayan nacido durante el funcionamiento del negocio, sometiendo la solución de carácter económico a una discriminación cronológica, la mayoría de las veces es la transacción o el arbitraje, los únicos modos de saber a qué titular pertenecen aquellos elementos, cómo y cuándo y de qué modo o por medio de qué sistemas hay que estimarlos, compensarlos con otros que forman parte del aviamiento, o aun declararlos fenecidos o extinguidos.

Y nada añadiremos a los problemas que surgen en las valoraciones de las casas comerciales o industriales, cuando se atraviesan contratos de compras a plazos, compras a *filière*, compras de cosechas en el campo, de mercancías en viaje, de explotación de minas, de materias transformables, de conjuntos hereditarios, secuestros, embargos, etc., o en casos de negocios que suponen privilegios, goce de cupos, o sometidos a limitaciones del libre comercio impuestas por organizaciones sindicales o por disposiciones del Estado. Flotan en estos casos situaciones indefinibles y apreciaciones personales de los interesados o de quienes valoran los elementos de la casa comercial que hacen muy dificultosa la valoración.

Voy a terminar. En el vasto campo del derecho industrial, en el curso de los últimos años, el interés de los estudiosos se ha extendido enormemente para conocer a fondo estos problemas en los que la ciencia

(1) Concluye Gardó afirmando que la casa comercial, es un valor que tiene la empresa, que no figura en sus balances, y que aparece solamente cuando se fusiona, transforma o vende o cuando cambia uno de sus capitalistas. Su valor puede determinarse por la diferencia en el rendimiento, si bien — dice — hay otros factores que pueden influir sobre el mismo.

jurídica va del brazo de la ciencia económica. El tema preferido por ser el más vital, es el de la hacienda, el de la casa comercial y el de los elementos del aviamiento que concurren en su organización, ya que detrás de ellos está la sobrevaloración oculta, es decir, el premio debido a los desvelos de la energía de un comerciante o de un industrial. De Italia, de Francia y Alemania, el interés por estos estudios, ha saltado a las Universidades Norteamericanas. No hay ningún número de las Revistas que se editan en ellas, que no inserten curiosos estudios sobre esta fuerza de energía que contiene la hacienda o la casa comercial.

Yo he de desear a la Academia de Ciencias Económicas y Financieras, que sea en España el portaestandarte de este poderoso movimiento científico, ya que en su seno cuenta con elementos preparadísimos para hacerlo.