

BIBLIOGRAFÍA

LA HACIENDA COMERCIAL

La Revista de cultura y vida universitaria *Universidad* ha tenido el acierto de publicar un estimable trabajo titulado «La hacienda comercial», debido al malogrado abogado D. Faustino Giménez Arnau, brillantísimo estudiante de la Universidad de Zaragoza y ex pensionado de la de Bolonia.

Observa certeramente el autor en la introducción la importancia del Real decreto de 15 de Julio de 1924, que abrió una información escrita, con el fin de que se propusieran las reformas necesarias sobre los problemas contenidos en un cuestionario que se acompañaba a la disposición legal, relativos a la existencia y ordenamiento jurídico de la casa comercial.

Provocó el decreto indicado discusiones y controversias, no por el tema en sí, sino porque en él se contenía un apartado, que planteaba el problema de la llamada *propiedad mercantil*, que por sí solo explica fácilmente el éxito alcanzado por dicha disposición.

Circunscritos voluntariamente en España a la propiedad mercantil los problemas relacionados con la hacienda comercial, procedía un resumen preliminar de aquélla, entendida como el derecho que tiene el comerciante, una vez terminado el arrendamiento, a recibir del propietario del inmueble una indemnización por la plusvalía adquirida por el establecimiento, debida al arrendatario saliente. Pero, si atentamente se examina la cuestión, pronto se ve que no hay posibilidad para justificar el reconocimiento jurídico y la protección legal a la mal llamada propiedad comercial: 1.º por los inconvenientes económico-sociales de la prolongación mecánica de un contrato de arrendamiento; 2.º, por los perjuicios

que originan los obstáculos a la circulación de la riqueza, y 3.º, por la imprecisión habida para fijar los daños del arrendatario saliente.

La base de la propiedad comercial no puede encontrarse—afirma el autor—ni en la teoría del enriquecimiento ilícito ni en la doctrina del abuso del derecho, y no es posible tampoco hablar de una particular accesión al inmueble del arrendatario. Además, al admitir esta nueva figura jurídica, tendríase, como consecuencia, un derecho de rescate, atribuido al comerciante, que se asemeja a la expropiación, admitida, en general, sólo por causa de utilidad pública y un *jus praelationis* en caso de venta, que presenta el peligro de una transmutación en el derecho de retracto y crea la consiguiente inseguridad en la contratación, que el legislador debe asegurar.

Por todo ello fracasaron los proyectos legislativos encaminados a su reconocimiento, aun en Francia, donde la ley de 1926 fué más bien una maniobra electoral.

Se estudian en la parte primera del trabajo el concepto y los elementos de la Hacienda, de cuyos tres aspectos, empírico, económico y jurídico, sólo interesan los dos últimos, por lo que la sistemática seguida es: a) Aspecto económico; b) Aspecto jurídico.

Desde el primer punto de vista, la Hacienda es, para unos, actividad económica; para otros, una simple unión de capital y trabajo: pero, sin embargo, su contenido es mayor. Es un organismo formado por la dependencia mutua de sus elementos y su subordinación al fin común.

Téngase en cuenta que el elemento económico, conceptualmente necesario, se halla en toda hacienda comercial y no puede ser silenciado. La simple consideración de una hacienda nos muestra la existencia de bienes económicos (*Wirtschaftsgutern*) y de trabajos (*Arbeitskräfte*), dispuestos por una persona para la consecución de un fin. Es un complejo que produce y hace circular la riqueza. La actividad y el trabajo son la piedra angular de una hacienda comercial.

Los juristas han acentuado la organización ideal de la hacienda sin determinar que en la que llaman *immaterialgut* está contenido el objeto del derecho sobre ella; quizá se hayan equivo-

cado al haber imaginado este bien inmaterial, la actividad, como elemento de la Hacienda, y no como cualidad, modo de ser de la misma, porque se olvidaban que la actividad no puede existir por sí, ni puede ser objeto, aisladamente, de relaciones jurídicas.

Es necesario convenir, por tanto, en la unidad de la hacienda, ya que todos los bienes y fuerzas que la integran tienden a un fin. Ahora bien; la agregación efectiva, el complejo de factores que integran aquélla forman una unidad tan sólo cuando están dedicados a la consecución de un fin dado. Entre los elementos económicos de la hacienda se distinguen tres categorías: *a*), personales; *b*), reales; *c*), meras relaciones de hecho.

Su concepto económico no es otra cosa que un complejo de bienes (cosas, derechos, meras relaciones de hecho), dispuestos por el propietario de la hacienda (titular), que con sus desenvolvimientos (organismos), merced a la intervención del personal auxiliar y a la unidad de fin (unidad teleológica), forma un todo orgánico con autonomía económica, susceptible como tal de especial valoración económica.

El problema esencial del derecho mercantil en esta materia consiste en posibilitar que el grupo anterior y el de los medios de producción de trabajo y de bienes quede sometido a las normas legales. Todo el resto del estudio que analizamos se endereza precisamente a estudiar la forma de someter al dominio del derecho el organismo hacienda comercial.

b) La Hacienda desde el punto de vista jurídico.

A partir de la mitad del siglo XIX constituye uno de los temas más apasionantes que plantea el Derecho mercantil. Se inicia su estudio en Alemania; pero es Italia la nación que a él más ha contribuido, merced a un trabajo incesante, mientras que Francia y España dedican atención al problema tan sólo en la última época.

Faltan normas legales que reconozcan la organicidad de aquélla y su unidad; pero si la ley calla, la doctrina y la jurisprudencia, en cambio, llenan la gran laguna existente al afirmar que la hacienda comercial puede ser objeto de negocios jurídicos. Así se dió ya el primer paso para llegar a la fusión de lo económico con lo jurídico, sin lo que siempre habría de encontrarse la incertidumbre existente hasta el día.

Por otra parte, el tecnicismo en este tema es bastante oscuro e impreciso: a ello contribuye la complejidad del concepto de hacienda-comercial y el que se ha descuidado el estudio del concepto económico de la misma, sin cuya previa determinación no se puede aclarar su naturaleza jurídica. En Italia, como queda dicho, se ha precisado de manera más acabada el tecnicismo en orden a la materia, empleándose los términos: *azienda commerciale*, *impresa*, *avviamento* (el más gráfico) y *clientela*.

En España se habla de casa, fondo o hacienda comercial, y una Comisión ministerial empleó la frase de acervo comercial.

La palabra *avviamento* es de difícil traducción al español. Quizá su equivalencia más exacta sea: valor de organización, potencialidad vital. Ultimamente se ha introducido en Italia una nueva expresión, *accorsatura*; pero sigue reconociéndose como más expresiva y gráfica la ya citada de *avviamento*. En Francia, el vocabulario empleado es el de *fonds de commerce*, *entreprise*, *achalandage* y *clientele*. Pero tanto los escritores franceses como los italianos estuvieron poco afortunados al definir el significado preciso de tales palabras.

En Alemania es donde encontramos mayor incertidumbre: *Unternehmen*, *Unternehmung* y *Handelsgeschäft* son términos para asignar lo que los italianos llaman hacienda comercial.

La investigación acerca del tema estudiado no vió que, una vez fijado un concepto económico, real, había que agregar que en la esfera del derecho la hacienda debe permanecer como unidad económica, a la que ha de subordinarse la ordenación jurídica.

La multiplicidad de los aspectos que en la práctica nos ofrece la hacienda comercial sirve para explicar la variedad de teorías que intentan investigar su naturaleza. Sintéticamente trataremos de exponer las principales:

1.^a *Teoría de la personalidad moral*.—Es la defendida por Endeman y la más fácilmente impugnada. Según este autor, a la autonomía económica de la hacienda comercial debe corresponder una autonomía jurídica, tanto más cuanto que la hacienda domina al comerciante, quien no es, con respecto a ella, sino el primer servidor (*Diener des Geschäfts*), su representante. La hacienda tiene un domicilio propio, un patrimonio con energía y órganos propios; la transmisión de aquélla cambia el gerente, el principal,

pero la hacienda subsiste; cedido el negocio, con él pasan las deudas, que deben ser pagadas con el patrimonio hacendal, en proporción correspondiente a su actividad, con el objeto de que existan tantas clases de deudas como patrimonios se posean.

La imposibilidad de aceptar la tesis expuesta se deduce del hecho de que todas las legislaciones aceptan el principio según el cual los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores (artículo 1.949 del Código civil italiano y 1.911 del español). Por otra parte, adolece la tesis citada del grave defecto de pretender que la hacienda, al mismo tiempo, sea sujeto y objeto del derecho. Lo que explica que casi la totalidad de los estudiosos del Derecho mercantil rechacen la teoría de Endeman, y que algunos, como Vivante y Strafa, la califiquen de verdadera herejía jurídica, y sea posible afirmar, no obstante, el haber pretendido revivirla algunos autores alemanes (Nussbaum y Rotthoff, entre ellos) que la teoría de la personalidad moral, aplicada a la hacienda comercial, jamás será reconocida por la ley, que es la única que puede ofrecernos la existencia de una personalidad jurídica, merced a normas especiales.

2.ª *La hacienda personal comercial.*—Entre las teorías que elevan la hacienda comercial a la categoría de sujeto de derecho se encuentran las que la consideran patrimonio especial, patrimonio-fin. Sostienen algunos que es una verdadera persona comercial, y por la simple consideración del nombre se comprende ya que entre esta posición y la anterior existen grandes semejanzas.

Von Völderndorff afirma que en el comerciante se encuentran dos personalidades: una civil y otra comercial. El fundamento de esta última se halla en la hacienda comercial. Por ello, el comerciante puede despojarse de su personalidad comercial y transmitirla a otro, siempre que éste adquiera la hacienda y la firma comercial. El cesionario será considerado como sucesor a título universal del cedente en todo lo que se relacione con la hacienda, y el cedente responderá sólo subsidiariamente de las deudas de aquéllas.

En el fondo, la diferencia entre las dos teorías expuestas se encuentra en que la primera propugna la plena autonomía jurídica de la hacienda, y la segunda admite una ingerencia en el patrimonio del titular en los casos de responsabilidad subsidiaria.

Tras lo afirmado acerca de la personalidad moral de la hacienda, fácil resulta refutar una teoría que hace acrobatismos con sutilezas de lenguaje jurídico, y que, enfrentada con aquélla, si opuesta en sus premisas, coincide en los resultados.

3.^a *La hacienda como patrimonio jurídico especializado*.—Se halla formado este tercer grupo por las teorías de cuatro brillantes mercantilistas, diversas en algunos puntos, pero coincidentes en las conclusiones.

a) La llamada del *Zweckvermögen*, formulada por Bekker, sostiene que, jurídicamente, el complejo de bienes que forman una hacienda están unidos, más que por voluntad de sus propietarios, por la finalidad a que se aplican, y de este común destino se ha querido deducir la necesidad de asegurar a la hacienda una vida jurídica independiente. Pronto se advirtió que esta tesis no era más que un disfraz de las ideas de Endeman.

b) Saleilles habla de un patrimonio *d'affectation*. Esta teoría no difiere mucho de la anterior: se trata de un conjunto de bienes que forma como un patrimonio diferente, que pertenece menos a aquel que lo posee que al fin al cual ha sido destinado. La posición de Saleilles no logró tampoco gran éxito.

c) Otra teoría es la debida al gran jurista francés Valéry, que anticipó la naturaleza fundamental del valor de organización de una hacienda.

Valéry distingue la casa de comercio del *fonds de commerce*: la primera formada por las personas, la segunda, por las cosas: ambas constituyen la hacienda comercial, cuyo fin es el lucro. Al exponer su teoría recuerda la tesis de Momsen y cree que *Taberna sine tabernario esse non potest*, y concluye afirmando que si el titular es el propietario de la hacienda, también forma parte de ella. Por ello, dice «que el comerciante sea a la vista de sus acreedores como un gerente al que se confía la administración de un patrimonio con los más amplios poderes».

El patrimonio especial, que pertenece a la casa de comercio, lo constituye el *fonds*: en aquélla, la cualidad fundamental será la clientela, mientras que en éste, lo es el valor de organización. Cree este autor que la hacienda tiene una individualidad propia dentro del patrimonio total del comerciante, y termina por

reconocer de nuevo la individualidad jurídica y la perfecta autonomía de la hacienda comercial.

d) Según Cossack, la hacienda es un negocio íntegro, considerado como un todo indiviso en el patrimonio total del comerciante, individualizado también en su actuación. Es un bien especial (*Sondergut*), aunque reconoce que la realidad legislativa abandona algunas veces esta concepción, y así la quiebra niega la especialidad pretendida.

Las causas motivadoras de la equivocación de juristas tan insignes se hallan en la interpretación convencional de los pasajes del Derecho romano aducidos, y en la comprobación de que la hacienda, como todo, es perfectamente identificable con la totalidad del patrimonio.

4.^a *La hacienda como «universitas juris vel facti»*.—La posibilidad de apreciar en la hacienda como complejo de cosas una u otra *universitas*, es la pregunta que se formularon la mayoría de los escritores, sin que en verdad hayan llegado a contestarla de un modo concluyente.

Ligeramente analizaremos este grupo de teorías por su relativa importancia actual, ya que en Alemania los criterios más autorizados han abandonado la cuestión por estimarla insoluble. El concepto de universalidad aplicado a la hacienda sólo puede producir una deformación de ésta o del concepto mismo de *universitas*. Tres son las teorías que han intentado distinguir la universalidad de derecho y la de hecho. La primera reconoce que constituirá la universalidad de hecho las agregaciones de cosas incorpóreas: el rebaño, la pinacoteca, el medallero, y la universalidad de derecho se integrará por un complejo de derechos de relaciones jurídicas, como la herencia, la dote...

Para la segunda tesis, la universalidad jurídica es el conjunto de bienes, cosas corporales e incorpóreas (incluso derechos), que el propietario reúne para un especial destino económico y trata como un todo; y universalidad de derecho es el conjunto de relaciones jurídicas, a las que la ley atribuye una unidad jurídica para ciertos efectos.

Para otros, universalidad de hecho es el conjunto de cosas corporales muebles y homogéneas, formando unidad para un fin social y económico, y universalidad de derecho es el conjunto de

relaciones jurídicas, a las que se ha reconocido unidad de derecho.

La mayoría de los autores consideran, inclinándose por la segunda teoría, la hacienda universalidad de hecho, pero hay otros disidentes que rechazan la *universitas juris*, y creen, además, que la universalidad de hecho desmembra el contenido de la hacienda y la destruye económica y jurídicamente.

5.^a *La hacienda, según la tesis de Ferrara*.—Afirma Ferrara en sustancia que se trata de un tipo autónomo que forma una categoría propia y que en la actual sistemática debe agregarse al de las instituciones u organizaciones; que es el resultado de varios elementos que vienen asociados merced a la actividad de personas que producen el funcionamiento de la empresa. Y agrega que en las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa*, estas ordenaciones de cosas o de derechos van siempre juntas, si bien, ante la falta de textos legales, se llega al error de disgregar las cualidades esenciales de la hacienda, no obstante ser su posición la que mejor refleja la naturaleza económica de la misma.

Del examen de las anteriores teorías puede formularse—afirma Giménez Arnau—que, económicamente, la hacienda se presenta como un conjunto de bienes originariamente dispuestos por el propietario de la misma, el que, merced a la actividad de las personas que le ayudan y a la unidad de fin, logra formar, con su progresivo desenvolvimiento, un todo orgánico con autonomía y susceptible de valoración patrimonial.

Ahora bien, ¿debe la hacienda comercial ser considerada como un todo único dentro del total patrimonio del titular de la misma?

Si es única en el patrimonio del titular, aparecerá como unidad económica perfectamente identificable en el resto del patrimonio; pero si forma parte del patrimonio de un titular que posee varias, la unidad económica de este conjunto de bienes no explica su eficacia más que en el momento de contratar sobre ella. Así, la quiebra de una de estas unidades llevará consigo la quiebra de todas las demás haciendas.

Y, exponiendo sus propias ideas, reconoce el autor del trabajo frente al problema de la responsabilidad patrimonial, que siendo las deudas partes fundamentales de la unidad del organismo de la hacienda y del valor de organización, que es su prin-

cial consecuencia, en el silencio de los contratantes, debe tenerse en cuenta que, a ser posible, pasen las deudas al que tome consigo la hacienda comercial; pero como la cesión de deudas es imposible, ha de convenirse en que la cesión de una hacienda produce necesariamente, junto a la actual responsabilidad del cedente, la responsabilidad solidaria del adquirente de la misma, y que ante el silencio del contrato, los terceros podrán dirigirse contra el que la adquiere, a causa de la unidad del bloque de la hacienda patrimonial.

Tal presunción debe considerarse *juris et de jure* frente a terceros, y con relación al cedente y para proteger a la buena fe, se explicará mediante las relaciones existentes entre ellos. Los acreedores, salvo el caso de novación, deben reservarse el derecho de dirigirse contra el cedente, si por primera vez se dirigieron inútilmente, contra el adquirente.

Respecto a los elementos de la hacienda en el aspecto jurídico, hay que distinguir los personales y reales, y en los primeros, las personas y su actividad, de los derechos personales (nombre comercial del titular), los cuales están tan íntimamente ligados a una persona, mientras ésta desarrolla cierta actividad, que si pueden seguirla después de su muerte y subsistir, a pesar del cambio de la condición específica de su titular, desaparecen en cuanto pierde la genérica; así el nombre comercial puede seguir al comerciante que cede su hacienda, pero que se reserva su derecho al nombre y podrá emplearlo en otra clase de comercio, pero se extingue si el titular pierde su cualidad de comerciante.

Existen como elementos reales el local, las cosas (de toda especie jurídica) y los derechos impersonales, entre los que hay que destacar el derecho al local, por ser una de las notas connaturales de la hacienda la de estabilidad, centro de referencia comercial.

Finalmente, la unidad teleológica y especialmente la actividad de las personas (titular y auxiliares) sobre los elementos reales de la hacienda, producirán un verdadero organismo, que no es sólo un concepto ideal y abstracto, organización ideal, sino que, en realidad, es un verdadero organismo, organización material.

Dinámicamente considerada, la hacienda ofrece el problema del valor de su organización, que es la actividad misma de la hacienda comercial; es decir, el conjunto de factores que, relacionando el

activo con el pasivo, mediante múltiples relaciones, de hecho constituyen la vida misma del organismo de la hacienda, que, una vez creada, puede llegar a ser independiente de la persona de su creador, y en la que se encuentran como elementos connaturales la clientela y el crédito.

En resumen: una interesantísima aportación para el estudio del Derecho mercantil; un serio trabajo, admirablemente documentado, con valiosas y densas notas y con profusa bibliografía, que resuelve discutidísimos aspectos del tema estudiado, y un motivo más para que deploremos la prematura pérdida del profesor ayudante de la Universidad de Zaragoza.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.