

27
2Es.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

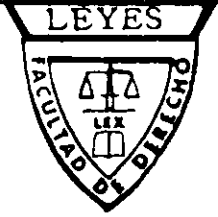
"EL AVIAMIENTO Y SU IMPLICACION EN EL
DERECHO POSITIVO MEXICANO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

HUMBERTO ALZAGA MORALES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



CIUDAD UNIVERSITARIA.

1998.

258476



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN ESCOLAR.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
P R E S E N T E.

El alumno **HUMBERTO ALZAGA MORALES**, realizó bajo la dirección de este Seminario y con la asesoría del Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna, el trabajo intitulado "**EL AVIAMIENTO Y SU IMPLICACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicho alumno, reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Atentamente

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Ciudad Universitaria, a 24 de noviembre
El Director del Seminario.



Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedraza
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p.- Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p.- Sr. Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna.
c.c.p.- El Alumno
SMH

Dedico ésta Tesis de Licenciatura a mi amada esposa Rosa Margarita León Vaca, quien ha sido fuente de inspiración para la culminación del presente trabajo. A mi adorada hija María Margarita Alzaga León quien ha llenado con su ternura y cariño momentos inolvidables.

A mis padres Enrique Alzaga Sánchez y Ana María Morales Jiménez quienes sin su apoyo y dirección no podría haber culminado esta etapa de mi vida.

A mi jefe y amigo Pedro R. Dupeyrón Vásquez le agradezco de antemano su paciencia y apoyo incondicional para la realización de ésta Tesis. Asi mismo quiero expresar mi más profundo agradecimiento al Dr. Victor Manuel Castrillón y Luna por sus apoyo y dirección en la elaboración de ésta Tesis de Licenciatura.

**“EL AVIAMIENTO Y SU IMPLICACION
EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO”**

I INTRODUCCION

CAPITULO I

NOCION JURIDICA Y UBICACION DEL AVIAMIENTO

I.1 MARCO CONCEPTUAL	1
I.2 ANTECEDENTES DEL AVIAMIENTO	
A).- EN EL DERECHO ROMANO	44
B).- EN EL DERECHO INTERMEDIO	49
I.3 IMPORTANCIA DEL AVIAMIENTO	
A).- DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONOMICO Y CONTABLE	54
B).- DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO	61

CAPITULO II

EL AVIAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

II.1 EN LA DOCTRINA ITALIANA	65
II.2 EN LA DOCTRINA FRANCESA	75
II.3 EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA	80
II.4 EN LA DOCTRINA URUGUAYA	82
II.5 EN LA DOCTRINA ARGENTINA	85
II.6 EN LA DOCTRINA COLOMBIANA	91
II.7 EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA	93

CAPITULO III	
UBICACION DEL AVIAMIENTO DENTRO DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO	98
CAPITULO IV	
ELEMENTOS DEL AVIAMIENTO	
IV.1 CAPACIDAD PRODUCTIVA	107
IV.2 VALOR "NEGOCIO EN MARCHA"	108
IV.3 GANANCIAS QUE PRODUCE	108
IV.4 FACTOR PERSONAL: ACTIVIDAD DEL DUEÑO	110
IV.5 POSIBILIDADES FUTURAS DE RENDIMIENTO	111
IV.6 SEGURIDAD PRODUCTIVA	112
IV.7 CLIENTELA	113
IV.8 DERECHO AL LOCAL	115
IV.9 PERMISO DE FUNCIONAMIENTO	117
CAPITULO V	
EFFECTOS DEL AVIAMIENTO	
V.1 GUANTE	118
V.2 CREDITO COMERCIAL	129
CAPITULO VI	
CONCLUSIONES	133
CAPITULO VII	
BIBLIOGRAFIA	136

I. INTRODUCCION

La consideración de la negociación mercantil como unidad supone la pluralidad de sus elementos. Estos serán los que vamos a analizar para poder conocer mejor el compuesto que de ellos resulte.

La coordinación de los múltiples elementos que engloba la negociación mercantil no es un resultado de ésta, sino más bien podemos decir que la negociación mercantil existe por la adecuada coordinación de sus elementos. Esta coordinación teleológica de los elementos de la empresa es la causa de ésta, y es lo que se denomina como *aviamiento*.

El *aviamiento*, es el producto de la inteligencia humana aplicada a hacer que de un conjunto heterogéneo de elementos dispares resulte una combinación apta para la obtención del fin deseado, que es un resultado económico: la prestación de bienes y servicios.

En esta tesis, trataremos de ubicar al *aviamiento* dentro de los elementos de la negociación mercantil y nos avocaremos a explicar cada uno de los elementos constitutivos que lo componen, ya que considero relevante destacar la ubicación particular del *aviamiento* como un elemento incorporal de la empresa.

Rescatar de alguna manera, los orígenes del *aviamiento*, (objetivo o real) dentro del derecho intermedio y a través de las instituciones jurídicas italianas del siglo XIII, que hacen hincapié en la discusión que sobre dicho tema se ha desarrollado a través del tiempo.

Integrar en un documento, la visión económica y contable del *aviamiento* como un activo fijo intangible, bien inmaterial, que se ubica dentro de la figura contable del crédito mercantil.

En la presente tesis, me propongo explorar las distintas visiones y aplicaciones que del *aviamiento* se han expresado, tanto en la doctrina nacional como del extranjero, así como su régimen normativo.

En este sentido, los conceptos expresados en cada una de las doctrinas extranjeras que se señalan en esta tesis (italiana, francesa, española, uruguaya, argentina, colombiana y anglosajona: norteamericana e inglesa), tratan de explicar de una u otra forma, la vitalidad del fenómeno jurídico *aviamiento* como integrante de los elementos de la empresa.

El hecho de que exista legislación específica en diversos países latinos, en cuanto a la transmisión de la empresa, nos obliga a reflexionar si tal legislación es conveniente implementarla en nuestro país.

Asimismo, considero importante destacar como uno de los elementos de mayor valía en esta tesis lo relativo al tratamiento jurídico que sobre el "Guante" se desarrolla en este documento.

CAPITULO I

NOCION JURIDICA Y UBICACION DEL AVIAMIENTO

1.1 MARCO CONCEPTUAL

Sin duda alguna, la problemática existente en torno al fenómeno jurídico del *aviamiento* y la influencia que tiene en la negociación mercantil¹ ha sido ampliamente tratada por la doctrina extranjera, por desgracia no ha sido así en nuestro medio jurídico, toda vez que el *aviamiento* como concepto jurídico ha sido explorado con deficiencia por nuestra doctrina, la única razón que encuentro es que la doctrina nacional no ha tenido el interés académico que se requiere para desarrollar y profundizar todos los elementos o factores que envuelven al *aviamiento*, tal vez porque nuestro derecho al igual que el país se encuentra todavía en la búsqueda de una identidad que permita el advenimiento de una verdadera "Cultura Industrial" que establezca nuevos parámetros de desarrollo, de ahí que en mi opinión dicho concepto ha sido poco explorado por nuestra doctrina, aún y cuando el modelo económico liberal que fortaleció a la negociación mercantil se consolidó en nuestro país a finales del siglo XIX, toda vez que nuestro Código de Comercio data del año de 1889. La importancia que reviste el conocimiento del concepto jurídico del *aviamiento* constituye para Mario Rotondi, quien fuera profesor titular de derecho comercial en la Universidad de Pavia lo siguiente: "por encima de los distintos elementos materiales y sobre todo inmateriales que pueden constituir una hacienda industrial, me ha parecido que el concepto unificador

¹ Sobre el uso de la denominación "negociación mercantil" en relación a otras expresiones que la doctrina utiliza, es importante señalar el estudio que hace el maestro Roberto L. Mantilla Molina sobre el empleo de dicho término. DERECHO MERCANTIL, Nota 123 p. 106.

de la hacienda está constituido por la misma organización de los elementos heterogéneos, generadores del impulso a la producción de bienes y de servicios que caracteriza en un mercado, el destino y el éxito de la hacienda en la lucha competitiva".

Cabe destacar que al *aviamiento* se le ha estudiado desde diversos puntos de vista y desde distintos enfoques y/o áreas del conocimiento, de ahí que el concepto de *aviamiento* es identificado de diferente forma en la doctrina italiana en relación a la doctrina francesa que lo identifica como "achalandage", en la doctrina anglosajona se le conoce con la denominación "*good will*", los tratadistas alemanes lo identifican en parte con la *Chance*, los cuales en general comprenden al *aviamiento* dentro de los *reine wirtschaftsgüter*, esto es, que consideran al *aviamiento* como cosa inmaterial, es decir, objeto de derechos reales², en la doctrina Argentina se usa habitualmente la palabra "Llave" cuando se hace referencia al *aviamiento*, pero parece que este término indica más bien el precio o el valor económico del *aviamiento* y no el propio *aviamiento* considerado como calidad o elemento del fondo de comercio³, en la doctrina mexicana se le ha llegado a confundir, en mi opinión erróneamente, con el contrato de avío e incluso en nuestro derecho mercantil se acostumbra estudiar tanto a la clientela como al "avío", como elementos de la negociación mercantil. Cabe señalar que tanto en la doctrina nacional como extranjera al *aviamiento* se le ha llegado a confundir con la clientela, reduciendo el ámbito verdadero que engloba dicho concepto. En la terminología contable se

² ROTONDI Mario, EL DERECHO INDUSTRIAL COMO SISTEMA, Revista de la Facultad de Derecho, U.N.A.M., Traducc. Esther del Pino de Derbez, Tomo VI, No.23, 1956, p.44.

³ LA LEY, Tomo 51, Julio-Agosto 1948, Revista Jurídica Argentina, p.1127, nota (a) de Gabriela Devali, en relación a la traducción que realizó del artículo "El aviamiento en la teoría general del fondo del comercio" elaborado por Mario Rotondi.

acostumbra usar al *aviamiento* como sinónimo de la expresión "Crédito Mercantil" y de acuerdo a los principios de contabilidad generalmente aceptados, dicho concepto se encuentra conceptualizado en el rubro de los Activos fijos intangibles. Desde el punto de vista económico se ha llegado a la discusión entre economistas y juristas en relación a la llamada "Propiedad Comercial" que es una forma absolutamente impropia con la que se quería designar un derecho especial del empresario dirigente del negocio al "*aviamiento*" que había adquirido en relación al inmueble⁴. Para las disciplinas económicas y contables, el *aviamiento* consistiría de acuerdo con Mario Rotondi en una esperanza de especiales lucros futuros, que se hacen presumibles por la mejor organización de la hacienda que la presenta mejor dotada en la lucha contra las demás haciendas competidoras. Factores de este *aviamiento* serán en consecuencia y en distinta medida la habilidad del empresario, la buena reputación de la hacienda, la notoriedad de las marcas, la bondad de las patentes, la seriedad y capacidad del personal, la corrección en las operaciones comerciales etc.⁵

El concepto de *aviamiento* como vínculo de relación y de comparación de dos o más haciendas entre todas las haciendas que un determinado mercado económico ejercen en la industria ha sido presentado como una explicación del fenómeno: pero no pone en evidencia sino llega a confundir lo que desde el punto de vista jurídico debería ser más relevante.⁶

⁴ ROTONDI Mario, LA NOCIÓN JURÍDICA DEL "AVVIAMENTO", Revista Mexicana de la Propiedad Industrial, Traduce. Hildegard Rodón de Sansó, No. especial 21-22, enero-diciembre, 1973, p. 378.

⁵ Op. cit. p. 379.

⁶ Ibidem. p. 379.

Para Rotondi, el hecho de que sea mayor o menor la esperanza de lucros futuros en relación a otras haciendas competidoras, no es algo que pueda ser considerado relevante o tutelable: es una condición afortunada o desventajosa más o menos estable o inestable que el derecho no puede garantizar ni disciplinar.

Es de mención señalar que para el derecho será más relevante y tutelado el conjunto de factores o de elementos que es una causa del "*aviamiento*" mayor o menor de una negociación mercantil. En consecuencia, toda negociación mercantil tiene su *aviamiento* grande o pequeño, y este será tutelado por el derecho en sí y por sí, independientemente de cualquier relación o valoración comparativa con otras negociaciones mercantiles de un mismo mercado.⁷

En este sentido, la acotación que Mario Rotondi realiza cuando al analizar desde su particular punto de vista jurídico todos los factores o elementos que componen al *aviamiento* sostiene que: "surge un nuevo e interesante aspecto del *aviamiento* no ya como concepto de relación entre diversas haciendas competidoras en un único mercado, sino como resultante de un conjunto de factores, como cualidad particular incita en una hacienda concreta, como fundamento de la esperanza de las ventajas futuras: *fuerza de inercia* adquirida en un periodo de funcionamiento o de organización anterior de la hacienda y latente en la misma como promesa de lucros futuros".

⁷ Op. cit. Loc. cit.

En relación a la importancia del *aviamiento* y su implicación en el derecho positivo mexicano, existe una divergencia entorno a la necesidad de su regulación jurídica.

Al respecto, José Ma. Abascal Zamora, sostiene un particular punto de vista respecto al *aviamiento* señalando lo siguiente: "no se reconoce expresamente, al avío como un objeto digno de tutela jurídica. Y esto es lógico, ya que, el avío es una cualidad de la negociación mercantil. Sin embargo, el *aviamiento* queda protegido junto con la empresa aviada, en los términos en que la ley reconoce, reglamenta y protege a la empresa comercial".⁸

La historia legislativa del país tiene registrado un desafortunado intento mediante el cual, el legislador, sin que lo haya conceptualizado originalmente, describió y señaló empíricamente los efectos jurídicos del *aviamiento*, lo anterior se desprende del ordenamiento publicado en el Diario Oficial el día 30 de diciembre de 1948, por medio del cual el Congreso de la Unión expidió el Decreto que tuvo por objeto la consecución de la Ley que "Prorroga los Contratos de Arrendamiento de las Casas o Locales que se citan". Dicha Ley fue conocida en el ámbito inmobiliario como "Ley de Congelación de Rentas" la cual provocó en la historia inmobiliaria del país y en especial en el Distrito Federal, una de las polémicas más álgidas entorno a la limitación que el Estado mexicano impuso a los propietarios de bienes inmuebles, creando en opinión del maestro Ramón Sánchez Medal una legislación antinquilinaría o adversa a los mismos inquilinos, a quienes se pretendió beneficiar y favorecer con sus disposiciones⁹, creándose en

⁸ ABASCAL ZAMORA, José María, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1985, p.258.

⁹ SANCHEZ MEDAL, Ramón, DE LOS CONTRATOS CIVILES, México, 9a. edición, Edit. Porrúa, 1988, p.277.

consecuencia una nueva forma jurídica de prorrogar el contrato de arrendamiento y que la doctrina mexicana lo identifica como "prorroga legal por tiempo indefinido y por ministerio de ley". Afortunadamente para la vida económica del país, la "Ley de Congelación de Rentas" que tanta polémica generó durante más de cuatro décadas fue abrogada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1992.

Para partir de una definición jurídica del *aviamiento*, es importante definir el concepto que envuelve a la negociación mercantil y precisar los elementos distintivos que la componen, a efecto de poder así identificar con mayor claridad la ubicación que el fenómeno del *aviamiento* tiene dentro de la propia negociación mercantil. Sobre este concepto, el maestro Mantilla Molina nos ofrece una definición que podríamos señalarla como clásica dentro de la doctrina mexicana, al sostener que la negociación mercantil es "el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósitos de lucro"¹⁰, de esta definición el propio Mantilla reconoce que la definición propuesta quizá peca por ser demasiado amplia, ya que dentro de ella parecen quedar incluidos tanto el estudio del profesionista como el taller del artesano, pero como adecuadamente señala en torno a dicho planteamiento, "quien ofrece al público su propio trabajo, artesano o profesionista, no ejecuta actos de comercio; pero no los ejecuta por que en tales casos el fin es el ejercicio de la propia actividad, no la coordinación de los factores de la producción para constituir una empresa, y no adquirirán carácter mercantil los actos aunque se utilicen servicios ajenos, si éstos son mero auxilio

¹⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto, DERECHO MERCANTIL, México, 24a. edición, Edit. Porrúa, 1986. p. 105.

para el mejor desarrollo de la propia labor", de ahí que señale con insistencia que lo que el profesionista o artesano ofrecen al público son sus propios servicios, utilizando para ello, si es menester, un conjunto de cosas y servicios ajenos; pero sin que el servicio prestado sea resultado de la combinación formada por tal conjunto, pues consiste, esencialmente en la labor personal del artesano o del profesionista, de modo que cuando él desaparece no puede continuar prestándose el mismo servicio, al paso que la negociación mercantil subsiste mientras subsista la combinación de cosas y derechos que la forman, y con independencia de la persona que la construyó.¹¹ Esta combinación de cosas y derechos es de acuerdo con el maestro Molina lo que conforma los elementos distintivos de la negociación mercantil, los cuales sirven como distinción en relación a otros sujetos que realizan actividades similares de comercio.

Para el maestro Jorge Barrera Graf, el concepto de negociación mercantil lo identifica con el término de "la hacienda" o "fondo de Comercio", y lo define como "el conjunto de bienes (cosas, derechos, relaciones jurídicas) de la negociación organizados por el empresario para la consecución de una determinada finalidad económica"¹². Como el propio autor nos señala, dicho concepto tiene una definición similar con el artículo 2,555 del Código Civil Italiano, el cual ofrece la siguiente definición: "la hacienda es el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa".

¹¹ Op. cit. Loc. cit.

¹² BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL (GENERALIDADES Y DERECHO INDUSTRIAL), Vol. I, México, 1a. edición, edit. Porrúa, 1957. p. 119.

Es de mención que tanto la expresión utilizada por el maestro Barrera Graf, para señalar a la negociación mercantil (la hacienda o fondo de comercio), como la misma definición se encuentran inspiradas fundamentalmente en la doctrina italiana, ya que el término "la hacienda" es utilizado única y exclusivamente por los autores italianos, no hay que olvidar que la obra intelectual del ilustre maestro encuentra sustento en las exposiciones que sobre dicho tema han desarrollado los autores italianos de derecho mercantil más destacados de finales del siglo XIX y principios de este siglo.

Para Mario Bauche Garciadiego, la doctrina italiana contrapone los conceptos de empresa y hacienda. La empresa se define como el ejercicio profesional de una actividad económica organizada y desarrollada para la producción o cambio de bienes o servicios. Así concebida, la empresa es calificada como una forma de actividad humana que posee una estructura y una finalidad especiales. La hacienda estriba en un conjunto organizado de bienes que el empresario utiliza como instrumento para realizar la actividad empresarial.¹³

De ahí que la expresión "hacienda" abarca de conformidad con la doctrina italiana, todo el patrimonio de las sociedades comerciales y el conjunto de bienes en las personas físicas, destinado al ejercicio de una determinada empresa mercantil, es decir, aquello que en una contabilidad se llama activo fijo o circulante (inmuebles, muebles, mercancías, materias primas, materia elaborada, dinero, títulos de crédito, instalaciones industriales, patentes, créditos, derechos de autor, marcas,

¹³ BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, LA EMPRESA (NUEVO DERECHO INDUSTRIAL, CONTRATOS COMERCIALES Y SOCIEDADES MERCANTILES), México, 2a. edición, edit. Porrúa, 1983, p.26.

nombre comercial, emblemas, concesiones gubernativas, participaciones en otras sociedades, etc.).¹⁴

El maestro Felipe de J. Tena, utiliza la expresión "empresa" para designar a la negociación mercantil, y su punto de partida de dicha acepción lo encuentra en el artículo 75 del Código de Comercio, el cual describe una serie de actos de comercio en donde "una tercera parte de las veinticuatro fracciones de que consta dicho artículo, la llenan actos ejecutados por empresas: empresas de abastecimientos y suministros; de construcciones y trabajos públicos y privados; de fábricas y manufacturas; de transporte de personas o cosas por tierra o por agua, y de turismo; editoriales y topográficas; de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios mercantiles y establecimientos de ventas en pública almoneda; de espectáculos públicos, y de seguros, a todas las cuales se refieren, respectivamente, las fracciones V, VI, VII, VIII, IX, X y XVI del citado artículo 75".¹⁵ En este artículo como se advierte, la empresa es mencionada como un "acto" y, además como un acto cuyo juzgamiento corresponde a tribunales especiales.

Respecto al mencionado artículo 75 de nuestro Código de Comercio, es digna de mencionar, la acotación que hace el maestro Tena, al decir que en él se encuentran vaciadas casi íntegra y literalmente cada una de las empresas enumeradas por el derogado Código de Comercio italiano de 1882, el cual en su artículo tercero mencionaba, entre los actos que eran "reputados" de comercio, las empresas de suministro, de fábrica o de construcción, de manufactura, de espectáculos

¹⁴ Op. cit. p. 33.

¹⁵ TENA FELIPE, De Jesús, DERECHO MERCANTIL MEXICANO (CON EXCLUSIÓN DEL MARÍTIMO), México, 6a. edición, edit. Porrúa, 1970, p. 77.

públicos, editoras, tipográfica o de librería, de transporte de personas o cosas por tierra o por agua, de comisión, de agencia y de oficinas de negocios (incisos 6, 7, 8, 9, 10, 13 y 21). Lo que para el maestro Barrera Graf, constituye lo relevante, es el hecho del reconocimiento legislativo de los actos de comercio (sistema objetivo del derecho mercantil), que planteó en la doctrina un problema de delicada y difícil solución, a saber, el determinar el contenido y la amplitud de dicha disciplina, así como su distinción con el derecho civil, lo que conduce a la formulación de un concepto unitario del acto de comercio, o bien de una enumeración que cubra totalmente el contenido presente y futuro de la disciplina. Para el maestro Graf, este criterio unitario, a través de la interpretación del acto de comercio, choca con la naturaleza eminentemente mutable de derecho comercial y con su tendencia expansionista.¹⁶

En opinión de los más, señala el propio maestro Tena, el concepto de empresa, según el artículo 75, coincide substancialmente con el concepto económico de la misma. Pues bien, los economistas entienden por empresa el organismo que realiza la coordinación de los factores económicos de la producción, si esa coordinación sostiene dicho autor, tiene por objeto satisfacer las necesidades del consumo a fin de obtener en cambio la correspondiente remuneración, surge allí el organismo que se llama empresa.¹⁷

Al citar a Cesar Vivante, dice que "el derecho mercantil ha hecho suya esta concepción económica y ha declarado

¹⁶ BARRERA GRAF, Jorge, LA EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO MERCANTIL ITALIANO, SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEXICANO, Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, No. 19 enero-abril, 1954, p. 86 y 87.

¹⁷ TENA DE J. Felipe, Op. cit. Loc. cit.

comercial la empresa, porque ha visto en la función del empresario un papel de mediación, que lo coloca entre una masa de energías productoras (máquinas, operarios, capital) y la masa de los consumidores, función que hace de él mismo, aunque no siempre, un comerciante". De ahí que el legislador, al reputar mercantiles las empresas enumeradas, lo ha hecho únicamente teniendo en cuenta la función mediadora del empresario, sin atender a que esa función alcance o no a desarrollar, en quien la desempeña, la calidad de comerciante.¹⁸

De este paralelismo entre lo económico y lo jurídico surge lo que para el maestro Tena es el concepto jurídico de empresa considerándolo como: "el organismo que actúa en la coordinación de los factores económicos de la producción. La naturaleza mercantil deriva de la entidad económica de la empresa, del volumen considerable de los negocios que produce, de la asimilación por su parte de todos los elementos técnicos del fondo mercantil".

En relación al concepto de empresa basado en una descripción de "actos de comercio", nos remitiremos a lo expuesto por el maestro Barrera Graf que manifiesta la siguiente aseveración: "no es posible dar un concepto unitario que se aplique a todos los actos y que permita la calificación de mercantiles de todas las operaciones, aún de aquellas no incluidas en la enumeración, porque la materia comercial se ha integrado y se sigue integrando, atendiendo a diversas razones y a criterios diferentes, de carácter económico los unos, sociales y políticos los otros".¹⁹

¹⁸ Op. cit. p 78.

¹⁹ BARRERA GRAF Jorge, LA EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO MERCANTIL ITALIANO, SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEXICANO, Ob. Cit. Loc. cit.

En opinión de Alfredo Rocco, las relaciones que regula el derecho comercial han ido multiplicándose cada vez más, de tal suerte que hoy se ha ampliado el ámbito de su vigencia desmesuradamente... No sólo se ha ampliado *cuantitativamente* las actividades del comercio, sino *cuantitativamente* también han sufrido un aumento por el enorme crecimiento realizado en la masa de los cambios.²⁰

Para Ascarelli, el concepto de negociación mercantil, se encuentra íntimamente identificado con el de la hacienda mercantil, o sea aquel conjunto organizado de bienes, merced al cual el comerciante ejerce su comercio con el auxilio eventual de otras fuerzas de trabajo, además de las propias. De ahí que en opinión del destacado jurista italiano, la noción de comerciante requiere desde luego la de hacienda mercantil, ya que en el lenguaje corriente, se llega hasta hacer que desaparezca detrás de la hacienda mercantil la figura del comerciante, y se habla de una empresa comercial (o de una firma) que compra, vende o arrienda, siendo así que el que compra, vende o arrienda es, en realidad y en todo caso, únicamente el comerciante.²¹

En virtud de lo anterior, Ascarelli sostiene que en el derecho italiano (y por consiguiente en nuestro derecho) no se disciplina, en principio, la empresa mercantil como un objeto diverso de los bienes que la componen, cada uno de esos bienes, aunque forma parte de una empresa, se encuentra sometido a las reglas que le son propias. Así en la venta de la hacienda, deben observarse normas diversas para el traspaso de los muebles y para el de los inmuebles, etc. "La conexión y

²⁰ ROCCO Alfredo, PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL, Revista de Derecho Privado, Traducc. Española, Madrid, No. 64, 1931, p.44.

²¹ ASCARELLI Tullio, "DERECHO MERCANTIL", Edit. Porrúa Hermanos, Traducc. Felipe de J. Tena, México, D.F. 1940, p.51.

la organización de los diversos bienes de una empresa descansan, en substancia, sobre la voluntad del titular, son el resultado de su capacidad organizadora, pero no dan lugar a un nuevo objeto de derecho. Por eso se dice que la hacienda mercantil constituye una universalidad de hecho".²²

En relación a lo antes expuesto, el maestro Fernández-Novoa sostiene un punto de partida similar o engarce para la investigación de la teoría jurídica de la empresa al sostener que la empresa (negociación mercantil) es ante todo un fenómeno económico-social con que tropieza la ciencia del Derecho. "El jurista no puede configurar a su arbitrio este fenómeno, sino que ha de partir forzosamente de la realidad vital llamada empresa. Por eso, al estudiar el significado de la empresa en el orden jurídico, la primera cuestión que debe abordarse es el concepto económico-social de la empresa. Y esta cuestión debe contemplarse bajo una triple faceta: la morfología de la empresa; el proceso en virtud del cual ésta surge en la realidad social y, finalmente, el sistema económico en que actúa la empresa".²³

Su definición desde el punto de vista meramente descriptivo coincide con la mayoría de los autores antes nombrados toda vez que a la empresa la define como una organización independiente que produce o distribuye bienes y servicios para el mercado. En este sentido, se considera a la empresa como una organización en virtud de que el empresario organiza los medios de la producción: el capital y el trabajo. La importancia de esta función es tan grande que se ha llegado a

²² Op. cit. p. 51.

²³ FERNANDEZ-NOVOA Carlos, REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA EMPRESA Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS, Revista de Derecho Mercantil, Vol. XXXIX, No. 95, enero-marzo, Madrid, España 1965, p.7.

afirmar que el único factor de la producción es el empresario, mientras que el capital y el trabajo son simples medios de producción.

Esta afirmación la sostiene el maestro Fernández-Novoa en virtud de que el empresario no se confunde con el capital ni con el trabajo, ni tampoco con los elementos de la naturaleza y de la ciencia. Antes al contrario, el empresario se interpone entre los citados factores, ya que los coordina y armoniza para una finalidad productiva. Asimismo sostiene que algunos economistas consideran la función organizadora como el verdadero factor de la producción.²⁴

Al decir que la empresa es una organización independiente se refiere a que el empresario goza de una autonomía al coordinar en el seno de la empresa los diversos elementos de la producción. El empresario realiza su función organizadora libremente y no obedece a los dictados de la administración, por lo que el empresario habrá de observar las leyes y los reglamentos que con carácter general disciplinan a las actividades económicas, pero dentro de esos límites legales organiza a su arbitrio la actividad económica. De ahí que el empresario asume el riesgo inherente a la organización de los medios de producción. Las eventuales pérdidas y ganancias de la actividad empresarial recaen sobre el empresario, por eso donde hay una empresa hay también un riesgo económico mayor o menor.

Al señalar que este organismo autónomo (empresa) tiene por objeto la producción y distribución de bienes y servicios. La finalidad propia de la empresa es atender a la satisfacción de las necesidades económicas del hombre, es decir la

²⁴ Op. cit. p. 9.

creación de la riqueza al satisfacer la demanda de bienes y servicios.

Asimismo, al describir la última nota característica de la empresa, es decir, que la producción y distribución de bienes y servicios se realiza para el mercado, se debe de entender que las mercaderías o servicios producidos por la empresa deben acudir al encuentro de la demanda en el correspondiente mercado.²⁵

Lo anterior le da pauta al maestro Fernández-Novoa para señalar que el sistema económico que sirve de marco para que se desenvuelva la empresa, es el sistema de libre competencia, ya que la empresa concebida como una organización independiente que produce para el mercado y surge por virtud de la libre actividad creadora del hombre, no puede encuadrarse en un sistema de economía dirigida. De ahí que la empresa concebida en los términos antes expuestos sólo puede nacer y vivir en un sistema económico de libre competencia. Esto es, un sistema en el que todos los empresarios (al igual que los restantes sujetos) determinan libremente sus planes económicos, los cuales se coordinan en el mercado mediante el mecanismo de formación de precios.

Pero este sistema no debe entenderse en el sentido clásico de economía *Laissez faire*, en la que el mantenimiento de la libre competencia se encomienda únicamente a los propios competidores, sin que el Estado intervenga en el proceso económico. Antes bien, debe entenderse en el sentido de una ordenada economía de mercado en la que el Estado asegura, a través de las instituciones correspondientes, el

²⁵ Op. cit. p. 14.

juego constante del principio de la libre competencia manteniendo limpio el mercado de formaciones monopolísticas. Sólo en un sistema económico de esta naturaleza puede la empresa conservar su independencia y producir para un mercado que merezca tal nombre.

Por último cabe señalar que existen algunos autores preferentemente en la doctrina Alemana que niegan rotundamente la posibilidad de establecer un concepto jurídico de empresa, toda vez que sostienen que el Derecho no crea a la empresa sino que la descubre afirmando que la empresa no es un concepto jurídico, sino un simple supuesto de hecho (*Tatbestand*) al que el ordenamiento jurídico enlaza determinadas consecuencias. Sobre el mismo tópico, se dice que el concepto de empresa varía constantemente, por lo cual no es posible encerrarlo en una definición jurídica, toda vez que las leyes e incluso dentro de cada ley las normas concretas conciben en cada caso la empresa de una manera distinta.²⁶

Sobre la anterior apreciación, consideramos que no es acertada dicha posición toda vez que una cosa es que se tenga que partir de la realidad económico-social para obtener el concepto jurídico de empresa y otra que la doctrina tenga que contentarse resignadamente sin poder definir el concepto de empresa, de ahí que la apreciación del maestro Bauché Garciadiego en el sentido de que la ciencia jurídica no puede utilizar directamente conceptos económicos es correcta. En efecto, la Economía y el Derecho son ciencias independientes. Cada una de ellas observa sus propios métodos y persigue su propia finalidad. La Economía es una ciencia *descriptiva*:

²⁶ Op. cit. p. 17.

examina la realidad (el ser) y formula reglas empíricas. El Derecho es una ciencia *normativa*: establece reglas que deben ser fundadas en una idea de justicia.²⁷

Respecto de los elementos con los que se identifica a la negociación mercantil, encontramos que existe tanto en la doctrina nacional como extranjera una diversidad de criterios que tratan de identificar de una u otra manera a los elementos económicos y/o jurídicos que la componen, destacándose entre los diversos criterios el del maestro Mantilla Molina quien identifica dos grandes elementos distintivos de la negociación mercantil, es decir, el primero de ellos lo identifica como un conjunto de elementos "Incorporales" de los cuales, se mencionan a la clientela, al aviamiento o avio (*avviamento, achalandage*), el derecho al arrendamiento, la llamada propiedad industrial que a su vez comprende una pluralidad de elementos y por último los derechos de autor.

En relación al segundo de estos grandes elementos que componen a la negociación mercantil, el maestro Mantilla Molina lo identifica como "Corporales", es decir son todos aquellos bienes muebles y enseres, las mercancías y las materias primas.²⁸

A continuación, presentamos un esquema que fue elaborado por el maestro Bauché Garciadiego que nos permite identificar con mayor precisión los elementos de la empresa (negociación mercantil):

²⁷ BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, LA EMPRESA (NUEVO DERECHO INDUSTRIAL, CONTRATOS COMERCIALES Y SOCIEDADES MERCANTILES) cita del autor en relación a la obra de ASQUINI, PROFILI DELL'IMPRESA (Scritti Giuridici) Revista de Derecho Comercial, Vol. III, Padova, Italia 1961 p. 126.

²⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto, DERECHO MERCANTIL Op. cit.

**ELEMENTOS
DE LA
EMPRESA**

Objetivos (Incorporales)	1. La hacienda			
	2. La clientela			
	3. El aviamiento	a) buena organización b) conocimiento de hábitos y costumbres del público c) lista de nombres y direcciones de los consumidores		
	4. El derecho al arrendamiento			
	5. Propiedad industrial	1) Protección de la empresa	a) nombre comercial b) muestra o emblema c) marca	
		2) Monopolio de explotación	a) patente b) aviso comercial	a) invención b) mejoras c) modelo
6. Los derechos de autor				
Subjetivos	1. El empresario	a) individual b) colectivo		
	2. Auxiliares	a) independientes b) dependientes		
Corporales	1. Mercancías			
	2. Materias primas			
	3. Maquinaria			
	4. Muebles y enseres			

Elementos Incorporeales

1. LA HACIENDA.- Existe una amplia discusión doctrinal acerca del contenido y alcance que el propio vocablo entraña, toda vez que en la evolución de la teoría del acto de comercio, en la que hallaba fundamento la división del derecho privado en dos "sistemas" pretendidamente autónomos e independientes (el derecho civil y el derecho mercantil), en el Código de Comercio alemán de 1887, en el Código de las Obligaciones suizo después, y en el Código Civil italiano de 1942, finalmente, irrumpe la noción de "empresa", que desde principios de este siglo constituye una de las principales fuentes de fatiga y desconcierto para los juristas, y además, frecuentemente, un motivo de disputa, aunque curiosa (o paradójicamente) lo que se discute es lo que la empresa viene a ser exactamente. Para el maestro Sergio Le Pera, la terminología es desde un comienzo amplia e imprecisa: "casas de comercio"; "establecimiento mercantil", "fondo de comercio", "explotación mercantil", "empresa", "hacienda comercial", fueron las expresiones contemporáneas o sucesivamente utilizadas, sin que sus respectivos ámbitos de referencia fueran medianamente determinados. De estas expresiones, en Alemania e Italia comienza a preferirse la de "empresa", que ya tenía su lugar en esas legislaciones positivas como "sujeto" del Estatuto Profesional que antes fue llamado "del comerciante".²⁹

En relación a dicha problemática el término hacienda es aceptado por algunos autores como sinónimo de "fondo de comercio", señalando además que es el patrimonio comercial. Es en este sentido, la hacienda desde el punto de vista

²⁹ LE PERA, Sergio, CUESTIONES DE DERECHO COMERCIAL MODERNO, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979, p.77.

económico, sería el conjunto de bienes y cosas que un empresario posee en forma de unidad de producción o intermediación.³⁰

De ahí que la hacienda o fondo de comercio es una estructura jurídica o mecanismo, apto para permitir la venta de una organización o empresa económica en bloque facilitando la labor del empresario adquirente que puede continuar con la explotación sin solución de continuidad.³¹

En una anterior exposición, señalamos que para Ascarelli el concepto de negociación mercantil, se encontraba íntimamente identificado con el de la hacienda mercantil, toda vez que la doctrina italiana hace suya la definición que desde el punto de vista económico se tiene de la misma, por lo que en una palabra, "la hacienda" comprende todo aquello que tiene un contenido económico, convertible en dinero, incluso el derecho al resarcimiento de daños, contractuales o extracontractuales.

En otro orden de ideas, existen diversos autores que asignan a la empresa la naturaleza de sujeto y a la hacienda la de objeto, contra la opinión de otros que niegan la subjetividad absoluta a la empresa, ya que estiman que un concepto subsume al otro.³²

En este sentido, Vanzetti distingue dos concepciones fundamentales distintas de la Hacienda (azienda), a saber: la *atomista* y la de la *universitas*. La teoría atomista entiende que

³⁰ ETCHEVERRY, Raúl Anibal, DERECHO COMERCIAL Y ECONÓMICO (PARTE GENERAL), Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979, p.528.

³¹ Op. cit. Loc. cit.

³² Op. cit. p. 529.

la "hacienda" está constituida por una pluralidad de bienes autónomos: la hacienda no es un bien unitario, sino está integrada por un complejo de bienes que conservan su individualidad y permanecen sujetos a su propia ley de circulación. Otro grupo de autores unifican la pluralidad de bienes que componen la hacienda bajo el ropaje de la *universitas facti*. Así, por ejemplo, Rotondi opina que el carácter unitario de la hacienda como *universitas* se desprende de las normas sobre competencia ilícita ó desleal, normas que son distintas de las que protegen los elementos singulares de la hacienda.³³

Para el maestro Barrera Graf, "la hacienda" o "fondo de comercio" es desde su particular punto de vista un conjunto de bienes y derechos que la empresa usa como instrumental y que constituyen el elemento objetivo de ella.

2.- LA CLIENTELA.- De acuerdo con la doctrina y en este sentido se pronuncia Barrera Graf como el conjunto de personas que acuden a la empresa para adquisición de los bienes y servicios producidos por ésta, o bien, como la corriente de pedidos o demandas de los bienes o servicios de la empresa, por parte de una masa de personas.³⁴

Para el maestro Barrera Graf, la clientela se forma y existe sólo en razón y por virtud del ejercicio de la hacienda, por lo que no es esencial, sino connatural a ésta. De ahí que en la opinión del destacado jurista "no constituye una cosa, objeto de derechos, porque no es una entidad con existencia propia

³³ FENANDEZ-NOVOA Carlos, REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA EMPRESA Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS, cita del autor en relación a la obra de VANZETTI, TRENT'ANNI DI STUDI SULL'AZIENDA (I Considerazioni introduttive. La dottrina italiana), Revista de Derecho Comercial Vol. I, Padova, Italia 1956 p. 32-64.

³⁴ BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL Op. cit. p. 238.

que pueda concebirse separada de la empresa, ni siquiera es posible admitir que se trate de un elemento incorporal, o de un derecho inmaterial".

En el mismo orden de ideas la clientela es meramente una cualidad de la hacienda, mejor aún, es la manifestación exterior de esa cualidad de la hacienda denominada *aviamiento*, ella existe dentro o en función de la empresa, es clientela de la negociación y no es susceptible de derechos subjetivos propios, considerada aislada o autónomamente.

Para Cesar Vivante, la clientela sí es una cosa de carácter inmaterial (incorporal), que constituye una *universitas rerum*, la que puede constituir objeto de derechos, tales como el de propiedad, con características y atributos de éste.

Rotondi al citar a Vivante sostiene que para el ilustre maestro: la clientela es una cosa: "el *aviamiento* en el sentido de la clientela está constituido por elementos corporales e incorporales" ella (la clientela) es una *res* que se puede separar del fondo de comercio, y puede ser objeto de reglas y convenciones diferentes, sea que se divida, se fusione, o se transfiera a título gratuito u oneroso". El *aviamiento* de la clientela constituye por lo tanto un cuerpo aparte, dentro del cuerpo mayor del fondo de comercio, un cuerpo determinado por límites esencialmente elásticos capaces de extenderse y de contraerse... Cuerpo dinámico por excelencia dotado de un impulso propio y organizado con todos sus elementos, en vista de su expansión al cual el fondo de comercio consagra una parte de su patrimonio".³⁵

³⁵ LA LEY, Tomo 51, Julio-Agosto 1948, Revista Jurídica Argentina, p.1130, cita de Mario Rotondi a la obra de César Vivante, "LA PROPIETÀ COMMERCIALE DELLA CLIENTELA" en "Rivista di Diritto Commerciale", 1928, I, p.499.

Esta cosa, prosigue Vivante, es susceptible de ser objeto de un derecho autónomo de propiedad: "la clientela es una cosa compuesta de por elementos reales e irreales, corporales e incorporeales, una cosa de carácter mixto, que está expresamente protegida por el derecho civil, como toda otra cosa mueble". Dentro de la *universitas* mayor del fondo de comercio, la clientela tiene su lugar como *universitas* menor, distinta e inseparable del fondo de comercio. El propietario, ejerciendo su derecho de señorío, puede separarla del fondo de comercio y conservarla para sí cuando ceda su negocio, y se reserva el derecho de instalar otro, continuando con la propia clientela...".

El *aviamiento* de la clientela, como otra cosa, está perfectamente determinado en sus dimensiones como un bien diferente de todo otro, porque está determinado por la naturaleza de la clientela (viajantes, artistas, médicos, automovilistas, cooperadores que encauzan la clientela) y por los vínculos que lo ligan habitualmente al fondo de comercio. Los clientes pueden variar, pero los caracteres permanentes y generales del *aviamiento* permanecen constantes, y si puede suceder que todos los clientes, uno a la vez, se desvien debido a una legítima concurrencia, esto no excluye que la clientela, mientras exista, pueda ser objeto de propiedad. Es a esta propiedad del *aviamiento* (identificada por él como la clientela) que Vivante reconoce todos los caracteres del normal derecho de propiedad: su título de adquisición es el trabajo; se ejercita, como derecho exclusivo, por el titular que puede disponer y gozar de él, cederlo, dividirlo, abandonarlo, conservarlo en la enajenación del fondo de comercio, y así continuando; sería él objeto de posesión legítima, daría lugar a la responsabilidad por vicios ocultos cuando se lo transfiera, podría existir y gozarse de él independientemente del fondo de comercio, sería

tutelable por todas las acciones que tutelan la propiedad y la posesión.³⁶

Cabe señalar que la tesis expuesta por Vivante, es considerada por el maestro Graf como superada por virtud de que suponer un derecho sobre la persona humana (el cliente) es totalmente incompatible con la libertad individual y con la libertad de comercio. En este orden de ideas, Rotondi sostiene que el concepto que Vivante desarrolla no es siquiera el corriente de clientela. Esta sería en todo caso una *universitas personarum*, mientras Vivante la concibe como *universitas de cosas*, dentro de la más grande *universitas* que es el fondo de comercio, y constituida por cosas corporales, incorporales, etc. Está claro entonces que Vivante entiende aludir, no a la clientela, sino a esos elementos que pueden determinar la concurrencia de la clientela, y éstos bien pueden ser cosas, objetos de derechos de propiedad autónomos, pero no pueden nunca confundirse con los clientes, los cuales son personas y para nuestro ordenamiento jurídico, sujetos por lo tanto, no ya objetos de derechos.

Para Tullio Ascarelli, la clientela y el *aviamiento* se encuentran destinados a un mismo fin, conexos y organizados en vista del mismo, los bienes que integran la hacienda de comercio pueden presentar un mayor valor que el que tendrían, considerados aisladamente. De ahí que a pesar de representar económicamente un valor, no constituyen cosas distintas de la hacienda a que se refieren.³⁷

³⁶ Ob. cit. Loc. cit.

³⁷ ASCARELLI Tullio, "DERECHO MERCANTIL", Op. cit. p. 52.

Mantilla Molina no comparte la opinión de quienes identifican al *aviamiento* y clientela; pero sí considera que entre ellos existe una íntima e indisoluble conexión, "son valga la vieja metáfora, el anverso y el reverso de un mismo tapiz". Para el insigne maestro, tanto la clientela como el avío (*aviamiento*) son cualidades y no elementos de la negociación. Aquellos no pueden existir ni ser concebidos sin ésta.

Señala que negar que la clientela y el avío (*aviamiento*) son elementos de la negociación implica negar que son objetos de derechos; y en efecto, ni el uno ni la otra son susceptibles de una especial protección jurídica, sino que su protección ha de derivar de la que reciba la negociación en su conjunto, o al menos, algunos de sus verdaderos elementos constitutivos.³⁸

3.- EL AVIAMIENTO.- Por ser tema central de la presente "Tesis de licenciatura", baste señalar que en la doctrina existen diferencias conceptuales que como ya expresamos en el punto anterior, identifican al *universitas* con la clientela, sin embargo, en realidad aún considerándolos como sinónimos (lo que no sería correcto) *aviamiento* y clientela en un ordenamiento jurídico en el cual impere el principio de la libre concurrencia, no se puede, por cierto, hablar de un "derecho a la clientela".

Para Ascareli, la clientela es causa y a su vez efecto del *aviamiento* de la empresa, o sea de la intensidad con que los bienes o servicios producidos por ella se colocan en el mercado. Mientras mayor es el *aviamiento* de la hacienda mayor es el valor de la misma. Una cosa es el valor de una fábrica cuyos se introducen fácilmente en el mercado, y tienen

³⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto, DERECHO MERCANTIL Op. cit. ref. 125, p. 110.

una amplia clientela que facilita su venta, y otra cosa es el valor de una fábrica recién establecida, cuyos productos son todavía desconocidos, vendiéndose por ello más difícilmente.

4.- EL DERECHO AL ARRENDAMIENTO.- Los autores franceses Bonnacarreré y Laborde-Lacosté nos dicen que es innegable que el local ejerce una influencia a menudo considerable sobre el éxito de la empresa comercial, porque los clientes conocen el camino a ese local; el éxito depende, en gran parte, en mantener a la empresa en el local. Es gracias al derecho al arrendamiento que un comerciante simple locatario, puede conservar el beneficio de su actividad y de su trabajo en una palabra la clientela.

Agregan, que por lo tanto, es de desearse que el comerciante, a la expiración de su contrato de arrendamiento no sea bruscamente expulsado del local como consecuencia de una negativa a renovar el arrendamiento, negativa que podría ser inspirada al propietario por un mero capricho, o por la esperanza de obtener una renta superior o aun por el deseo de ponerse en el lugar de su locatario y de beneficiarse así de la clientela que aquél ha sabido atraer.³⁹

Hamonic llama a este derecho "propiedad comercial" y lo define como el derecho reconocido al propietario de una empresa de obtener de su arrendador ya sea la renovación del arrendamiento, o ya sea, en su defecto, recibir una indemnización.

En contra posición a esta tesis doctrinal, los autores Bauche Garciadiego y Barrera Graf exponen lo siguiente: Para

³⁹ BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, LA EMPRESA Ob. cit., referencia del autor en relación a la obra de Bonnacarreré y Laborde-Lacoste DROIT COMMERCIAL

el primero, no se trata de un derecho de propiedad, de un derecho real, sino de un derecho personal a la obtención de la renovación de un contrato.

La expresión "Propiedad comercial", con que se conoce este derecho es indudablemente incorrecta e inequívoca. No se trata de un derecho de propiedad, ni tampoco de un derecho real del inquilino sobre el local arrendado, el cual pudiera parangonarse o contraponerse al derecho de propiedad del dueño que arrienda tal local. Por el contrario, se trata de un derecho de crédito porque sólo existe en las relaciones entre arrendador y arrendatario, y en ocasión del contrato de arrendamiento, derecho que como ya dijimos, se manifiesta en la prórroga del convenio o en el pago del valor del *aviamiento*; lo que pasa es que, impropia, se considera que el locatario-titular de la empresa respectiva, es propietario de la hacienda y de cada uno de sus elementos, y que este derecho de propiedad forma parte de la hacienda, y conviene distinguirlo de otros elementos de ésta.⁴⁰

Para Ascarelli, el derecho al arrendamiento lo identifica con el término establecimiento comercial el cual se refiere al local o a los locales en que el comerciante ejerce su actividad y donde, por lo mismo, se encuentra su hacienda. Dicho término se usa también para indicar el lugar en que más propiamente se desarrolla la actividad de producción en las haciendas industriales.

5.- PROPIEDAD INDUSTRIAL.- A pesar de su gran importancia práctica, la teoría de la propiedad industrial no ha sido muy estudiada, en razón a que se origina en el mundo

⁴⁰ BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL Op. cit. p. 243.

moderno pues es fruto de la libertad del comercio y de la industria y solamente ha podido desarrollarse en un régimen de competencia económica. La teoría de la propiedad industrial consiste en una regulación jurídica del juego de la competencia entre los productores. Competencia que, considerada por muchos economistas y sociólogos como la Ley social por excelencia, no puede ser ilimitada, ni puede constituir para un comerciante o un industrial un derecho absoluto, porque de ser así, surgirían conflictos insolubles. Por consiguiente, si se hace del principio de la concurrencia de la ley fundamental de la economía, es necesario fijarle barreras que delimitarán su curso y constituirán posiciones que no podrá remover: esas posiciones son los derechos de propiedad industrial que por otra parte, son a la vez otras tantas prerrogativas de un establecimiento de industria o de comercio contra sus competidores.

La propiedad industrial puede ser definida como un nombre colectivo que designa el conjunto de institutos jurídicos o leyes que tienden a garantizar la suma de derechos deducidos de la actividad industrial o comercial de una persona y a asegurar la lealtad de la concurrencia industrial y comercial.

El término "propiedad industrial" para algunos autores es considerado falso e inapropiado. En primer lugar, la palabra "industrial" es ambigua; proviene del término "industria", que puede ser tomado en un sentido estrecho, por oposición al comercio, a la agricultura y a las industrias extractivas, o bien en un sentido amplio comprendiendo toda la gama del trabajo humano. En segundo lugar, la palabra "propiedad" no se aplica en este caso a los objetos tangibles a los que se refiere en general; está llamada a abarcar intereses y derechos de

naturaleza muy irregular. En tercer lugar, pese a que la división de la propiedad inmaterial en propiedad intelectual y propiedad industrial esté generalmente aceptada, es dudoso que este término sea el indicado para distinguir los derechos que designa de los derechos de autor, ya que una diferencia substancial parece hacer falta, en ciertos casos, entre las dos categorías de derechos, siendo a menudo difícil de incluir ciertas creaciones en una de ellas más bien que en la otra.⁴¹

A fin de servir sus intereses económicos, el hombre inventa, crea, imagina o utiliza diversas cosas. Invento un producto nuevo o nuevos. Adopta para sus productos una marca distinta o utiliza un nombre comercial, el nombre del lugar donde su negociación está ubicada, etc. Es a todos estos aspectos de la actividad humana, afirma Stephen Ladas que el término "propiedad industrial" se aplica, por lo que puede decirse que la propiedad industrial está constituida por las prerrogativas industriales que aseguran a su titular, frente a todo el mundo, la exclusividad de la reproducción ya de una creación nueva, bien de un signo distintivo.

Los objetos generales de las citadas prerrogativas también llamadas "derechos privativos" y "derechos exclusivos", se ordenan, según sus fines, en dos clases: A) Creaciones nuevas y B) signos distintivos.

Este primer grupo de objetos de los derechos de propiedad industrial comprende:

- a) las patentes de invención
- b) los modelos de utilidad

⁴¹ RANGEL MEDINA, David, TRATADO DE DERECHO MARCARIO, 1a. edición, México, D.F., 1960 p. 100.

- c) los modelos industriales y
- d) los dibujos o diseños industriales.

En las prerrogativas sobre esta primera categoría de objetos, el derecho se concretiza en títulos que representan el otorgamiento de monopolios legales temporarios, con los cuales se acredita que la ley acuerda en beneficio del autor, y durante un plazo limitado, un derecho exclusivo de empleo o de explotación del objeto protegido.

Los derechos exclusivos de reproducción de las creaciones nuevas son los derechos del inventor y los derechos de autor. Son los derechos exclusivos más completos por cuanto aseguran a sus titulares la conquista de la clientela, puesto que nadie podrá reproducir la obra creada.

La segunda clase de objetos de las prerrogativas industriales consiste en:

- a) las marcas;
- b) el nombre comercial;
- c) el aviso comercial;
- d) la enseña;
- e) las indicaciones de origen;
- f) los secretos de fábrica;
- g) las recompensas industriales y
- h) la represión de la competencia desleal.

Estos signos tienden a establecer relaciones de hecho ventajosas; son utilizados con el propósito de proteger, de afirmar y de extender la actividad del empresario y sus relaciones con el público. No son creaciones de la misma naturaleza que las invenciones, los modelos de utilidad o los

modelos y dibujos industriales: son signos estrechamente ligados con la empresa a la que protege.

Los derechos exclusivos de reproducción de signos distintivos son menos completos que los de las creaciones nuevas, pues no aseguran a su titular un verdadero monopolio. Son los derechos que reservan a un productor el uso exclusivo de su marca, de su nombre comercial o del nombre del lugar de su fabricación y concurren a la conservación de su clientela.⁴²

6.- LOS DERECHOS DE AUTOR.- Son aquellos Derechos concedidos por la Ley en beneficio del autor de toda obra intelectual o artística. En ellos se comprende el reconocimiento de su calidad de autor; el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación de su obra, que se lleve a cabo sin autorización, así como toda acción que redunde en demérito de la misma o mengua el honor, del privilegio o de la reputación del autor; el derecho de usar o explotar temporalmente la obra por sí mismo o por terceros, con propósitos de lucro y de acuerdo con las condiciones establecidas por la Ley.

Tanto el reconocimiento de la calidad de autor, como el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra son derechos personales, perpetuos, imprescriptibles e irrenunciables. Su ejercicio puede ser transmitido por disposición testamentaria.

Para determinar su naturaleza jurídica se han elaborado múltiples teorías explicativas. A pesar de que aún no existe una tesis universalmente aceptada, el tema es importante dado que

⁴² Ob. cit. p. 103.

la determinación de su naturaleza incide necesariamente en las posibilidades de interpretación analógica cuando se enfrenta a eventuales lagunas de la Ley. Dentro de estas tesis tenemos aquella que asimila a los derechos de autor a los privilegios, cuyo origen histórico se encuentran en las gracias concedidas por los monarcas; la doctrina de Roguin que explica estos derechos como una restricción a la actividad de los otros respecto de una obra, como un monopolio de derechos privados constituido en favor del autor, la teoría de la obligación *ex-delito* que considera que existe una prohibición (la de reproducción de la obra de otro) de la cual surge el derecho del autor de actuar contra el infractor; la tesis que asimila estos derechos a la propiedad cuyo fundamento se encuentra en la idea de la explotación exclusiva como similar a las formas de apropiación y posesión, y en que los atributos de la propiedad (goce y disposición) son aplicables también a los derechos de autor; la teoría que asimila a los derechos de la personalidad, en la que considera que el derecho de autor es inseparable de la actividad creadora del hombre, su exteriorización es una emanación de la personalidad, de ahí que toda violación o desconocimiento de ellos es un obstáculo al ejercicio de la libertad personal; la tesis que los considera bienes jurídicos inmateriales equiparable al derecho de propiedad que, recogiendo la antigua forma romana, establece un nuevo derecho que se diferencia de la propiedad sólo en su objeto; la teoría que equipara los derechos de autor al usufructo, explicando que la nuda propiedad del bien incorpóreo pertenece a la sociedad en la que se gestó la obra; la teoría que los incorpora al derecho patrimonial; la tesis que los asimila a los derechos reales; las teorías de Piola Castello, Valdés Otero y Stolfi que hablan de una naturaleza mixta (personal-patrimonial) de los derechos de autor, explicando que en el momento de la realización de la obra estamos frente

a un derecho patrimonial; la de Picard que habla de los derechos intelectuales o *jura in re intellectualli*, de la que se pueden derivar todas aquellas que le confieren autonomía a este tipo de derechos; o la de Farell Cubillas que los incorpora al derecho social explicando que mediante los derechos de autor se pretende proteger al económicamente débil efectuando una nivelación de desigualdad entre el autor y los grandes difundidores o explotadores de la obra.⁴³

ELEMENTOS SUBJETIVOS

1.- EL EMPRESARIO.- El titular de la empresa, o sea, el empresario que organiza a los factores de la producción para la elaboración de bienes o de servicios, que ofrezcan al público (empresas propiamente) o que elabore por encargo (talleres), es desde el punto de vista del derecho mercantil, el comerciante, ya sea que se trate de una "sociedad constituida con arreglo a las leyes mercantiles" (sociedades mercantiles regulares) o bien, de una persona (física o moral, distinta en éste último caso de las sociedades antes aludidas), "que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio haga de él su ocupación ordinaria."

Desde un punto de vista meramente terminológico, dentro de la figura jurídica del comerciante, a la que en ocasiones la Ley califica como empresario (artículo 6° de la Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria) caben dos especies; la persona que sólo se dedica al intercambio de mercancías comerciante en *sentido estricto* y aquella que mediante una empresa o de un taller, obtiene, elabora o transforma bienes o servicios, *industrial en sentido propio*. A ambas figuras

⁴³ PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1987, p.1051.

específicas se refiere la Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria. No obstante la actividad exclusiva de intercambio e intermediación del comerciante *strictu sensu*, también puede realizarse a través de una negociación, que, es lo que sucede en los grandes almacenes, tiendas, supermercados, en las que se da la organización empresarial y la oferta al público.⁴⁴

La ley contiene una definición simple pero razonable del concepto de "empresario" (patrón). En el artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo, se señala que es: "la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores".

La doctrina extranjera hace algunas aportaciones interesantes. Podemos mencionar las siguientes:

Juan D. Pozzo "... el empleador, o patrón o empresario es quien puede dirigir la actividad laboral de un tercero que trabaja bajo su dependencia en su beneficio mediante la retribución" (Manual Teórico Práctico de derecho del trabajo, Buenos Aires, 1961, t. I. p. 50).

Krotoschin "... es la persona (física o jurídica) que ocupa a uno o a varios trabajadores dependientes y en cuyo interés o para cuyos fines éstos prestan servicios". (Tratado práctico de derecho del trabajo, Buenos Aires, 1963, Vol. 1 pp. 148-149).

Manuel Alonso García: "Toda persona natural o jurídica que se obliga a remunerar el trabajo prestado por su cuenta haciendo suyos los frutos o productos obtenidos de la mencionada prestación".

⁴⁴ BARRERA GRAF, Jorge, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1987, p.1699.

Madrid: "patrono es la persona natural o jurídica, dueña o propietaria de una explotación industrial o comercial, donde se presta un trabajo por otras personas" (Derecho laboral español, Madrid, 1936, p. 12, cit. por Cabanellas, Contrato de Trabajo, Parte General, Buenos Aires, 1936, Vol. 1 p. 510.

Gide: "se designa con el nombre de patrono, o mejor dicho de empresario, a quien disponiendo de un instrumento de producción (tierra o capital) demasiado considerable para poderlo poner en actividad con su trabajo personal, lo hace productivo mediante el obrero asalariado" (Cours d'Economie Politique, Paris, 1909, p. 670, cit., por Cabanellas).⁴⁵

2.-AUXILIARES.- El personal, como tal, es decir, el conjunto de personas que labora para la empresa, tampoco forma parte de la hacienda. En cambio, las consecuencias patrimoniales de los contratos de trabajo o de la prestación de servicios que vinculan a dicho personal con el empresario, sí forman parte de la empresa, manifestándose en la responsabilidad patrimonial del empresario por salarios y sueldos, vacaciones, antigüedad, despidos, participación de utilidades, etc.

Puede el personal intervenir en la administración y en la gestión de la empresa, no meramente representando al empresario, sino disponiendo con éste de la vida de la negociación y del ejercicio de la actividad económica que ésta supone; en tal caso, existiría una titularidad conjunta, además de las prestaciones económicas que correspondieran a los trabajadores y empleados, en virtud de las relaciones jurídicas necesarias de los contratos relativos; pero también en dichas

⁴⁵ DE BUEN L., Néstor, "DERECHO DEL TRABAJO", Tomo I, México, 5a. edición, edit. Porrúa, 1984, pp. 458-459.

hipótesis habría una clara distinción entre los elementos objetivos y los subjetivos. p

a) Independientes.- El elemento Subjetivo, auxiliar, e independiente por excelencia dentro de la empresa lo encontramos intimamente ligado al "Contrato de Prestación de Servicios Profesionales" y en el ámbito mercantil al Comisionista.

El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de acuerdo con Zamora y Valencia, es aquel por virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico en favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario.⁴⁶

En este sentido, los servicios que se obliga a prestar el profesional son siempre actos técnicos y por regla general actos materiales.

El profesional siempre actúa en nombre propio y obra por su cuenta al hacer ejercicio de una actividad profesional, independiente de que como consecuencia del contrato celebrado con su cliente, su trabajo deba aprovechar y sea en beneficio de éste.

Independientemente del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, al cual hemos hecho referencia, es de mención que podemos encontrar como elemento subjetivo de la empresa auxiliar y de carácter independiente, aquellos servicios relacionados y/o derivados de contratos de:

⁴⁶ ZAMORA Y VALENCIA, "CONTRATOS CIVILES", Miguel Angel, México, 2a. edición, edit. Porrúa, 1985, p. 205.

suministros, mediación, comisión, correduría, agencia e incluso el de mandato.

b).- **Dependientes.-** Respecto a dicho concepto podemos señalar que a la persona que presta un servicio a otra, se le ha denominado de diversas maneras: obrero, operario, asalariado, jornalero, etc. El concepto que ha tenido mayor acogida, tanto en la doctrina como en la legislación es el de trabajador.

El concepto de trabajador es genérico, porque se atribuye a todas aquellas personas que, con apego a las prescripciones de la Ley, entregan su fuerza de trabajo al servicio de otra y, en atención a los lineamientos constitucionales, no admite distinciones; así se ha reconocido en forma expresa en la Ley, en el artículo 3º, segundo párrafo, que recoge este principio de igualdad al estatuir:

"No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social".

Es en la propia Ley la que nos ofrece el concepto de trabajador, al señalar en su artículo 8º : "Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado".

Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo: "Toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido para cada profesión u oficio."

De esa definición podemos concluir que apenas la persona natural o física puede ser empleado. La naturaleza de los servicios hechos, la ejecución de los mismos y la subordinación personal en que el empleado se coloca dentro del contrato de trabajo, hacen que la persona jurídica nunca pueda ser empleado".

Del mismo texto de la Ley se toman los siguientes elementos que son indispensables para que tal prestación de servicios sea regulada en sus disposiciones a saber:

- El trabajador siempre será una persona física
- Esa persona física ha de prestar un servicio a otra persona física o moral.
- El servicio ha de ser en forma personal.
- El servicio ha de ser de manera subordinada.
- El trabajador tendrá siempre una dependencia económica.

No obstante como ya se indicó antes, el concepto de trabajador "es genérico y no admite distinciones", en atención al principio de igualdad, la Ley ha previsto en sus disposiciones una categoría especial de trabajador, el denominado trabajador de confianza.⁴⁷

Indica Mario de la Cueva que precisamente por el principio de igualdad entre los trabajadores es que se cambió la antigua expresión de empleado de confianza por la de trabajador de confianza, a fin de borrar dos supuestas categorías de trabajadores.

La doctrina coincide al afirmar que la inclusión de este tipo de trabajador en nuestra legislación es justificada, en

⁴⁷ DAVALOS MORALES, José, DERECHO DEL TRABAJO I, Edit. Porrúa, 1.ª edición, México 1985, pp. 90-95.

virtud de que la naturaleza de las funciones que el trabajador de confianza desempeña dentro de las empresas; se hizo tal diferenciación en la regularización jurídica que en todo caso, no contraría en nada a la constitución; simplemente se contemplan en la legislación las modalidades propias de su función.

Así, el trabajo de confianza se regula en la Ley en forma particular, en el título sexto, capítulo II, bajo el rubro de "Trabajos Especiales"; en los artículos 181 y 182 determina:

"Artículo 181. Los trabajos especiales se rigen por las normas de este Título y por las generales de esta Ley en cuanto no las contraríen."

"Artículo 182. Las condiciones de trabajo de los trabajadores de confianza serán proporcionadas a la naturaleza e importancia de los servicios que se presten y no podrán ser inferiores a las que rijan para trabajos semejantes dentro de la empresa o establecimiento".

En la Ley no se establece un concepto definido de lo que se deba entender por trabajador de confianza, pero señala algunos elementos en función de los cuales se puede llegar a determinar cuándo se está en presencia de una función de confianza, datos que se localizan en sus artículos 9 y 11, que determinan:

"Artículo 9. La categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se dé del puesto".

Son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento".

"Artículo 11. Los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón y en tal concepto lo obligan en sus relaciones con los trabajadores."

ELEMENTOS CORPORALES

Los conceptos de mercancías, cosa y objeto mercantil son concéntricos. Toda mercancía es cosa mercantil y toda cosa mercantil es objeto mercantil, aún cuando las proposiciones contrarias no sean ciertas, ya que el concepto de objeto es más amplio que el de cosa, y éste a su vez lo es más que el de mercancía. El concepto de objeto mercantil comprende a los otros dos. Por objeto mercantil entendemos todo lo que es susceptible de ser el contenido de una relación jurídico-mercantil; esto es, el bien sobre el que recae el poder del titular de la relación jurídica, y así es el punto real de referencia de los derechos y facultades, de las obligaciones y de los deberes, derivados de la relación jurídica mercantil.⁴⁸

En este sentido, objeto mercantil es la *actividad humana*, en los contratos de correduría, comisión, agencia, dependencia mercantil, la aportación de trabajo en las sociedades mercantiles, etc. objeto mercantil son las cosas como los títulos-valores, las mercancías, los buques, el dinero,

⁴⁸ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Tomo I, México, 7a. edición, edit. Porrúa, 1967, p. 443.

bienes corporales o cosas corporales, que tienen carácter mercantil; objeto mercantil son ciertos derechos como los derivados de los títulos-valores y de los contratos mercantiles en general, así como los que se refieren a los avisos, las patentes y a las marcas; objeto mercantil son los patrimonios en su conjunto, como sucede en los procesos de quiebra y liquidación y de las operaciones jurídicas que tienen por objeto la empresa como unidad.

El concepto de cosa mercantil es más limitado. Cosas mercantiles son los títulos-valores, la empresa mercantil, los buques, las mercancías y el dinero, si bien estos dos últimos circunstancialmente. La característica común de todos ellos es la corporalidad. Limitamos así el concepto de cosa mercantil a las cosas corporales, aun cuando no admitimos la limitación propia de la doctrina germana, que restringe el concepto de cosas a aquéllas sobre las que se pueden fundar derechos reales.⁴⁹

Más aún es el concepto de mercancía. Diversos artículos del Código de Comercio y de las leyes mercantiles, hablan de mercancía o de mercadería, expresiones sinónimas, pero en ningún lugar hallamos la definición de lo que sea la de mercancía. Para determinar este concepto será preciso someter a un análisis dichos artículos para ver si es posible obtenerlo por inducción de algunas notas comunes.

1) Corporalidad.- Las mercancías son cosas corporales, tangibles, es decir, pueden ser trabajadas, elaboradas, es decir, ser materia de una acción física del hombre sobre ellas, lo que sólo es factible si tienen peso, volumen y tangibilidad;

⁴⁹ Ob. cit. Loc cit.

es decir, si son corporales (artículo 75 fracción I, del Código de Comercio). Se consumen por las personas físicas, como un medio para su subsistencia, lo que supone igualmente que tienen entidad física (artículo 76 del Código de Comercio). Pueden sufrir averías corrupciones, daños (artículos 295, 377 y todos los relativos a transportes en el Código de Comercio y en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial). Las mercancías se pesan y se miden (artículos 382 y 383 del Código de Comercio) lo que vuelve a suponer un concepto de entidad material. Sobre ellas pueden ponerse marcas y signos físicos, lo que necesariamente requiere una corporalidad en el objeto marcado (artículo 90 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial). Son susceptibles de transporte físico.

De ahí que "Si las mercancías se elaboran, se consumen, se descomponen, se pesan, se marcan y se transportan, es porque son cosas corporales".

2) Movilidad.- Son cosas muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea que se muevan por sí mismos, ya por efecto exterior (artículo 753 del Código Civil para el Distrito federal). La compraventa de inmuebles se contrapone a de muebles o mercancías (artículo 75 fracciones I y II del Código de Comercio), expresión literal en la que los muebles y mercancías quedan asimilados. Las mercancías son objeto de remisión (artículo 294 del Código de Comercio), lo que supone su transporte. Las mercancías son objeto de transporte mercantil (artículo 576 fracción I del Código de Comercio).

3) Susceptibles de tráfico.- Las mercancías pueden ser compradas ya que son objeto del contrato de compraventa, aun

cuando no todos los contratos de compraventa mercantil recaigan sobre mercancías. El Código de Comercio en sus artículos 373, 374 y 375 pone claramente de manifiesto que las mercancías han de ser susceptibles de compraventa; esto es, han de poder ser objeto de tránsito. Aquellas cosas que legalmente están excluidas de la circulación no son mercancías, aún cuando hayan podido serlo. Así ocurre con las cosas de comercio prohibido, en los límites de la prohibición legal, los cadáveres, la correspondencia, los alimentos corrompidos, etc. En cambio, si son mercancías aquellas cosas que tienen una capacidad de cambio circulatoria, aunque sea limitada, en tanto no haya sido suspendida por completo, así como aquéllas que sólo entran en la circulación y cambio con permiso de una persona (el autor, el inventor) o que solamente pueden ser vendidas a ciertas personas o con dispensa.

4.- Pertenencia actual a la circulación mercantil.- "Al criterio fundado en la nota física (cosa corporal, cosa mueble) y en la nota jurídica (susceptibilidad de tráfico), se une inexcusablemente la nota de la función actual (momentánea) que cumple la cosa en cuestión. Las otras cosas son inherentes a la cosa misma. Se tiene en un momento determinado y se deja de tener en otro momento. Por eso, si la última diferencia de la mercancía es algo externo y circunstancial, no puede haber diversidad de sustancia entre la mercadería y las demás cosas muebles. En este sentido, es exacta la opinión que afirma que la distinción entre cosa y mercancía es más de forma que de sustancia, porque la palabra mercancía sirve sólo para poner de manifiesto un especial destino de la cosa al comercio, es decir, el valor en cambio de la cosa, en manos de una persona y mercancía en manos de otra, con sólo que la una lo haya adquirido, o por

obra de su industria o con ánimo de consumidor y la otra lo haya adquirido para especular con su reventa locación”.

5.- Que no sea dinero, buque, título o una empresa mercantil.- Todas estas cosas son corporales y muebles, susceptibles de tráfico, pero no son mercancías, porque tienen ordenamientos jurídicos especiales, con lo que se advierte un criterio legal de separarlos y distinguirlos entre sí.

1.2 ANTECEDENTES DEL AVIAMIENTO

A).- EN EL DERECHO ROMANO

Ignorado el nombre, sino el concepto de *“aviamiento”*, por las fuentes Romanas, la naturaleza jurídica del mismo, aunque nunca haya sido objeto de particular investigación, está diversamente formulada o presupuestada en alusiones más o menos fugaces que se encuentran en la doctrina y en la jurisprudencia intermedia, sin embargo, en relación a la conformación de la negociación mercantil, dos instituciones jurídicas sirven de base a la estructuración moderna de las sociedades mercantiles: el contrato de sociedad, bajo la forma de comunidad contractual, aparece por primera vez en el *“consortium”*; la noción de personalidad moral en el *“collegium”*.⁵⁰

El pequeño comercio y la pequeña industria necesitaban un molde jurídico de sociedad adecuado para sus empresas; pero como fuera de las sociedades universales, notoriamente inadecuadas para los fines mercantiles por su carácter familiar

⁵⁰ CERVANTES Manuel, “DISERTACIONES SOBRE EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y LA PERSONALIDAD MORAL EN EL DERECHO ROMANO”, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo VI, Enero-Junio, No. 21-22, México, 1944, p.97.

y sus normas jurídicas altruistas, no tenían a la vista otro tipo de sociedad particular que la *societas negotiationis alicuius* o sociedad mercantil, la cual fue elaborada por los negociantes y jurisconsultos conteniendo los principios más importantes del contrato de sociedad, adaptados a la realización de fines lucrativos.

Los romanos no nos legaron una definición del contrato de sociedad, todas las que conocemos en lengua latina son obra de los comentadores. Felicio en su *Tractatus de Societate* trae una larga lista de esas antiguas definiciones y formula la suya en estos términos: *Dico igitur iudicio meo, ita societatem definiere posee: Societas est contractus qui consensu, rebus vel operibus sive industria intervenientibus ad communem quaestum seu lucum perficitur*. Donellus dice: *Plurium rerum vel unius mutua communio inter aliquos consensus suscepta illucris inde in commune faciendi gratia*. La definición de Voet es esta: *Societas est contractus juris gentium super re honesta de lucri et damni comunione*. La de Noodt es así: *Societas quae est contractus juris gentium, bonae fidei inter socios communicando*. La más popular de todas fué la de Azo: *Societas est duorum pluriumve ob commodiorem usum et uberiorem quaestum rationabilis conventio*.

La estructura jurídica de la *societas negotiationis alicuius* es tan sólo una etapa de una extensa e interesantísima evolución que arrancando de la *societas* romana primitiva se desenvuelve todavía hoy en los tiempos que vivimos.

La *societas* romana en sus más remotos orígenes, partiendo del *consortium*, fue un contrato real que requería para su existencia la formación previa o cercana de una comunidad entre los contratantes; de tal suerte que para que

la sociedad existiese era necesario que cada socio real y efectivamente hiciese la tradición de su aportación social. Es esta la *societas re* a que se refiere la ley 4, tit. II, lib. XVII del *Digesto*; y este carácter primordial de las *societas* romana nos explica por qué en la antigua Roma el contrato de sociedad es sinónimo de comunidad contractual, y por qué las palabras *societatem coire*, entrar en comunidad, han llegado a ser la expresión técnica de la celebración del contrato de sociedad. Crear una sociedad en estos antiquísimos tiempos fue pues, o convertir en consensual una comunidad preexistente o crear una comunidad contractual; puesto que la finalidad de la *societas omnium bonorum* no es la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, sino la vida en común. Es esta seguramente la sociedad a que se refiere Gayo en el pergamino del Cairo, cuando dice: "Hay otro género de sociedad propio de los ciudadanos romanos. Una vez muerto el padre de familia existía entre sus herederos una sociedad que era a la vez legítima y natural, la cual se llamaba *ercto non cito*, esto es, dominio indiviso: en efecto *erctum* es el dominio y es por esto que al propietario se le llama *erus*; de donde *ciere* tiene el sentido de *dividere*, y así decimos *cedere* y *secare* y *dividere*".

Sin embargo, los glosadores y los antiguos comentadores no ven en las palabras *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est*, la enunciación de un contrato real de sociedad, formado mediante la tradición de las aportaciones, sino tan sólo mediante un consentimiento tácito. De ésta misma opinión es el gran romanista Arno, quien afirma que "la locución *coire verbis* denota la expresa manifestación de la voluntad, y la *coire re* significa la manifestación tácita"

Trumpler piensa, al contrario, que la *societas re* es un contrato real y es esa la opinión que nos convence, pues además de las razones históricas expuestas y del texto mismo de la ley 4, tit. II, libro XVII del *Digesto* existe la definición jurídica de las obligaciones *re* contenida en D. 44.7.52, conforme a la cual nos obligamos *re* cuando es necesaria la tradición de la cosa. *Re obligamur cum res ipsa intercedit*; por lo cual los contratos reales no se perfeccionan por el consentimiento tácito, ni siquiera por el expreso, sino únicamente por la tradición de la cosa.

Así pues, esta primera etapa evolutiva de la *societas* romana se caracteriza por la más completa predominancia del elemento real, o sea de la comunidad de bienes; el elemento consensual, es decir, el contrato, es meramente secundario, porque como ya lo hemos visto en esta primera etapa del derecho la misión de la *societas*, no fue la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, sino tan sólo servir de medio jurídico para mantener la unión patrimonial de la familia, ante la desaparición de la *gens*.

La segunda etapa evolutiva de la *societas* romana se realiza cuando el contrato de sociedad se transforma de real en consensual; transformación debida a la diversidad de orígenes y naturaleza de la sociedad familiar *omnium bonorum* y de la sociedad mercantil *negotiationis alicuius*, creada para subvenir a las necesidades del comercio, y que por lo mismo ha debido ser puesta en consonancia con los usos mercantiles, que tienen como factor fundamental el crédito, y que por tanto en vez de exigir la tradición material de las aportaciones, considera suficiente la obligación personal de hacerlas. Efectivamente, la *societas omnium bonorum*, fue una creación del derecho civil romano, del derecho quiritarario; mientras que

la *societas negotiationis alicuius* fue una creación de los pretores, exigida por las necesidades del comercio romano, y fue erecta en contrato de derecho de gentes al lado de la venta, debido al carácter extranacional del comercio. Y de este modo Gayo en el citado papiro del Cairo no enseña que: " pero esta sociedad de la cual hablamos, esto es, de la que se contrae por el nudo consentimiento, es de derecho de gentes, y por consiguiente, puede tener lugar por razón natural entre todos los hombres.

La *societas negotiationis alicuius* representa una segunda etapa evolutiva en la estructuración jurídica de la sociedad; y se caracteriza porque dentro de ella ya no predomina el elemento *re*, ni el elemento *consensus* desempeña un papel secundario; sino que ambos entran por igual en la formación jurídica de la *societas*; o en otros términos, la *societas negotiationis alicuius* se forma mediante el concurso de dos instituciones jurídicas diversas: el contrato y la comunidad; y tiene por lo mismo como elementos constitutivos: un contrato de sociedad y una comunidad social.

La función del contrato es engendrar la sociedad; no puede haber sociedad sin contrato. El contrato es el único procedimiento jurídico apto para crear una sociedad. Ni el testamento, ni la prescripción son medios legalmente adecuados para constituirla.

Por otra parte, no puede haber sociedad sin comunidad; puesto que la sociedad requiere para su existencia que todo socio haga una aportación, necesariamente tiene que formarse una comunidad compuesta del conjunto de las aportaciones.

Hay autores como Gierke, que tienden a eliminar de la sociedad el elemento contractual para ver en ella una persona jurídica; pues piensa ese eminente jurisconsulto que el acto constitutivo de la *societas* no puede ser un contrato, porque el contrato sólo engendra derechos y obligaciones entre los contratantes; pero no puede tener la virtud de crear un nuevo ser jurídico, una persona moral, distinta de la personalidad de los socios. Hay otros que tienden a eliminar no sólo el contrato y que no se limitan, como el derecho romano, a ocultar bajo el palio de la personalidad moral de la sociedad la comunidad social, substituyendo el derecho real de copropietario por el derecho personal de representante de una parte social, sino que quieren eliminar la parte social misma, considerando que el acto constitutivo de la persona moral es una función independiente de toda idea corporativa, de manera que la persona moral subsiste aun cuando quede reducida a un solo miembro, y los derechos de socio pierden su carácter de parte social, para convertirse bajo la forma de acción, en un título de crédito circulante y comerciable.

B).- EN EL DERECHO INTERMEDIO

En la Edad media, el derecho mercantil se abrió paso como derecho particular de una nueva clase social, en una sociedad que conoce una multitud de derechos particulares, de clase y territoriales, junto a derechos que quieren ser universales, comunes a toda clase social y a todo territorio: el derecho romano, que los glosadores extraen del *Corpus iuris* de Justiniano, cuya vigencia actual se funda en la autoridad del Imperio, el derecho Canónico que la Iglesia impone a todos en nombre de la *maiestas* del pontífice.

El *ius mercatorum* (que es una expresión perteneciente al lenguaje jurídico culto; la usaban prevalentemente glosadores como Bartolo y Baldo, posee un significado especial: antes que referirse a una parte del derecho se llama *ius mercatorum* por que está creado por la clase mercantil y no porque regula la actividad de los *mercatores*) se coloca en competencia con los otros derechos. Su presupuesto de aplicación es el hecho de ser comerciante una de las partes de la relación a regular. Cuando esto sucede, los demás derechos, sean particulares o universales, deben sucumbir; ahí está la fórmula repetida constantemente en los estatutos: «*non obstante aliquo iure canonico vel civile*» (aunque respecto al primero, el *ius mercatorum* evitará un enfrentamiento directo, tratando más que nada eludirlo, como ocurre en el tema de la usura). Cuando falta aquel presupuesto, la relación con los otros derechos no es competitiva, sino una relación de coexistencia. El derecho común es válido para disciplinar las relaciones entre no-comerciantes, a las cuales la clase mercantil no prestará atención hasta principios de la era industrial; el derecho común es válido también para regular las relaciones extraprofesionales del comerciante (relaciones de familia, de sucesión, relaciones patrimoniales de carácter inmobiliario), salvo algunas significativas excepciones, como el caso del arrendamiento de la vivienda particular del comerciante que estaba atribuido a la competencia de la *curia mercatorum* con el fin de evitar la especulación de los propietarios urbanos, pertenecientes, en general, a la nobleza ciudadana; por último, el derecho común es válido incluso para las relaciones comerciales que no tengan una regulación específica en el *ius mercatorum*, y los mismos estatutos mercantiles se remiten a él como fuente subsidiaria de regulación de las relaciones mercantiles.⁵¹

⁵¹ GALGANO Francesco, HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL, Edit. Laila, Barcelona España, 1981, p. 50.

El dominio del *ius mercatorum* se extiende, esencialmente, sobre los contratos y sobre las obligaciones derivadas de ellos, ámbito preferido de la actividad comercial. El contrato fue el instrumento jurídico de la acumulación capitalista:

«Cualquier problema técnico debe resolverse mediante la estipulación de un contrato, y todos los esfuerzos y pensamientos del empresario capitalista se dirigen hacia la configuración más ventajosa de dicho instrumento. Tanto si se intercambian prestaciones de trabajo, por bienes reales, o bienes reales por bienes reales, lo importante es que a la poste el excedente, en valor de cambio (dinero), quede en manos del empresario capitalista, el cual orienta toda su actividad al logro del beneficio"». ⁵²

El sistema del derecho romano común era inadecuado a estas necesidades: era un sistema jurídico basado en la conservación, y no en la acumulación de la riqueza, establecido para el disfrute de los bienes, no para la búsqueda de la ganancia. La sociedad, que lo había producido era una sociedad en la cual el ideal supremo de la clase dirigente no era el desarrollo, sino la seguridad y la estabilidad. El instrumento jurídico, que había garantizado a la clase dirigente de Roma el disfrute de los recursos y de la fuerza de trabajo, era el derecho de propiedad; todo el sistema jurídico estaba centrado en la relación de las cosas: «todo el derecho había enseñado Ulpiano- trata de como una cosa llega a ser de alguien, de cómo la conserva, y de como la enajena o la

⁵² WERNER SOMBART, DER MODERNE KAPITALISMUS Leipzig, 2a. ed., 1916-1927, p. 167.

pierde». El contrato se veía bajo la perspectiva, como un medio a través del cual se adquiere, o se dispone, la propiedad; su disciplina estaba dominada por la idea de proteger a los comerciantes en cuanto propietarios que disponen de sus propios bienes.

El *ius mercatorum* desancora el contrato de la propiedad atribuyéndole una función por sí mismo: el contrato se convierte en negocio, en acto de especulación. El contrato es, para la clase mercantil, el instrumento que permite la realización de la ganancia mediante una múltiple serie de relaciones -relaciones contractuales- que la nueva clase establece con el resto de la colectividad: con los productores de las mercancías que adquiere, con los propietarios de los bienes que utiliza como factores productivos, con los consumidores de los productos que coloca en el mercado. La disciplina contractual cumple con esa función: satisfacer, en todas estas relaciones, las expectativas de ganancia del comerciante.

Se trata de un derecho inspirado en una concepción de la riqueza no dirigida al consumo, ni a la inmediata satisfacción de las necesidades, sino a la creación de nueva riqueza. Esta concepción preside las relaciones de la clase mercantil con el resto de la colectividad y, también, las relaciones internas de la nueva clase. El *ius mercatorum*, por tanto, además de ser una reglamentación de las relaciones contractuales entre los comerciantes y los no-comerciantes, ventajosa para la clase mercantil, es una reglamentación de las relaciones internas de la clase mercantil, tendiendo a realizar, incluso en su interior, los intereses de clase.

La burguesía medieval muestra, de este modo, haber alcanzado la capacidad suficiente, que es característica de la fase madura de la evolución de las clases sociales, para elaborar una visión general de los intereses de clase. Su derecho protege el interés general de la burguesía, no el interés de cada burgués en particular; el interés de aquélla a la máxima valorización del capital. Cuando el interés de clase de la burguesía, el derecho sacrificará el primero en beneficio del segundo.⁵³

El *aviamiento* tiene sus orígenes en las instituciones jurídicas italianas de la Edad media, *jus intraturae* y *jus stantiandi* que empezó a desarrollarse a partir del siglo XIII, en las ciudades toscanas (florenxia, Pisa, Siena y otras). El desarrollo del comercio provocó en esas épocas la invasión y crecimiento desmedido de dichas ciudades, lo que influyó en lo que se conoce como la Declaración de la Rota de Florenxia.

Dicha Declaración consistía en que había más comerciantes que locales para dar en arrendamiento. Se empezaron a adoptar medidas: primero se prohíbe arrendar a forasteros venidos de otras ciudades locales situados en calles céntricas; peros éstas medidas resultan insuficientes. Entonces, se prohíbe que un patrón pueda ejercer el comercio en más de un local, se obliga a los propietarios a respetar el plazo convenido y a prorrogar el arrendamiento cuando éste reúne ciertas características. De este modo terminan por consolidarse los dos derechos arriba indicados. El *jus intraturae* consiste en el derecho de ser indemnizado por las mejoras introducidas en el local, cuando el arrendatario lo cede a otra persona o al mismo propietario. Dentro de éstas

⁵³ GALGANO Francesco, HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL, ob. cit. p. 52.

mejoras se incluye el aviamiento: El *jus stantiandi* es la facultad que el arrendatario adquiere sobre el local cuando ha estado al frente cinco años o más.

Para Cesar Vivante y Francesco Messineo, el *jus stantiandi* consistía "en el derecho a conservar el goce del inmueble, a menos que el propietario quisiera recuperarlo para un empleo diferente" y el *jus intraturae* es "el derecho a una indemnización en caso de interrupción del arrendamiento".

La evolución de éstos derechos es interesante después del siglo XVIII, cuando se considera la "entratura" bajo dos aspectos: el primero derecho de aviamiento, que concedía acción al arrendatario para reclamar una indemnización al término del arrendamiento. Este derecho podría ser enajenado o gravado, y el segundo derecho de permanencia en los locales, después de vencido el plazo. Este derecho no podía cederse sin consentimiento del dueño, salvo que fuese al hijo, por causa de muerte, cuando éste hubiera estado asociado al padre al menos cinco años. Este derecho fenecía, también, con la muerte del arrendatario o por el abandono del ejercicio del comercio.

1.3 IMPORTANCIA DEL AVIAMIENTO

A).- DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONOMICO Y CONTABLE

El *aviamiento* (cualquiera que sea su naturaleza jurídica), tiene un valor, merece un precio, el cual se fija y se cotiza en los casos de transmisión global de la empresa, para el efecto de que quien la adquiera pague, no solamente el esfuerzo y la actividad del empresario que logro coordinar dichos bienes y

servicios, y que ha conseguido la atracción de un público creciente. El precio por la adquisición de la empresa es lo que en nuestra terminología se llama "guante" o sea, el excedente "que se suele dar sobre el valor de una cosa que se vende o se traspasa".

Desde el punto de vista económico y contable, al *aviamiento* lo podemos situar en el rubro de los "activos fijos intangibles" o bienes inmateriales que carecen de naturaleza física. Esta clase de activos configuran servicios especiales para la negociación, mismos que, conforme se disfrutan, se consumen y su valor se registra como un gasto que, mientras en los activos intangibles se llama amortización, en los activos tangibles se denomina depreciación y en los recursos naturales, agotamiento.

La existencia física no es una condición especial, pues hay activos que no son concretos, que no poseen existencia corpórea; sin embargo, no se consideran intangibles, como en el caso de los impuestos pagados por adelantado, las cuentas por cobrar a largo plazo, etc.

Los activos intangibles tienen la peculiaridad de que para poder existir necesitan apoyarse en el activo tangible de la empresa o ligarse a él, como sucede con las patentes, que necesariamente tiene que haberse creado el producto, para después obtener el derecho exclusivo para producirlo.

Como ejemplos de activos intangibles se pueden citar: los derechos de autor, las concesiones, las marcas de fábrica, las patentes, los nombres comerciales, y el crédito mercantil, que también se conoce como "guantes", en algunos estados de la República se llama el punto y en otros países se denomina

derecho de llave. Se consideran también como activos intangibles las investigaciones científicas, los gastos de organización, etc.

En opinión del C.P. Raúl Niño Álvarez, los beneficios que reportan ésta clase de activos implican ciertas dificultades para poder determinarlos con ejercicios específicos o ingresos especiales. Así, mientras las patentes, por ejemplo, se relacionan con la fabricación de los productos, los nombres comerciales tienen como finalidad mantener en el mercado la venta legal del artículo a que la patente se refiere.⁵⁴

El Instituto Norteamericano de Contadores Públicos, en su Boletín de Investigación sobre contabilidad número 43, clasifica los activos intangibles de la siguiente manera:

a) De vida limitada, o sea al que la ley le señala un límite de servicio o aquel cuya vida, por su misma naturaleza, está supeditada a ciertos factores.

b) De vida ilimitada, o sea, activos intangibles que no tienen existencia definida y que para los efectos de la presente tesis es el rubro que vamos a describir.

Dentro de los activos intangibles de vida ilimitada se encuentran las marcas de fábrica, las concesiones, los nombres comerciales, el crédito mercantil, los gastos de organización etc.

Los activos intangibles de vida ilimitada pueden tener vida limitada, en caso de que no se hagan desembolsos necesarios

⁵⁴ NIÑO ALVAREZ, Raúl, CONTABILIDAD INTERMEDIA II, Edit. Trillas, México, 1984, p.126.

para su mantenimiento y reemplazo; sin embargo, presentan la seria dificultad de que no es posible señalar el momento en que deben reemplazarse el valor inicial del activo intangible, por gastos adicionales. Por tal razón, se asienta que el costo original debe quedar en los libros de contabilidad, y todos los gastos tendientes a conservarlo se consideran como costo de operación, en cuyo caso no se aplica la amortización, porque permanece el valor inicial del activo. En caso de que no se hagan gastos de mantenimiento, procederá la amortización correspondiente.⁵⁵

CREDITO MERCANTIL

De acuerdo con la doctrina, es la diferencia que se paga, al comprar una empresa, entre el valor razonable del activo después de haber deducido el pasivo. Dicho excedente se reconoce por la capacidad que tiene el negocio para gozar de un prestigio comercial entre el público, sobre todo con sus clientes, o la decidida colaboración de los trabajadores para con la empresa a fin de aumentar la producción, así como para mejorar la calidad de la misma; o también la aceptación que tenga la empresa en los medios financieros, para celebrar operaciones con relativa facilidad, para obtener préstamos o negociar documentos, etc. Independientemente de su solvencia económica y favorable capacidad de pago, todos estos factores forman en conjunto lo que se conoce como crédito mercantil, que es el ejemplo clásico del activo fijo intangible.

El hecho de que una empresa cuente con los elementos que forman el crédito mercantil, no significa que por el solo

⁵⁵ Ob. cit. p. 128

hecho de poseerlos se acepte su crédito mercantil, pues es necesario que se cumplan con otros factores, como:

1) Que sean permanentes el prestigio que tenga la empresa, su numerosa clientela, el crédito que le concedan sus proveedores o acreedores, etc.

En la mayoría de los negocios, la clientela es el factor más importante para la valuación del crédito mercantil, pues las ventas dependen, además de otras causas, de la clientela y se debe considerar si la misma es más o menos fija o si sólo es por épocas (determinadas estaciones del año). En este mismo renglón de clientes debe analizarse viendo su movimiento de ejercicios anteriores y estudiar además, las posibilidades de que aumente en el futuro el número de clientes o que pueda disminuir. El estudio de la clientela debe ser muy minucioso y depende, en mucho, del ramo a que se dedica la empresa y de la política de sus ventas.

2) El importe del crédito mercantil se determina cuando el negocio se va a traspasar, pues no es posible imaginar que los elementos mencionados como integrantes del mismo se puedan vender en forma aislada.

Se debe someter a un riguroso análisis los resultados de varios ejercicios, obteniendo un promedio de las utilidades; pero no deben tenerse en cuenta las operaciones extraordinarias que hayan originado beneficios o pérdidas.

3) Es importante considerar la necesidad de estudiar la serie de gastos fijos que tiene el negocio, como sueldos de ejecutivos y empleados, renta etc. Esto tiene por objeto

establecer la relación que guardan los gastos con los beneficios que se obtienen.

En este orden de ideas, la empresa que traspasa su ramo, si reúne alguna o todas las condiciones citadas, tiene un precio que rebasa el importe neto de su activo, disminuido del pasivo correspondiente; sin embargo, no debe pensarse que la cantidad recibida como excedente, sea utilidad en un cien por ciento. No obstante, si se examina detenidamente este renglón, se encontrará que esta situación bonancible que se traspasa o vende es consecuencia de una serie de estudios, investigaciones, inversiones, gastos y riesgos que, todos reunidos, dieron el prestigio comercial a la empresa.

Se dice que el crédito mercantil lo forma principalmente la clientela que acude a determinado lugar a efectuar sus compras o a obtener el servicio que desea. Quizá acuda a dicha empresa, debido a que los empleados son eficientes y corteses y a que el negocio proporciona el máximo de comodidades a sus clientes, esmerada atención, excelente calidad de los artículos, precios razonables, condiciones de pago ventajosas, en relación con negocios similares, etc. De ahí que el crédito mercantil es el menos líquido de todos los activos; no se puede disponer directamente mediante venta o cualquier otro método de distribución. De acuerdo con los principios reconocidos, el crédito mercantil deberá colocarse en las cuentas sólo cuando éste es comprado, y al precio que se haya pagado por él.⁵⁶

⁵⁶ W. HOLMES Arthur, PRINCIPIOS BASICOS DE AUDITORIA, Edit. Compañía Editorial Continental, México, 1976 p. 300.

Cuando la empresa ofrece al público la serie de ventajas mencionadas, éstas repercuten en el negocio de la siguiente manera:

a) Aumentan sus inversiones en el activo fijo, como camiones para el reparto de la mercancía vendida, aparadores, vitrinas, etc.

b) Sus gastos de adaptación y mejoras al local, como alfombras, clima, decoraciones, etc., representan fuertes desembolsos.

c) La selección y entrenamiento del personal origina gastos; además, para tener empleados eficientes, es necesario ofrecer excelentes sueldos más prestaciones que estimulen al personal de la misma.

d) Los precios razonables de los productos, que probablemente sean más bajos que los que ofrecen las empresas similares, representan disminución en las utilidades, lo cual, aunque exista una compensación por el volumen de las ventas, no deja de representar cierto sacrificio en las ganancias en relación con las inversiones.

e) Las fuertes inversiones en mercancías, dado el volumen de las ventas; los posibles préstamos para aprovechar determinados precios y condiciones de pago, etc., implican riesgos que, en caso de que los artículos comprados no lleguen a tener la demanda esperada, producirán pérdidas, pues la empresa se verá obligada a vender su mercancía a precios castigados.

Desde nuestro punto de vista el vendedor de una negociación mercantil, al recibir el excedente (crédito mercantil), de hecho está obteniendo una especie de compensación o recuperación, aunque sea parte de las utilidades sacrificadas: recibe un premio por la excelente organización de la empresa; está cobrando una especie de interés indirecto a sus inversiones en el activo fijo y a sus diversos gastos de instalación, así como, en términos generales, a todas las medidas y desembolsos efectuados para mantener a la empresa a salvo de cualquier contratiempo y con la solvencia y crédito de que disfruta hasta la fecha en que celebra la operación de traspaso.

B) DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO

Para Mario Rotondi, la aludida noción de *aviamiento* como situación de relación y de comparación entre dos o más fondos de comercio, entre todos los fondos de comercio que en cierto mercado económico ejercen una misma industria o un mismo comercio tiene un contenido eminentemente relativo y, si está sugerida desde un punto de vista particularmente interesante para el economista o el cultor de la economía de las empresas. No pone en evidencia otro posible punto de vista desde el cual puede considerarse el fenómeno del *aviamiento* ya no como un valor de relación, sino como un valor absoluto que es el único punto de vista desde el cual el fenómeno tiene trascendencia jurídica, y, lo que más importa, la única manera mediante la cual puede ser tutelado el interés a que se refiere.

En efecto, bajo el aspecto jurídico, el hecho de ser mayor o menor respecto a otros fondos de comercio u otras inversiones, la esperanza de lucros futuros no es cosa que pueda tener trascendencia y merecer tutela. La condición de

monopolio parcial de hecho de la cual un fondo de comercio puede gozar representa el efecto de condiciones afortunadas del mercado (mas o menos estables o pasajeras) pero que, como simple situación de hecho, el derecho no es garante.⁵⁷

Desaparecidos los monopolios de derecho a favor de determinados ciudadanos, características de los ordenamientos feudales la clientela constituye un fenómeno de mero hecho, no ya una expectativa jurídica. Para el derecho, por el contrario es más bien interesante la consideración del mismo fenómeno en un estado idealmente anterior a su manifestación; vale decir, la consideración de que la coordinación y organización de los factores de la producción dentro del fondo de comercio, por obra de un empresario, crea un valor nuevo. Fenómeno que se verifica en todos los fondos de comercio, y que se manifiesta como una capacidad para conseguir resultados económicos, una fecundidad para crear nueva riqueza, que independientemente de la organización de cada uno de los bienes, dentro del fondo de comercio, no se podría conseguir. De aquí un nuevo y, para el jurista, mucho más interesante aspecto del "aviamiento", ya no como concepto de relación entre varios fondos de comercio concurrentes en un mismo mercado, sino concepto absoluto: es decir, como resultado de ese conjunto de factores materiales y personales que justifica la esperanza de lucros futuros: fuerza de inercia incorporada a la organización misma del fondo de comercio, y aumentada luego, paulatinamente, a través de su funcionamiento, inmanente en el fondo de comercio y en su titular, como promesa de futuro lucro.

⁵⁷ ROTONDI Mario, "EL AVIAMIENTO EN LA TEORIA GENERAL DEL FONDO DE COMERCIO" LA LEY, Tomo 51, Julio-Agosto 1948, Revista Jurídica Argentina, p.1128.

Esto importa otra consecuencia interesante para nosotros, que todo fondo de comercio, en cuanto existe y por el sólo hecho de existir, tiene un "aviamiento" propio derivado de la organización misma de los factores de la producción dentro de la unidad del fondo de comercio. Esta organización como condición del ejercicio de la actividad productiva, puede y debe ser objeto de particular y celosa tutela por parte del derecho.

El problema de la posibilidad de concebir un fondo de comercio sin "aviamiento" y de distinguir en consecuencias fondos de comercio con y sin "aviamiento", a los efectos de la regularización de relaciones particulares, es para Rotondi, debido a este concepto de "aviamiento", de solución indudablemente negativa. Aunque puedan existir fondos de comercio con mayor o menor "aviamiento", si se concibe éste como resultado de esa coordinación de elementos de la producción, que no puede faltar en ningún fondo de comercio, es evidente que cada fondo de comercio tiene su "aviamiento", y que, en consecuencia, en todo fondo de comercio el derecho debe tutelar este nuevo valor que surge justamente con el surgir del fondo de comercio, se desarrolla con él y con él se destruye. A él se dirige sobre todo la represión de la concurrencia desleal.

Pero, si se debe reconocer un derecho, por parte del titular de un fondo de comercio, a la conservación del "aviamiento" del mismo, y por lo tanto a la tutela de los diferentes factores, de los cuales deriva el "aviamiento", y además a su organización en cuanto creadora de un nuevo valor; si se puede concebir una garantía de la transferencia del fondo de comercio, para la subsistencia del "aviamiento" (en cuanto transferible), no se puede por el contrario, concebir un

derecho del comerciante a que el propio fondo de comercio tenga un mayor "aviamiento" en relación a otro tomado como punto de referencia, o a que le sea conservada o garantizada por el ordenamiento jurídico, una esperanza o probabilidad de lucros futuros mayores que aquellos de los cuales gozan otros fondos de comercio.

Es por ello que decíamos arriba que desde el punto de vista jurídico aparece infecunda la noción del "aviamiento" como concepto de relación, es decir, como exceso de los lucros previsibles para un fondo de comercio respecto de los previsibles para otra u otras concurrentes; y por esto resulta necesario considerar el "aviamiento" en sí y para sí.⁵⁸

⁵⁸ Ob. cit. p. 1129.

CAPITULO II

EL AVIAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

II.1 EN LA DOCTRINA ITALIANA

Por ser una institución jurídica eminentemente creada por la doctrina italiana, desentrañar la naturaleza jurídica del "*aviamiento*" a decir de Mario Rotondi, no es fácil. Vivante al examinar los elementos de la hacienda los distinguía en activos y pasivos, comprendiendo entre los primeros además de las cosas corporales y los derechos también el *aviamiento*, considerado incluso como elemento esencial en forma tal que sin la adquisición, la venta, la donación, la constitución en dote del *aviamiento*, no se podría considerar adquirida vendida, donada el fondo de comercio.

El *aviamiento* así considerado bien podría por lo tanto ser objeto de venta voluntaria o forzosa, de aporte social, de transmisión hereditaria, en una palabra de transacción comercial. también de una manera autónoma y hasta se discute su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria. Este concepto del *aviamiento*, como elemento del fondo de comercio, cosa incorporal sobre la cual el titular del mismo tiene un verdadero y propio derecho de propiedad, es el más ampliamente difundido y encuentra eco en la más autorizada doctrina italiana.

Posteriormente sostiene que el *aviamiento* es un elemento connatural del fondo de comercio, porque, salvo diferente voluntad del propietario, sigue su suerte; pero no un elemento esencial, porque puede ser separado de él, así como en la

venta de una biblioteca, se puede separar una colección de manuscritos preciosos que le dan celebridad y provecho.⁵⁹

Mario Rotondi critica abiertamente la posición de Vivante al sostener que hablar de "aviamiento" como de cosa o de elemento autónomo, es mera abstracción, como hablar de la belleza, de salud, de honorabilidad, de moralidad de una persona, calidades todas ellas de muy diversa importancia jurídica pero inseparables de la persona humana a la cual estas dotes se refieren. Pero la abstracción referente por cuanto se llegó al absurdo de concebir su existencia autónoma, y por lo tanto su autónoma tutela, y finalmente pues, a admitir la posibilidad de disponer del "aviamiento" en sí y para sí.

Sostiene que mientras la doctrina se detuvo en esta concepción del "aviamiento", como elemento autónomo, en lugar de como calidad relacionada con todos los elementos materiales y personales en todo fondo de comercio concreto, el estudio jurídico del "aviamiento", excluyó toda posibilidad de análisis científico, tal como le fue excluida a la química toda posibilidad de progresar como ciencia, mientras los químicos se demoraron en la creencia de la más absurda abstracción: la existencia de aquel fantástico cuerpo que los químicos de un tiempo llamaron flogisto.

La observación científica y la experimentación hicieron en el campo de los estudios químicos justicia a éstas y otras parecidas fábulas. de demasiadas abstracciones no menos risibles y absurdas está todavía harto el campo de la especulación jurídica, para que ella pueda moverse rápidamente hacia los anhelados progresos. Admite desde luego, que existan junto a los bienes corporales, como objetos

⁵⁹ *Ibidem* p. 1130.

de derecho, bienes inmateriales, pero para que se pueda hablar de "aviamiento" como elemento, aunque sea incorporal - autónomo objeto de derecho en general y de derecho de propiedad en especial- sería necesario poder identificar en él esos dos requisitos que sólo pueden hacer de una entidad inmaterial un posible objeto de derechos, es decir, un contenido patrimonial y en segundo lugar una tutela autónoma con la correspondiente facultad de goce y de disposición no es posible, quiere decir, a pesar de toda apariencia en contrario, que no estamos frente a un derecho autónomo, sobre un bien de contenido inmaterial y tutelado en sí y para sí, sino que estamos simplemente frente a la tutela de un derecho. En este sentido, la tutela no está en vista de un objeto autónomo, sino sólo como reflejo de la tutela de otro objeto, del cual el pretendido bien inmaterial no representa mas que el reconocimiento de una calidad, de una propiedad de un atributo.

Así por ejemplo la belleza, la salud si pueden tener un contenido patrimonial de la persona humana lo mismo de las cosas, la fuerza de un caballo, la belleza de un cuadro, la velocidad de un aeroplano, calidades todas ellas bajo la tutela de las cuales existe un interés patrimonial quizás importantísimo pero calidades siempre tuteladas como reflejo de esa cosa de la cual son inherentes no en sí y para sí, no siendo, como entidades meramente abstractas, susceptibles de ser gozadas de una marea autónoma o de constituir en forma autónoma, el objeto de actos de disposición jurídica. Todo esto se puede repetir con respecto al *aviamiento* , en cuanto concebido de la manera arriba expuesta: será tutelado en sus distintos factores: materiales, inmateriales y personales que concurren a producirlo. Será tutelado aun en cuanto se tutela la coordinación de elementos que son condición de vida del

fondo de comercio es decir, en cuanto es tutelado el fondo de comercio pero no tutelado en sí y para sí como objeto de un derecho autónomo, como de autónomo derechos pueden ser en cambio objeto aquellos que son verdaderos y propios bienes inmateriales y que constituyen para nosotros los verdaderos elementos del fondo de comercio: es decir, las patentes, los modelos de fábrica, de los cuales son indiscutibles el goce y la disposición autónomos.

La errónea concepción de la naturaleza jurídica del "aviamiento" por nosotros criticada, no tiene ningún arraigo textual en las fuentes privatistas, ni puede ser cierto encontrar refuerzo en la notoria posibilidad de que el "aviamiento" esté afectado de imposición fiscal que otorguen una compensación por el "aviamiento" al arrendatario saliente del negocio alquilado para uso comercial, porque el aumento del valor del inmueble locado, no ya la cesión de un bien autónomo, sería en todo caso la justificación de esta compensación.⁶⁰

Carnelutti en su libro "Usucapione della proprietà industriale" inspirado en la doctrina germana de Isay, ha ido más allá de la definición del aviamiento como un bien inmaterial ya que al precisar su naturaleza lo define como un derecho de la misma naturaleza que el del autor o del inventor posición no compartida por Rotondi ya que si la concepción artística o la invención patentable, es siempre dissociable de la materia en la cual se ha traducido, es tutelable en sí y para sí la idea de organización del fondo de comercio, realizada pragmáticamente por el dueño de un fondo de comercio, está tutelado junto con éste y no puede ser dissociada la tutela que el ordenamiento jurídico da al "aviamiento" por esa parte que

⁶⁰ Ibidem p. 1133

está objetivada en fondo de comercio es aquella que el derecho da a la obra pictórica formas compenetradas en la materia no la que el derecho da a la invención artística o industrial, disociable de toda materialidad concreta, y susceptible de goce y de disposición autónomos. El derecho me defenderá de quien quiera desorganizar la organización por mí realizada, pero no de quien quiera organizar un fondo de comercio como he organizado el mío: nadie querrá admitir una acción de plagio, de falsificación o similares, contra quienes, animados por mi ejemplo organicen su fondo de comercio con el criterio por mí adoptado.

El hecho de decir que el “aviamiento” no puede considerarse como objeto de un derecho exclusivo de autor o de inventor o en general como algo deferente del fondo de comercio, de los elementos que lo constituyen, de la actividad humana que lo agita, y el reconocer la existencia de un “aviamiento” en todo fondo de comercio, presupone una organización de los factores de la producción, que tomados individualmente, no serían aptos para una actividad productiva, no autoriza empero a afirmar la identidad del “aviamiento” y del fondo de comercio. De ahí la afirmación señalada por Carrara de que ningún elemento tomado singularmente es apto para constituir el fondo de comercio; este sólo es necesario: no sólo surge con el fondo de comercio, se extingue, se enajena con él, “hay un solo elemento esencial en el fondo de comercio y es la combinación de los factores de la producción; este elemento no es una universalidad de cosas o de derechos y no puede clasificarse en las categorías de cosas”, ello no es tampoco una manera de ser del fondo de comercio: “el “aviamiento” no es por tanto el movimiento de propulsión para el pasaje del periodo de preparación al de ejercicio; sino que es algo más consistente;

es decir, la combinación misma de los factores de la producción. La consecuencia que debe deducirse esta premisa es clara: en el conjunto en el cual se quiere hacer consistir el fondo de comercio, notamos la existencia de un elemento esencial, mientras los otros elementos, de los cuales el conjunto se compone, son de naturaleza puramente accesorio, y es evidente que no se podrá hablar de universalidad de esas cosas o de derechos". De donde Carrara concluye que el fondo de comercio por él identificado con el "aviamiento", no es más que un negocio jurídico.

Reconocida la imposibilidad de concebir el "aviamiento" como elemento en sí, admitida la existencia del "aviamiento" en todo fondo de comercio pero no cayendo por esto en el sofisma arriba denunciado, que conduce a la afirmada identidad de los dos conceptos, concibe el "aviamiento" calidad indisolublemente inherente al fondo de comercio, derivada de la organización de los elementos de que él está constituido y sobre los cuales se fundan la esperanza y la posibilidad de lucros futuros.

En este sentido, Carnelutti configura el "aviamiento" del fondo de comercio como la fuerza de inercia inyectada en él por el empresario en su trabajo de coordinación y de dirección, así como la cuerda en el reloj: el "aviamiento" no es un elemento sino una manera de ser y por lo tanto una calidad del fondo de comercio. El fondo de comercio «aviado» es un perro amaestrado: a nadie se le puede ocurrir que la educación para cumplir ciertos actos sea un elemento del perro. Por supuesto que el "aviamiento" tiene un valor: pero éste no es más que la diferencia entre el valor del fondo de comercio no «aviado» y aquel fondo de comercio que sí lo está". Se trata en opinión de Carnelutti "de la energía del autor acumulada en la

hacienda”, que la ha organizado y la mantiene en un alto grado de reputación y de rentabilidad; es un elemento que tiene un valor propio, aunque nunca existe separadamente de la negociación, por lo que no puede enajenarse aisladamente.

El “aviamiento” del fondo de comercio para Rotondi es, en gran parte, una transfusión y una objetivación en el conjunto de fondos de comercio de la actividad personal de su creador, es también cierto que el “aviamiento” total de un fondo de comercio, examinado en un instante cualquiera de su existencia, es debido, además que a elementos objetivos y a las calidades de sus diferentes elementos, además que a la calidad y actividad personal de su creador, que ya están establemente transfundidos, y por así decirlo, objetivados en el fondo de comercio, también calidades y actividades personales de su titular actual.

El determinar cual sea la importancia proporcional de estas diversas causas de las cuales deriva el “aviamiento” global del fondo de comercio, sino imposible, es por cierto extremadamente difícil; se podrá sólo determinar ex post, empíricamente cuando se vea, a paridad de cualquier otro elemento objetivo, los efectos que derivan del “aviamiento” del fondo de comercio al sustituirse un titular por otro.

Es inútil decir que la importancia de una y otra parte del “aviamiento” es decir, del factor objetivo y del factor personal, será muy diferente en las varias clases del fondo de comercio. Máxima será la importancia del elemento subjetivo en los fondos de comercio que se fundan por ejemplo, en el aprovechamiento de particulares calidades artísticas del titular; enorme en cambio será la importancia del elemento objetivo en los fondos de comercio que vendan, por ejemplo,

productos standarizados, o casi idénticos, en cuyo caso la comodidad del negocio, la ubicación, etc., influirán casi exclusivamente en el "aviamiento". Pensemos por ejemplo, en un kiosco de diarios o de cigarrillos en relación a su ubicación.

En base a estas consideraciones, cuya exactitud me parece innegable, y para las cuales el "aviamiento" global del fondo de comercio, aparece como la resultante del concurso de elementos objetivos y de las calidades y de la organización de elementos objetivos, pero también de calidades subjetivas del titular; el concepto tradicionalmente unitario del "aviamiento" aparece susceptible entonces de un análisis más profundo -que adecuando mejor la noción y la disciplina a la conservación de los hechos económicos y a las exigencias jurídicas- distinga, en el "aviamiento" global de todo fondo de comercio concreto, dos partes o mejor aún, dos factores concurrentes, correspondientes a dos fuentes diversas.

Un "aviamiento" que diríamos objetivo o real, inherente a los diferentes elementos del fondo de comercio, a sus calidades, a su organización (y también a la actividad del fundador en cuanto permanentemente transfusionada y objetivada en el mismo). "Aviamiento", por lo tanto jurídicamente concebible como calidad del fondo de comercio, es decir, atributo de una universitas rerum de un objeto de derecho, no de un sujeto; y en segundo lugar un "aviamiento" que diríamos subjetivo o personal, que deriva de la persona y de la actividad del titular y está indisolublemente unido a él.

La distinción que hace el maestro Rotondi no corresponde al uso puesto que corrientemente la palabra "aviamiento" es usada para designar, ya sea el "aviamiento" objetivo, ya sea la suma del aviamiento objetivo y subjetivo que constituyen el

“aviamiento” global de un fondo de comercio en manos de un determinado titular.

Ciertamente no corresponde a esta antítesis terminológica conceptual la contraposición de “avviamento” y “clientela” en lengua italiana. Clientela es el conjunto de público que afluye a un determinado fondo de comercio, y es el resultado y manifestación exterior del “avviamento”, pero tanto objetivo como subjetivo. Por otro lado, la clientela no es la manifestación exterior del “avviamento” objetivo y subjetivo, pudiendo éste manifestarse en una particular facilidad y economía en la obtención de las materias primas o de otro modo.

La distinción propuesta por Rotondi es la más exacta y trascendente desde el punto de vista jurídico por sus consecuencias. En la doctrina de la concurrencia desleal y de las limitaciones contractuales a la libre concurrencia no faltan corolarios de ésta distinción. Más interesante y mayor relieve práctico es en la determinación de los efectos sobre el “avviamento” global de los negocios jurídicos que tienen por objeto el fondo de comercio, en cuanto éstos tengan por efecto el traspaso del goce o de la propiedad del mismo, el “avviamento” objetivo -y este sólo-, se deberá y se podrá entonces considerar como verdaderamente inherente al fondo de comercio, independientemente del titular calidad de la universitas y con ella transmisible mientras el “avviamento” subjetivo inherente a la persona del titular aparecerá como tal, práctica y jurídicamente intransmisible no pudiéndose hacer beneficiar al nuevo titular del “avviamento” personal de su autor, sino indirectamente a través de la estipulación de cláusulas de concurrencia u obligaciones de hacer. A esto se reducen todos los pretendidos negocios de disposición del

“aviamiento” subjetivo, negocios que tienen por lo tanto naturaleza diversa y autónoma respecto de aquellos de los cuales es el objeto el fondo de comercio y con él aquella parte del “aviamiento” -el “aviamiento” objetivo- que le es inmanente.

Derivado de lo anterior, la doctrina antes expuesta ha llevado a la posibilidad de plantear bajo un nuevo aspecto el problema jurídico del fondo de comercio, de aclarar el objeto y de precisar racionalmente las formas de la concurrencia desleal, y finalmente, permitió organizar alrededor del concepto de fondo de comercio todo el sistema del derecho industrial, tal y como se ha venido creando en Italia.

Por último, baste decir que el concepto aviamiento está regulado expresamente en el Código Civile, ya que el artículo 2447, en materia de balance, permite que se inscriba el aviamiento en el renglón del activo, “cuando haya sido pagada alguna cantidad por tal concepto, en la adquisición de la hacienda a que se refiere, y por un monto que no sea superior al precio pagado”.

Esta disposición legal en opinión del maestro Barrera Graf, puede dar la clave sobre lo que es el aviamiento. Se trata del Trabajo de organización del empresario, que otorga a la empresa un determinado prestigio y una cierta fama, permitiéndole, no solamente que ella sobreviva sino también, que se ensanche y que se imponga en un mercado frente a los competidores, aumente su clientela y en definitiva, permita al empresario obtener una utilidad mayor.⁶¹

⁶¹ BARRERA GRAF, Jorge, LA EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO MERCANTIL ITALIANO, SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEXICANO Ob. Cit. p. 100.

Lo cierto es que el Código Italiano concede al aviamiento un trato diferente al de la hacienda, considerada como complejo de bienes, y al de las cosas y servicios que forman esa unidad patrimonial. No es ni lo uno ni lo otro; es indudablemente la obra del empresario que se manifiesta en el prestigio y en la clientela de la negociación, "en la actitud de la empresa para lograr sus finalidades de lucro".

Por otra parte, la ley Italiana de 27 de julio de 1978, concede al arrendatario de un inmueble destinado a una actividad comercial o artesanal, derecho de preferencia en arrendamientos futuros y compensación por la pérdida del aviamiento al terminar el contrato.⁶²

II.2 EN LA DOCTRINA FRANCESA

El interés que ha suscitado el problema del "aviamiento" que ha tenido particular tratamiento en la doctrina Italiana ha hecho que el vocablo italiano aviamiento recurran también juristas de otros países para indicar aquella fuerza de inercia que adquiere la organización hacendaría al ser puesta en acción. No se identifica con la client le francesa y ni siquiera exactamente con l'achalandage; con mayor apego al contenido conceptual y a la etimología se podría traducir al francés como lancement, si con este término se pudiera designar más que el hecho del impulso inicial de una industria y de un producto, su efecto duradero, o tal vez, con potentiel, para indicar de algún modo, la energía que está contenida y es casi inmanente a la hacienda; esto es, el valor monetario atribuido a las relaciones y reputación de una entidad comercial o industrial, siendo asimismo una valorización anticipada de la potencialidad del

⁶² ABASCAL ZAMORA, José María, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1988, p.2601.

negocio, en razón de las probabilidades que tenga de conservar su extensión comercial.

Un reflejo lexicológico se podrá acaso encontrar también en la terminología francesa en la contraposición entre los vocablos "achalandage" y "client le" que indican respectivamente a los clientes vinculados a una hacienda en razón de causas y por consideraciones objetivas (comodidad, cercanía, etc.) y aquellos vinculados por el conocimiento y la confianza personal en el titular de la hacienda.⁶³

El diccionario francés-español nos traduce la palabra "achalandage", como "parroquia", "clientela", equiparando ambos vocablos.

Los tratadistas franceses Bonnacarréré y Laborde-Lacosté al mencionar los elementos incorporeales del "Fondo de Commerce" (hacienda), nos dicen que la ley confunde la clientela y la "achalandage" (parroquia). Sin embargo, se puede decir que la "achalandage" es una posibilidad de negocios que tiende más bien a la situación de la negociación que la personalidad de su titular o al valor de sus productos que son susceptibles a atraer a la clientela propiamente dicha: una posada, un garaje bien situados al paso de más rutas podrán tener de la achalandage (parroquia), atraer chalands (parroquianos). que no serán clientes, es decir, habituales.⁶⁴

En este sentido, la expresión francesa "achalandage" tiene un valor inmaterial, oculto, en el activo de la empresa, pero

⁶³ VALERI, MAISON DE COMMERCE ET FONDE DE COMMERCE, Anales de Derecho Comercial, Paris 1902, p. 273.

⁶⁴ BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, LA EMPRESA Ob. cit., referencia del autor en relación a la obra de Bonnacarréré y Laborde-Lacoste DROIT COMMERCIAL, p. 37.

inmanente en ella como promesa de futuro lucro, cuya denominación (aviamiento) es empleado frecuentemente en publicaciones nacionales para designar esta cualidad o elemento del fondo comercial. En opinión del economista argentino Dr. Héctor Raúl Bertora a la palabra "achalandage" se le atribuyen tres significados paralelos: a) atracción en el público; b) clientela permanente; c) clientela accidental que se logra por la ubicación del negocio.

La ley francesa de 17 de marzo de 1909, sobre fondos de comercio, define los elementos de esta en su artículo 9:

Sont seuis susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions de la presente loi comme faisant partie d'un fonds de commerce: l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant a l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés.

Le certificat d'addition postérieur du nantissement qui comprend le brevet auquel il s'applique suivra le sort de ce brevet et fera partie, comme lui, du gage constitué.

A default de designation expresse et dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège. (Son susceptibles de estar comprendidos en el contrato constitutivo del fondo de comercio sometidos a las disposiciones de la presente ley y formando parte de un fondo de comercio: el emblema y el nombre comercial, el derecho al arrendamiento, la clientela y el aviamiento, el mobiliario comercial, los materiales y utensilios sirviendo a la explotación del fondo de comercio las patentes de invención, las licencias, las marcas de fábrica y de comercio, los dibujos y modelos industriales y en general los derechos de propiedad; industrial, literaria o artística que le son inherentes. El certificado de adición posterior del contrato constitutivo seguirá la suerte de éste y formará parte del contrato constitutivo. A excepción de la designación expresa en el acta constitutiva del contrato sociedad sólo comprenderá el emblema y el nombre comercial, el derecho al arrendamiento, la clientela y el aviamiento. Tratándose de un fondo de comercio con sucursales éstos deberán ser designados por indicación expresa de su jurisdicción).

De este precepto legal podemos decir que los elementos más destacados de la hacienda (fondo de comercio o casa de comercio) en orden a su finalidad son:

- Un local o lugar, sede generalmente de la contratación y muchas veces del cumplimiento de toda la actividad comercial.
- Personal que atiende la contratación y su cumplimiento.
- Bienes o servicios objeto de la contratación.

- Destinatarios de los bienes o servicios objeto de la contratación (clientela).

En este sentido, existen autores franceses como Ripert, que sostienen que si la clientela está constituida por los destinatarios de los bienes o servicios objeto de la contratación, o sea que es la finalidad de la hacienda, no podría ser considerada un elemento del mismo ya que la clientela aparece como la meta, como una cantidad, como una resultante, más nunca como un elemento autónomo del fondo de comercio.

En opinión de Pierre Collom de la redacción de la ley del 17 de marzo de 1909, se desprende una serie de dificultades en su aplicación por las siguientes razones:

1.- El legislador considera a la clientela como un elemento del fondo de comercio dándole un título que no corresponde.

2.- El texto no forma la composición del fondo de comercio, mas bien describe que fondos pueden comprender, pero no precisa que se deben comprender, ello tiene como consecuencia la necesidad de volver a buscar si existe un grupo de elementos que permitan reconocer un fondo de comercio; en fin el legislador no define a la clientela como un elemento de fondo.⁶⁵

El maestro Barrera Graf señala que en el derecho francés, se afirma el carácter esencial de la clientela, pero es que la doctrina y la jurisprudencia galas identifican este dato con el aviamiento. Que es un elemento de esencia, lo comprueba el

⁶⁵ COLLOM, Pierre, LA CLIENTELE DU FONDS DE COMMERCE, Revue Trimestrelle de Droit Commercial, 32 année, No.1, Janvier-mars, Paris, Francia, 1979, p. 8.

hecho de que existen múltiples negocios comerciales que no trabajan para el público, ni les interesa atraerlo, en forma de clientela, sino que, como en el caso de los contratistas trabajan para otra empresa, o para el Estado, en la ejecución de servicios profesionales especializados.⁶⁶

II.3 EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Los españoles reconocen al "aviamiento" como una creación de la doctrina italiana que de este modo añade un nuevo término a la dicotomía legal de la empresa y hacienda⁶⁷. Para los españoles, la empresa en cuanto a su realización intangible objetivada está estrechamente enlazada con las cosas concretas en que se manifiesta. Pero esto no significa que la dimensión objetiva de la empresa se identifique con estos objetos del mundo exterior. Estos son tan sólo los portadores o soportes de la realización intangible del empresario. No constituyen el meollo de la empresa en su dimensión objetiva, sino que son simplemente elementos contingentes de la misma.

Prueba de ello es que estas cosas concretas pueden cambiar y de hecho cambian con frecuencia sin que por esto se extinga o modifique la empresa. Por ser una realización inmaterial del empresario, la empresa puede ir plasmándose sucesivamente en objetos materiales distintos.

El "aviamiento" para Fernández-Novoa, es ciertamente una creación artificial, pero que venía impuesta por la misma naturaleza de las cosas. Dicho autor sostiene que al reducir el

⁶⁶ BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL, Op. cit. p. 238

⁶⁷ FENANDEZ-NOVOA Carlos, REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA EMPRESA Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS, Ob. cit. p. 23.

Código Civil Italiano la hacienda a una pluralidad de bienes (art. 2,555) y concebir la empresa como una simple actividad (art. 2,082), quedaba fuera de los conceptos legales el aspecto esencial de la empresa, a saber: el resultado de la actividad realizada por el empresario valiéndose el adecuado conjunto de bienes; actividad que cristaliza en la organización y relaciones externas de la empresa.

Para captar esta cristalización de la actividad empresarial y aproximar los conceptos jurídicos a la insoslayable realidad económica, la doctrina italiana se ha visto forzada a idear este impreciso concepto del *avviamento*.⁶⁸

Para este autor español, los motivos reales a que obedece la creación del concepto de *avviamento* son acertadamente destacados por Ferrara, en su libro "Teoría Jurídica de la Hacienda", ya que identifica la hacienda con la organización que es algo distinto de los elementos originados y debe de recibir jurídicamente el tratamiento de un bien incorporal, ya que concebida la hacienda como un bien incorporal no tiene sentido hablar del *avviamento*: la teoría sostiene Ferrara es una repetición de la teoría del bien inmaterial.

Utilizando este último concepto, Fernández-Novoa señala que las palabras de Ferrara ponen de manifiesto que la inmensa mayoría de la doctrina italiana, forzada por las disposiciones del Código Civil Italiano de 1942, ha confundido la verdadera esencia de la empresa en su dimensión objetiva (bien o realización inmaterial) con una simple cualidad o parte constitutiva de la empresa (el denominado *avviamento*).⁶⁹

⁶⁸ Ob. cit. p. 24.

⁶⁹ *Ibidem*.

Un efecto de protección al aviamiento, lo encontramos en las normas españolas, en lo relativo a la protección de la propiedad comercial, protegida ésta en la Ley de Arrendamientos Urbanos del 11 de junio de 1964, que permite al arrendatario traspasar el local, pero dando derecho de tanto y retracto al arrendador. Este no puede denegar la prórroga, salvo que necesite del local para sí o para sus ascendientes o consanguíneos y concurren una serie de requisitos que exige la ley. Sin embargo, al parecer, se han aceptado cláusulas de escalamiento de precio en los contratos, que los arrendadores acostumbran incluir para protegerse contra la inflación.

En relación a esta figura jurídica, dice Beltrán de Heredia: "es un producto de la reacción de las necesidades sociales y económicas que desde antiguo se revelaron contra ese sentido demasiado rígido y estático de las relaciones contractuales que impidiese la sucesión en sus titularidades o simplemente la modificación de aquellas, desde el punto de vista subjetivo".⁷⁰

II.4 EN LA DOCTRINA URUGUAYA

Para los uruguayos como posteriormente veremos en la doctrina argentina, al aviamiento lo identifican al vocablo "llave de comercio" del cual se le vincula a la clientela. La expresión "llave" o "valor llave" como elemento de la casa de comercio es eminentemente un neologismo rioplatense. Por eso no aparece con esa acepción en los diccionarios de la lengua española.⁷¹

⁷⁰ BELTRAN de HEREDIA, José.; Prólogo de la obra de Manuel Garcia Amigo "La Cesión de los contratos en el Derecho Español", edita, Revista de Derecho Privado, Madrid 1964.

⁷¹ SCHIAFFINO ESPALTER, Alberto, LA CLIENTELA Y LA LLAVE EN LA CASA DE COMERCIO. La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 65, Nos. 5-6, 1967, Montevideo Uruguay, p. 130.

Los factores integrantes de la llave, con referencia a una determinada empresa o negocio pueden clasificarse en dos grupos: transferibles e intransferibles. Pertenecen al primero de ellos la ubicación, las marcas y patentes, el nombre comercial, los procesos de fabricación, la organización, las franquicias y concesiones, etc.

Son intransferibles los factores que derivan de las cualidades personales del empresario, de su tacto, habilidad y competencia, de sus relaciones con su personal y sus vinculaciones con terceros. Intransferibles son, en síntesis, todos los factores íntimamente ligados al empresario que actúa dirigiendo eficientemente su empresa. En caso de venta del fondo de comercio como un todo, los factores transferibles pasarán en mayor o menor grado al adquirente: los intransferibles continuarán inmanentes en el vendedor.

Desde otro punto de vista, el carácter de transferible o intransferible puede ser invertido. En efecto, la habilidad y competencia del vendedor puede ser transferida a otra empresa, en tanto que la ubicación del negocio será intransferible a este respecto.

Otra clasificación en boga divide a los factores integrantes del valor llave en dos grupos, a los que denomina objetivos o subjetivos, reservando esta última clasificación para las cualidades del empresario. La clasificación precedente que guarda estrecha relación con el local good will y personal good will de los ingleses y norteamericanos, ha sido aceptada no sólo por la doctrina uruguaya sino también por la jurisprudencia de aquel país.

En este sentido, aquella cualidad de aviamiento carece de sentido económico autónomo mientras la empresa funciona, y solamente sirve, juntamente con la cualidad de clientela, para que llegado el caso de una transferencia o sucesión en la empresa, se determine su valor bajo el nombre de llave. La llave no es entonces una cualidad. Es solo una manera de unir, bajo un nombre expresivo y sugestivo, todo lo que la empresa encierra en cualidades: clientela y aviamiento, cuando la titularidad de la empresa pasa de uno a otro sujeto, por cualquier título que sea: compraventa, permuta, dación en pago, donación, sucesión, legado, etc. La llave, así es sólo una expresión fiduciaria que hace un instante del tránsito en la titularidad de la empresa, y no a su funcionamiento.⁷²

La llave es representativa de los elementos o cualidades inmateriales del fondo de comercio. La clientela es inmaterial, ya que se vende la calidad de compradores en un comercio que tienen determinadas personas. Ella es, asimismo, una especie de síntesis representativa del valor de los distintos elementos que integran la llave. El hecho de que como dice Arecha: "la llave, así, es sólo una expresión fiduciaria que hace un instante del tránsito en la titularidad de la empresa, y no a su funcionamiento", no quiere decir que en cualquier instante no pueda determinarse el valor llave, como se hace en el de la venta. Y esa "expresión fiduciaria" corresponde al valor de algo, que jurídicamente se llama bien o cosa y que comprende todo lo que tiene una medidas de valor y puede ser objeto de propiedad, pudiendo ser corporal o incorporal (art. 460 del Código Civil Uruguayo).⁷³

⁷² ARECHA, Waldemar, LA EMPRESA COMERCIAL, Editorial De Palma, Buenos Aires Argentina, 1948, p. 239.

⁷³ SCHIAFFINO ESPALTER, Alberto, LA CLIENTELA Y LA LLAVE EN LA CASA DE COMERCIO, Op. cit. p. 131.

Ese bien o cosa, la llave, a pesar de ser de muy difícil ponderación y de estimación variable, fluctuante, no deja de existir y tener valor en todo momento, por lo cual puede y debe ser considerada una cosa o elemento que integra la casa de comercio.

Para la doctrina uruguaya, el elemento clientela puede estar, por su naturaleza comprendido en el elemento llave, integrándolo; pero dada su importancia, no existe inconveniente en darle la autonomía necesaria para que constituya un elemento aparte.

II.5 EN LA DOCTRINA ARGENTINA

La ley argentina 11.867 de 17 de agosto de 1934 sobre la Transmisión de Establecimientos Comerciales e Industriales, determina cuales son los elementos de la casa de comercio. Dice su artículo 1°:

Declárese elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística.

Como puede observarse, dicho texto legal es sustancial y casi literalmente igual al artículo 9 de la Ley francesa de 17 de marzo de 1909 sobre casas de comercio que anteriormente hemos referido. Se nota en la ley argentina el elemento

“existencia en mercaderías” que falta en la ley francesa. Esto puede explicarse porque la disposición francesa transcrita está referida especialmente a la prenda (hipotecaria mobiliaria) y en estos casos no parece lógico que se tome en cuenta la mercadería, dado que su venta constante es la vida misma del negocio y ésta se paralizaría si fuera prendada.

Para el autor argentino Raúl Etcheverry, el fondo de comercio puede tener un resultado próspero, bueno, normal, regular o malo; en ello influirán condiciones objetivas (situación presentación, oportunidad de la instalación, necesidades de la población, competencia y actitud de la competencia, mercadería o tarea elegida) y subjetivas (el empresario será o no inteligente, sagaz, previsor, amable y de buen o mal trato, audaz, eficiente, negligente, ágil).⁷⁴

Del resultado de los factores del sujeto que dirige -y sus colaboradores- y de los componentes básicos del fondo de comercio, surgirá la medida en que el negocio (o industria) sea próspero y ofrezca mayores utilidades. Una zapatería en la calle Florida necesariamente habrá de obtener, según parece, mayores beneficios que otra de barrio; pero siempre ocurre así. Dependerá de como el comerciante maneje sus costos, su clientela (que es el conjunto de personas que por los diversos factores mencionados acostumbra comprar allí), sus empleados, sus proveedores.

El valor llave es una noción de no fácil comprensión, ya que constituye un concepto abstracto que no posee tampoco existencia independiente del establecimiento que lo origina.⁷⁵

⁷⁴ ETCHEVERRY, Raúl Anibal, DERECHO COMERCIAL Y ECONÓMICO, Op. cit. p. 530.

⁷⁵ Ob. cit. p. 530.

La ley 11.867 no lo incluye entre los elementos constitutivos del fondo de comercio, aunque como es sabido, el valor llave no sólo constituye una realidad jurídica, sino también, y principalmente, económica.

La ley argentina incorpora, en cambio, la noción de clientela (es decir, la habitualidad de un determinado número de personas en la concurrencia a cierto lugar), que en realidad es uno de los elementos que integran el valor llave.

En la ley de transferencias vigente se menciona a la clientela como integrante del fondo de comercio; en realidad, la costumbre de ciertas personas de concurrir a un local determinado, no es inmutable ni tampoco transferible. Por eso algunos fallos de la corte argentina asimilan ese concepto al más completo de "llave".

No debe confundirse la "organización", la "dinámica", la "clientela", con el valor llave o de resultado; éste será la expresión en términos económicos de lo que el comercio o industria han evidenciado hasta el momento en que se calcula: la aptitud del establecimiento para producir ganancias. Además se entiende como algo obvio y que no hay razones para ese "resultado" decline en el futuro. Por consiguiente, es un valor mesurable que forma parte del precio en caso de venta.⁷⁶

Para Miguel Scolni, en su obra "Transmisión de establecimientos comerciales e industriales" señala que: "la llave de un negocio es el valor asignado al conjunto de elementos invisibles que determinan la ganancia que éste rinde, con independencia de la persona de su titular o de la

⁷⁶ Ibidem

mercadería que expende". Así entonces, quien esté al frente del negocio y de las mercaderías que ofrezca, hará que el valor llave aumente o disminuya.

Ese valor puede mermar, si se reducen los factores objetivos del fondo de comercio o los subjetivos del empresario. Pero también por razones externas es posible su pérdida, a veces total (juicio de expropiación o simplemente la afectación para ese fin, disposiciones estatales sobre precios, prohibiciones, importaciones, actividades de la competencia, leales o no, etcétera).

El valor llave por tanto es un bien inmaterial (del cual la clientela lo integra), que tiene una especial particularidad: a diferencia de otros bienes inmateriales, no es transferible con independencia del conjunto de bienes que forman el fondo de comercio.

Otros autores argentinos hablan de "cualidad" del fondo de comercio y la jurisprudencia la identifica con "la fama, crédito, prestigio o afianzamiento de un determinado negocio, como realidad económica" (Cámara Nacional Civil, Sala C 26/8/85, "F. de S., M. c/S., F.F." Revista La Ley, 1985-D-541, Sala Civil Mendoza, Sala I, julio 8-960, Revista La Ley, T. 105, p. 465, Fallo 47.540).

En general la idea de "valor llave" se da más allá de la noción de utilidad para llegar a la de "superutilidad" o "superganancias". Es decir, ganancias más allá de lo que prudentemente se puede esperar que un negocio produzca. (La Cámara Civil lo describe como "un producto en potencia de utilidad").

Para Raúl Bertora, señala que: "llave de negocio es la probabilidad de ganar utilidades por encima de lo normal - superutilidades-, referidas estas últimas a sus valores actuales.⁷⁷ Para Etcheverry la definición podría quedar concretada en los siguientes términos: "la llave de negocio es el valor actual de las superutilidades futuras más probables."

En el concepto se da una esperanza, sobre bases ciertas de una ganancia extraordinaria (de ahí la noción de superutilidad) en el futuro. Por ello incide en el valor total del bien que se desea adquirir. Será un plus que deberá pagarse por tal posibilidad de ganancia y que integra el capital de la empresa económica (Cámara Nacional Civil, Sala E, 14/10/71, DE, 40-624).

En este sentido, el valor llave es perfectamente transmisible con el establecimiento comercial o industrial, teniendo en cuenta que la ley lo admite de alguna manera al incluir la clientela como elemento constitutivo de él. Todo negocio tiene un valor llave, pero el monto varía considerablemente de uno a otro.

La "llave" (aviamiento) ha sido desmenuzado no solo por los autores argentinos sino por la jurisprudencia de aquel país considerándola un conjunto de "fuerzas productivas" ya que igualmente se ha sostenido que el fondo de comercio a que se refiere la ley 11.867, es un conjunto de fuerzas productivas, derechos y cosas que tanto exterior como interiormente se presenta como un organismo, con perfecta unidad, con los fines a que tiende, que no son otros que la obtención de beneficios en el orden comercial e industrial (CNCOM., Sala B, marzo 18-953, Revista. La Ley, T. 70, p. 293, fallo 32.805); para

⁷⁷ BERTORA, Hector Raúl, LLAVE DE NEGOCIO, edit. R. Calabrese, Buenos Aires Argentina, 1951, p. 21.

otros, el elemento estático corporal del comercio no debe ni puede confundirse con la "llave", que es la exteriorización o efecto económico del elemento dinámico o funcional constitutivo del mismo (C2ª CC La Plata, Sala II, marzo 27-951, Revista La Ley, T. 62, p. 381, fallo 29.589).

Se ratifica el concepto que la "llave" o "aviamiento", no es un bien patrimonial con autonomía y posibilidad de disposición separada de la hacienda civil o mercantil (C1ª CC, La Plata, Sala I, diciembre 30-955, Revista La Ley, T.58, p.242). Cabe señalar por modesto que sea un negocio que se transfiere, posee un valor-llave, que el juez debe apreciar, es el caso de un pequeño negocio, explotado por una sociedad de escasa duración, con trabajo personal de sus dueños (CNCOM., Sala B, diciembre 7-956, Revista La Ley, T. 87, p. 78, fallo 40.703).

El valor llave de un establecimiento comercial comprende los valores imponderables que no pueden ser incluidos en el balance, pero que reportarán un beneficio a quien continúe con la explotación del negocio. El nombre, enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las marcas de fábrica, las distinciones honoríficas, etc., a que se refiere el artículo 1º de la ley 11.867, no obstante ser constitutivos del establecimiento, no pueden ser reflejados como valores tangibles en el balance y, no obstante ello, pueden ser superiores a los elementos físicos que figuren allí, así como tener influencia decisiva sobre los futuros beneficios (CNCOM., Sala C, noviembre 23-961, Revista La Ley, T. 107, p. 7, fallo 48.423).

Para algunos es utilidad. En este sentido se pronuncia la Sala 2ª de la Cámara Civil de la Capital Federal (Buenos Aires) para la cual toda suma de dinero cualquiera que sea su origen

o denominación que al practicarse la liquidación de una sociedad exceda al capital originalmente aportado por los socios, es utilidad, en consecuencia en atención a que el "valor llave", no es aportado por los socios al constituirse la sociedad, ni existe al momento de la constitución del ente social, sino que va creándose durante el transcurso de la misma, tal valor sería utilidad (CCIV. 2ª Cap.; diciembre 18-950, Revista La Ley, T. 68, p. 173, fallo 31.899).

Para otros no es utilidad sino que la produce, La llave de una casa de comercio no es una utilidad, sino un productor en potencia de utilidad (CCIV. Sala E, julio 21-959, Revista La Ley, T. 99, p. 808, fallo 5152-S).

Finalmente hay quienes lo equiparan al capital: La Sala B de la Cámara Civil de la Capital Federal ha decidido reiteradamente que el "valor llave" es capital o no utilidad. La resolución se fundamenta en que por sus características y rubros que la componen, responde a la actividad integral de los socios y a sus condiciones personales y, como tal, al aporte social de cada uno de ellos (CCIV., Sala B, junio 10-955, Revista La Ley, T. 79, p. 687, fallo 37.533).

II.6 EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

A manera de reseña me parece importante destacar lo señalado en el decreto número 2521 del 27 de julio de 1950, por el cual se reglamenta el Capítulo 2o. Título 7o., del Libro 2do. de la Ley 66 de 1947 y las demás disposiciones legales vigentes sobre sociedades anónimas colombianas.⁷⁸

⁷⁸ Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, No. 11 mayo-agosto, 1951, p. 132 y 143.

En el capítulo VIII (Contabilidad, balances, reservas y distribución de utilidades) Sección I (De la contabilidad) encontramos el artículo 156 que a la letra dice:

Toda sociedad anónima que haya obtenido la valuación de su good will por la jefatura de rentas e impuestos nacionales deberá registrar en su contabilidad este hecho, creando una cuenta activa que se denominará "good will (avalúo oficial)", con su correspondiente cuenta pasiva que podrá llamarse "superávit por valuación del good will".

De la redacción de este artículo se desprende la falta de técnica jurídica del legislador colombiano ya que utilizar el anglicismo good will para denominar al aviamiento y equipararlo con un avalúo oficial de carácter contable es por demás impropio e impreciso; sin embargo y en atención a la verdad; el hecho de reconocer desde el ordenamiento legal correspondiente en la contabilidad de la sociedad de carácter mercantil el elemento aviamiento contribuye de alguna manera a regular su aplicación en el medio.

Por otra parte, al registrar en la cuenta pasiva de la contabilidad de la sociedad bajo el rubro "superávit por valuación del good will", considero que los legisladores colombianos se inspiraron de alguna manera en los comentarios emitidos por Héctor Bertora así como de la jurisprudencia argentina que como anteriormente señale catalogan al aviamiento (llave) de "superutilidad" o "superganancias" o en su caso, del jurista inglés Leake que sostiene que el "good will" en su sentido comercial es el valor actual del derecho a recibir superganancias futuras esperadas.

II.7 EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA

Para llegar a la definición del aviamiento en la doctrina inglesa o norteamericana, fue necesario salvar ciertos obstáculos derivados del hecho de no poseer este valor inmaterial, existencia propia independiente. Esta es la razón por la cual las primeras nociones no se refieren al aviamiento en sí mismo, sino por el contrario a lo que se relaciona con el.

En un caso controvertido en el año 1620, <Broad Vs. Jollyfe>, la Corte de Inglaterra destacó que el aviamiento “no es otra cosa que la venta de la clientela y dejar que otro la gane”. Mucho tiempo después, en el año 1810, en ocasión de otra disputa planteada a raíz de la venta de un negocio <Crutwell Vs. Lye> el Lord Canciller Eldon, eminente jurista inglés, dio su famosa definición al decir que:

The probability that the old costumers would resort to the old place of buisiness (la probabilidad de que los antiguos clientes sigan frecuentando el antiguo lugar).⁷⁹

Posteriormente se hacen declaraciones más definidas en el caso <Banco Metropolitano Vs. Saint Louis Co.>, cuando se establece que “es la propiedad intangible la que en su naturaleza no puede tener una existencia independiente de un negocio de un tipo determinado, que se ha establecido y llevado a cabo en un lugar determinado”.

Asimismo en el juicio <Vonderbank Vs. Smith> se pone de manifiesto que el “aviamiento” es: “El favor que la dirección de un negocio obtiene del público y la probabilidad de que todos

⁷⁹ SCHIAFFINO, Op. cit. cita (10), p. 129

los clientes continuarán dispensándole su favor. Es el general auspicio público y el impulso que recibe el negocio de sus clientes a causa de su posición local. Ese es el sujeto del valor aunque tangible”.

No menos interesante resulta el juicio de Lord Macnaghten al definir al “aviamiento” como: “toda ventaja, cualquiera que ella sea, de la fama y relación de la firma, la que puede haberse constituido por años de trabajo honesto o adquirido por el gran derroche de dinero” (<Trego Vs. Hunt> 1886).⁸⁰

Para Hatfield el “aviamiento” puede ser tomado como “la forma típica del activo inmaterial, representa el valor de las relaciones comerciales, el valor de la probabilidad de que los clientes actuales continuarán comprando a pesar de las solicitudes y halagos de los competidores”.

Otras definiciones, describen al “aviamiento” como “el valor de los beneficios o ventajas que se refieren a un negocio en particular, en adición al valor actual de los bienes utilizados en su gestión (Bentley) o como “el ímpetu obtenido por un negocio en marcha” (Couchman). Sin embargo, y a menos que tales ventajas se extiendan al futuro y se conserven, nadie estará dispuesto a ofrecer precio alguno por le valor inmaterial, siendo por lo tanto las posibilidades de subsistencia de estas condiciones favorables, las que representan el factor básico para la apreciación del valor inmaterial (Kester).

“Para tener un valor de venta, el “aviamiento” debería de representar un sustancial poder de ganancia que supere al interés normal y a la retribución del empresario, ambos

⁸⁰ Ibidem.

combinados. Nunca existe aviamiento en un negocio que no se lo crea capaz de ser lucrativo (Montgomery).

En los Estados Unidos, se ha desarrollado una protección legal del "aviamiento" a través de las normas de competencia desleal, que se basan en el valor del "aviamiento" y en la consideración de que esa labor del empresario y esa riqueza acumulada en la empresa deben de ser protegidas y preservadas, con el fin de evitar la destrucción de la negociación, la concentración monopolista de empresas y en definitiva, al daño que se puede provocar a la clientela, a este respecto cabe señalar la célebre definición del good will del magistrado Story, del cual también se propuso en función de la clientela:

"Good will is that element of value wich inheres in the fixed and favorable consideration of customers, arising from an established and well known and well conducted business" (El aviamiento es aquel elemento de valor el cual esta compuesto favorablemente para los clientes proveniente del establecimiento bien dirigido) (Corpus Juris, cit., p.948 y s).⁸¹

Para el maestro Jorge Barrera Graf, al sostener que el "aviamiento" es sólo una cualidad de la hacienda y se incorpora ésta careciendo de independencia y de autonomía jurídica, es inconcuso que dicho elemento se relaciona más íntimamente con ciertos bienes de la empresa y de la hacienda, que con otros, y que, en consecuencia, cuando dichos bienes no se comprenden, sino que se excluyen de la transferencia o enajenación de la hacienda, el aviamiento, la fama comercial, no se transmite al adquirente. Es este sentido la jurisprudencia

⁸¹ BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL, Ob. cit. p. 232.

norteamericana afirma la tesis positiva, o sea, la transferencia del aviamiento con los bienes de la hacienda a que se adhiere:

“Generally if the propety of rights to wich good will adheres are transferred, the good will passes to the trasferee as an inciden thereto, even though not specifically mentioned ” (Generalmente es el derecho de propiedad el cual será el aviamiento adherido a la trasferencia del aviamiento como un incidente, y también no especialmente mencionado) (Corpus Juris, cit. 955).

En lo que respecta a los precedentes de los tribunales norteamericanos, existen algunos casos que han marcado rumbo en cuanto la apreciación de los factores subjetivos y objetivos. Uno de ellos es el conocido como el caso <Hopping>, a partir del cual la Tax Court empezó a admitir la existencia de factores subjetivos derivados de la habilidad, destreza, experiencia y conocimientos personales de los empleados-socios. Hasta el 20 de junio de 1947, fecha en que fue fallado el caso precitado, el aviamiento (personal good will) era íntegramente atribuido a factores subjetivos. Más adelante en los casos <Mac Donald> y <Lawton>, el tribunal sostuvo que la sociedad como tal, no tenía valor “aviamiento”, el cual era asignado en su totalidad a sus miembros componentes.

No deja de llamar la atención el hecho de que el maestro Rotondi, al hacer un análisis comparativo del aviamiento en relación a la doctrina anglosajona, señala que “una más exacta contraposición por nosotros formulada, la encontramos quizás en el inglés, y demuestra como el fenómeno por nosotros señalado no ha pasado desapercibido a la tradicional sensibilidad inglesa en la evaluación de los hechos económicos: la contraposición de un “local good will” y de un

“personal good will”, entendiendo al primero como aquella parte del “aviamiento” que es debido a la feliz ubicación del inmueble dentro del cual se desenvuelve el fondo de comercio, y por lo tanto como el elemento más característico de ese “aviamiento” que se relaciona objetivamente con el fondo de comercio, y que por esto fuera llamado por nosotros “objetivo”.

No repetiría empero cuanto se me ocurrió escribir en otro lugar, que la distinción por mi propuesta sea conforme a la del uso inglés, como repitió luego, quizás confundido por mí, también algún otro autor. En realidad el “aviamiento” objetivo es extendido mucho más que el local good will, no constituyendo este último más que una de las causas que concurren a la formación del primero.

De todos modos conviene reconocer como, no obstante que la contraposición encuentra una más precisa formulación lexicológica, no encontramos que la contraposición sea aclarada por los autores ingleses y llevada a las consecuencias prácticas que la justifican y, según nosotros llegan a hacerla necesaria.”⁸²

⁸² ROTONDI Mario, “EL AVIAMIENTO EN LA TEORIA GENERAL DEL FONDO DE COMERCIO”, Ob. cit. p. 1136.

CAPITULO III

UBICACION DEL AVIAMIENTO DENTRO DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Comparto plenamente la opinión manifestada por el maestro Barrera Graf, al señalar que en nuestro sistema positivo mexicano no existe ordenamiento jurídico que regule de manera precisa la transmisión del "aviamiento", ya que nuestro derecho positivo mexicano al reconocer en diversas normas de diferentes ordenamientos el carácter unitario de la negociación mercantil, permite tácitamente que todos los elementos que la compongan sean considerados, salvo pacto en contrario, en los negocios de enajenación o transmisión, aun cuando dichos elementos no se enumeren expresamente; con excepción de aquellos bienes o derechos que requieran formalidades o condiciones especiales para ser transmitidos, las cuales no se cumplen en el negocio traslativo correspondiente.⁸³

Así las cosas, en la jurisprudencia mexicana encontramos sólo dos tesis jurisprudenciales que se refieren al aviamiento de las cuales procederemos a su transcripción:

Instancia: Segunda Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Epoca: 5ª

Tomo: LXXII

Página: 1937

⁸³ BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL, Ob. cit. p. 236.

RUBRO: NEGOCIACION MERCANTIL, CONCEPTO DE

TEXTO: La negociación es un todo orgánico, vivo y en actividad no consta exclusivamente de los elementos materiales local y maquinaria, sino que la constituyen, entre otros factores, el pasivo, el trabajo y sobre todo el aviamiento, como elemento esencial.

PRECEDENTES:

- “Inversiones Mexicanas”, Soc. Civ. página 1937. Tomo LXXII. 22 de Abril de 1942. Cuatro Votos.
- Tomo LXVIII, página 962, Tomo LXIX, página 3056, Tomo LXXI, página 2727.

Instancia: Segunda Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Epoca: 5ª

Tomo: LXXI

Página: 2727

RUBRO: NEGOCIACION MERCANTIL, CONCEPTO DE.

TEXTO: La doctrina, especialmente la italiana, enseña que el concepto de negociación mercantil implica la concurrencia de los siguientes elementos: a) la persona de los colaboradores que formen parte de la hacienda, es decir, el personal que presta sus servicios de trabajo; b) las relaciones con personas que quedan fuera del organismo hacendario, tales como son los clientes, los proveedores, los usuarios, los que proporcionan el crédito etc.; c) las cosas materiales, los bienes inmateriales, y las marcas distintas, las materias primas, los productos de la elaboración industrial; el numerario; los muebles, enseres, inmuebles, patentes, nombre

y marca comerciales; d) el aviamiento, que se relaciona con la utilidad de los bienes y servicios combinados.

PRECEDENTES:

- Vallarta Bustos Ignacio. pagina 2727. Tomo LXXI. 20 de febrero de 1942. Cuatro votos
- Tomo LXIX, página 3056.

En este sentido, considero que lo que el derecho positivo mexicano debe regular con respecto al aviamiento siguiendo el pensamiento de Rotondi, es aquel aviamiento Objetivo o real que en alguna manera se equipara al local good will de los ingleses.

Caso particular de tal situación lo encontramos en los contratos de arrendamiento de los locales comerciales e industriales requieren del consentimiento del arrendador para ser cedidos (artículo 2480 del Código Civil vigente en el Distrito Federal); e igualmente, las concesiones y autorizaciones gubernamentales otorgadas a favor del antiguo empresario requieren de un permiso administrativo para su traspaso. Sin embargo la importancia que dichos actos y negocios jurídicos tienen para la empresa, hará improbable que no se enumeren expresamente en el convenio de transmisión de la negociación mercantil, cumpliéndose con las condiciones y formalidades establecidas por las leyes relativas.

En la transmisión de la negociación mercantil si especificar sus elementos, opera la transmisión de los signos distintivos y del personal, en cuyos elementos recae

principalmente el aviamiento, y opera, asimismo, la transmisión de los contratos de arrendamiento de los locales comerciales e industriales y de las concesiones y permisos administrativos, si bien para el traspaso de todos estos elementos se requiere el consentimiento del arrendador o del Estado.

Es frecuente en nuestra práctica comercial el arrendamiento de negociaciones mercantiles y la jurisprudencia de nuestro tribunal máximo ha afirmado en distintas ejecutorias el carácter unitario de la negociación y la transmisión al arrendatario de todos los bienes, derechos y relaciones comprendidos en la hacienda.

Debido a la explosión demográfica que sufre el Distrito Federal y por ende, en la mayoría de las más importantes ciudades del país, se hacen necesarios la expedición de ordenamientos jurídicos que regulen:

1. El desarrollo Urbano.
2. El Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles.

Respecto al primero de ellos, el 4 de junio de 1997 salió publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento de la Ley de desarrollo Urbano del Distrito Federal.

En dicho ordenamiento jurídico en el Título tercero, capítulo segundo, De los estudios de impacto urbano, señala en su artículo 22 lo siguiente:

Para los efectos del segundo párrafo del artículo 46 de la Ley, se requieren estudios de impacto urbano en los casos siguientes:

II.- En los proyectos que incluyan oficinas, comercios, industria, servicios o equipamiento, por más de 5,000 metros cuadrados de construcción.

En el Capítulo segundo, De las licencias de uso de suelo, en su artículo 38 señala que:

La licencia de uso de suelo es necesaria únicamente para realizar obras o actividades para las cuáles se requiera un estudio de impacto urbano.

Por lo que respecta al segundo ordenamiento, el 29 de mayo de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles en el Distrito Federal.

En el Título Primero, De las Disposiciones Generales, Competencia y Establecimientos Mercantiles en General, Capítulo Y, Disposiciones Generales, se hace mención en el artículo 3, puntos X y XIV de dicho ordenamiento jurídico da la definición para efectos de la Ley de lo que se entiende como Licencia de Funcionamiento y Traspaso:

Licencia de Funcionamiento.- El acto administrativo que emite la Delegación para que una persona física o moral pueda desarrollar en un establecimiento mercantil, alguno de los giros mercantiles cuyo funcionamiento requiera.

Traspaso.- La transmisión que el Titular de una Licencia de funcionamiento haga de los derechos consignados a su favor en al misma a otra persona

física o moral, siempre y cuando no se modifique la ubicación del establecimiento y giro mercantil que la misma ampare.

En el Capítulo III De los Establecimientos Mercantiles en General, la fracción I del artículo 10 señala lo siguiente:

El titular tiene las siguientes obligaciones:

I.- Destinar exclusivamente el local para el giro o giros a que se refiere la Licencia de funcionamiento o la Autorización otorgadas; o bien, los manifestados en la Declaración de apertura, acorde a su autorización de uso de suelo.

De la enumeración de estos artículos es importante destacar que lo más importante que se requiere es sin duda alguna la ubicación y características del inmueble (aviamiento objetivo) en donde se pretende desarrollar un giro mercantil, ya que de no contar con una ubicación que en los términos del desarrollo urbano sea factible la instalación, del giro a desarrollar, es prácticamente imposible el establecimiento del giro.

Por lo que respecta al aviamiento subjetivo (personal), aunque no es frecuente, sí es posible que se trasmita con la negociación mercantil. Esta transmisión puede ser considerada desde dos puntos de vista, uno de carácter positivo, que se manifestaría en la contratación de los servicios del antiguo titular, para el efecto de que los siga prestando, en calidad de funcionario (factor, gerente general, gerente de producción, consejero, etc.), en la nueva empresa, y de carácter negativo el otro, en cuanto dicho titular se abstenga, por un cierto

tiempo, de hacer concurrencia a la empresa cedida, y, por tanto, se obligue a no establecer una nueva que pueda desviar la clientela, actual y eventual, de la primera. En esta hipótesis, no hay en rigor, una transmisión del aviamiento, porque la nueva empresa no utilizará la capacidad ni los conocimientos (know-how) del antiguo empresario, pero al abstenerse éste de una labor de competencia, respetará la clientela de la negociación enajenada, que es el resultado principal del aviamiento.

Tocante a la practica comercial de los locales destinados al arrendamiento, la legislación mexicana no protege al aviamiento objetivo el cual se manifiesta en la doctrina bajo el nombre de "propiedad comercial". El Código Civil no se ocupa de ello. Tampoco se encuentra regulado el arrendamiento comercial. Difícilmente podría serlo, ya que, por lo general el arrendamiento es civil, y esta materia se encuentra constitucionalmente atribuida a las legislaturas locales.

El arrendatario desde la legislación, no puede subarrendar la cosa arrendada, ni ceder sus derechos sin el consentimiento del arrendador. En caso de hacerlo, además de incurrir en causa de rescisión por incumplimiento, responderá solidariamente con el subarrendatario de los daños y perjuicios. Independientemente de lo anterior, el arrendador podrá exigir la rescisión del contrato de arrendamiento.

Según el artículo 2485 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, una vez vencido un contrato de arrendamiento, tendrá derecho el inquilino, siempre que esté al corriente en el pago de las rentas, a que se le prorrogue hasta por un año ese contrato. Sobre este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha exigido que la prórroga se

pida antes de que expire el plazo de terminación del contrato: cuando todavía está en vigor el contrato, porque lo que no existe no puede prorrogarse y que sólo se da en arrendamientos por plazo determinado. Que habiéndose pactado varias prórrogas convencionales, terminada la última, procede la legal: a no ser que se exprese que la última de las convencionales sustituye a la legal.

CAPITULO IV.

ELEMENTOS DEL AVIAMIENTO

Para la integración del aviamiento deben tenerse en cuenta diversas circunstancias, como la situación del negocio, el nombre y prestigio comercial de sus integrantes, las utilidades producidas y probables, la evolución del negocio, la utilización del local comercial cuando se paga por el un precio inferior al normal, las inversiones realizadas en muestrarios, todo aquello que refleje la propaganda hecha entre la clientela, etc. Se trata de factores numerosos y generalmente subjetivos, todo lo cual torna aproximada su fijación e impide la aplicación de normas rígidas o preestablecidas; máxime si se tiene en cuenta que existen varios sistemas o criterios para ese efecto.

De todos los elementos que contribuyen a formar el aviamiento, algunos tienen existencia, vida y transferibilidad propias.

Como es fácil advertir, muchos elementos integrantes de la noción aviamiento son subjetivos y pertenecientes a la conducción empresarial: ¿son en realidad transmisibles? y esta pregunta puede hacerse, porque es obvio que lo único imposible de transmitir al transferir un establecimiento comercial o industria es el sujeto principal: el empresario.⁸⁴

En realidad, los elementos subjetivos que forman el aviamiento, aunque serían en principio intransmisibles, dejan a causa de su existencia anterior, una predisposición del público en general (destinatario final de la actividad comercial o

⁸⁴ SCHIAFFINO, Op. cit. p. 532.

industrial) que será favorable al fondo que se pretende transferir.

Al analizar los componentes subjetivos y objetivos del aviamiento, hay que distinguir sus principales particularidades.

IV.1 CAPACIDAD PRODUCTIVA

El aviamiento debe de ser valuado tomando como base los antecedentes y situaciones concretas referidas a la capacidad productiva de la empresa y a su capital, sobre todo en el momento en que se considera.

El capital social de una empresa es el conjunto de bienes propios del ente social, constituido por el valor inicial en dinero de las aportaciones de los accionistas (personas físicas o morales) que lo forman, por lo que la capacidad productiva debe entenderse como el patrimonio social entendiendo éste a el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones. Se forma inicialmente con el conjunto de aportaciones de los socios. Es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado.

Su cuantía adolece de las mismas variaciones que el patrimonio individual. Se incrementa si la industria es próspera, se reduce en el caso contrario. El patrimonio activo comprende: dinero, cosas, derechos, valores económicos de toda clase. El patrimonio pasivo; abarca las deudas. Dichos bienes pasan a ser propiedad del ente social de modo distinto o como ocurre con el capital.

IV.2 VALOR "NEGOCIO EN MARCHA"

Forman parte del aviamiento, las utilidades no percibidas o las pérdidas sufridas para poner en marcha el negocio o la empresa, que después redundarán en beneficios.

El valor "negocio en marcha" no responde a una nueva clasificación de valores, con distinto concepto del aviamiento, sino constituye uno de los renglones comprendidos dentro de este último valor.

Los gastos de establecimiento o de instalación, es decir, los gastos realizados para la constitución de la sociedad, deben distribuirse entre varios ejercicios, puesto que sería injusto cargarlos todos en un solo balance, ya que las ventajas que de ellos se deriven, son experimentadas por la sociedad a lo largo de su vida.

IV.3 GANANCIAS QUE PRODUCE

El aviamiento de un negocio existe cuando el capital invertido en un fondo de comercio, rinde frutos por encima de la media normal, determinándose en base a las utilidades que excedan de la tasa normal, calculada generalmente en el 12% del capital, por el plazo de los cinco años anteriores.

El aviamiento puede recurrirse como elemento indicativo, al término medio de las ganancias habidas en un periodo prudencial de años.

El aviamiento, hace al negocio en sí y su determinación no se relaciona con las utilidades de un periodo determinado. En este sentido, se ha considerado que para fijar el aviamiento,

existiendo compatibilidad regular, deben tomarse en consideración las ganancias que produce el fondo de comercio, pero no apreciadas en forma aislada, como interés de un capital abstracto, sino relacionándolas con el capital concreto del establecimiento de que se trate; debe tenerse en cuenta el giro mercantil, pues -se hace notar- hay negocios que, con pequeño capital, producen grandes ganancias, y otros, a la inversa.

El aviamiento se caracteriza como un nuevo valor que los diferentes elementos de la negociación mercantil adquieren "por el hecho mismo de estar organizados con la finalidad de ejercer una actividad productiva".

El plus valor de una negociación mercantil, o valor del aviamiento, no es sólo partida importante que se tiene en cuenta en la contabilidad de la empresa para fijar las utilidades de ésta, o para gravar de manera especial el precio de adquisición cuando se enajena, es el elemento que puede servir de base para determinar el lucro esperado en el caso de realización de un siniestro en que la negociación mercantil y el aviamiento hayan sido objeto del seguro de daños.

Con frecuencia sin embargo, la determinación y la prueba del valor del aviamiento se dificultan, porque ordinariamente no se contabiliza esta partida, y no siendo objeto de un impuesto especial, tampoco se determina; no obstante, para fijar dicho precio puede acudirse a juicio pericial, que al comparar empresas semejantes, fije bastante aproximadamente el plus valor de la negociación mercantil.

IV.4 FACTOR PERSONAL: ACTIVIDAD DEL DUEÑO

La habilidad del empresario se refiere a sus cualidades de organizador de la unidad económica, su facilidad para combinar los factores de la producción, (naturaleza, capital, trabajo, tecnología) y estimularlos para obtener el resultado deseado.

La dinámica de la empresa económica organizada por él depende de su empuje, energía y eficiencia. A esto hay que añadir su solvencia técnica: tanto más lucrativa y próspera será una actividad, comercial o industrial, cuanto más profundamente se haya preparado el empresario para dirigirla. Esto puede llevarlo, como dice Bertora, a una posición de privilegio que equivalga a un monopolio.

El prestigio del comerciante principal se funda en ciertas cualidades personales, unas innatas y otras adquiridas con estudio, preparación o experiencia.

Por otro lado, la determinación del aviamiento hace indispensable tomar en consideración dos aspectos esenciales que deciden acerca de cuál ha de ser el valor más aproximado a lo que corresponda presumiblemente: en primer lugar, el carácter de la sociedad y si ésta es de Responsabilidad Limitada, o sea de personas, el factor personal nombre, dedicación, prestigio del socio, etc., es decisivo para la marca de los negocios; en segundo término, hay que considerar si el giro comercial se halla expuesto a posibles medidas que lo perturben o restrinjan pues ello tiene innegable influencia en ese valor.

En este sentido al elemento dinámico del fondo de comercio, debe agregarse la actividad y aporte personal de su dueño; pero a los efectos del aviamiento no cabe atribuir tanta importancia a la actividad personal del socio cuando -como en el caso que se comenta- uno de los hijos siempre trabajó en el taller y tiene los conocimientos, capacidad y experiencia necesarios para continuar la explotación de la negociación mercantil.

El empresario ha de actuar profesionalmente, ejecutando "actos en masa" con la finalidad de lucro, una tendencia a la especulación o, cuando menos, una conducta egoísta y no de beneficencia.

IV.5 POSIBILIDADES FUTURAS DE RENDIMIENTO

El aviamiento es una calidad del negocio, empresa o fondo de comercio, indisolublemente unida al mismo y para su fijación deben tenerse en cuenta las esperanzas y posibilidades de futuros lucros.

Como cualidad o manera de ser del negocio, el aviamiento se manifiesta en una cierta aptitud de la empresa para obtener ganancias o lucros, porque, en efecto, la característica natural de toda empresa comercial consiste en ser lucrativa, y la tendencia propia de todo empresario es la de obtener una ganancia, merced a la explotación de su empresa y a la óptima organización de los bienes que la forman. Sin embargo, esta manifestación no es constante ni esencial, ya que, por un lado, el aviamiento existe con anterioridad al ejercicio de la empresa y, en cambio, la aptitud de producir utilidades sólo se da en una negociación en ejercicio; por otro lado, el aviamiento

persiste aun cuando la empresa se clausure o suspenda temporalmente sus actividades.

Esta manifestación del aviamiento, que corresponde, consecuentemente, con la causa o finalidad de la empresa es de carácter especulativo y consiste en una actividad productora de bienes o servicios, nace con una idea o propósito del empresario (aviamiento subjetivo); pero en la vida de la negociación se adhiere tan íntimamente a ésta, que le es inseparable y contribuye con un valor adicional -plus valor- al precio de la negociación, formado por el que tenga cada uno de sus elementos (aviamiento objetivo).⁸⁵

Habitualmente el aviamiento se determina sobre la base de un conjunto de antecedentes diversos, que no son, en definitiva, sino realidades económicas actuales que sirven para calcular presuntivamente posibilidades futuras de rendimiento.

La sobreutilidad esperada debe reunir ciertos caracteres de estabilidad; pero no es necesario que ofrezca seguridad de su limitación en el tiempo, bastando que concurren ciertas condiciones favorables que permitan calcular superganancias futuras.

IV.6 SEGURIDAD PRODUCTIVA

La seguridad productiva de un fondo de comercio está dada por su crédito, fama o arraigo y, estos elementos son los que corresponde al aviamiento.

⁸⁵ BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL, Ob. cit. p. 230.

El crédito es imprescindible para un eficiente desarrollo industrial o mercantil; no se da únicamente por las condiciones materiales del peticionante o su solvencia económica; tiene gran preponderancia su personalidad, su actuación y su conducta.

La conducta es de una incidencia fundamental en el ámbito comercial o industrial. Como ha dicho Le Pera, el derecho comercial avanza por una senda nueva, donde se vuelve un poco a los orígenes, en el sentido de que uno de sus valores permanentes -ahora más destacado- es la buena fé, la lealtad, el buen proceder comercial. Esto da al comerciante o al industrial prestigio, que incide en el crédito y en sus relaciones comerciales.

IV.7 CLIENTELA

La clientela entendida como "aquel conjunto de relaciones de derecho y de hecho por las cuales quien tiene una negociación se asegura el concurso de los clientes". Para entender su importancia práctica, conviene no tener presente tan sólo las negociaciones que viven al día, contando con una clientela efímera y ocasional, sino las negociaciones en las cuales el las atiende asegura la estabilidad de la clientela; así por ejemplo, una negociación libera además de la voluble clientela de todos los días, puede asegurarse una clientela de suscripciones o de críticos.

Las relaciones jurídicas coordinadas para asegurar la estabilidad y el sucesivo aumento de la clientela son tan

numerosas cuanta es la agilidad de los comerciantes en la búsqueda de los negocios.⁸⁶

El maestro Barrera Graf, sostiene que de la clientela puede decirse lo mismo que del aviamiento, o sea, que da la medida del valor de la empresa, y que ésta no existe sin aquella; si la finalidad o la "causa" de la negociación es el ejercicio de una actividad productiva, esta actividad sólo puede mantenerse en cuanto existe un público cuyas necesidades son satisfechas por la producción de la empresa.

Por su estrecha vinculación con el aviamiento y por el hecho de que ambas figuras son difíciles de precisar, desde el punto de vista jurídico, en algunos casos se les asimilan. Para Vivante, existe un derecho a la clientela, como existe un derecho al aviamiento y tanto aquélla como éste, no pueden enajenarse aisladamente, sino sólo al traspasar la empresa.

Se trata evidentemente, de un concepto abstracto "difuso e intangible", tanto o más que el aviamiento mismo, pero que no puede confundirse con éste por ser efecto y manifestación de él. Para Barrera Graf; como hemos mencionado anteriormente, no existe en rigor un derecho a la clientela, precisamente por la imposibilidad de determinar ésta y de precisar si se refiere a un conjunto, determinado, de personas o, más bien, a un conjunto de relaciones jurídicas, de contratos con esas personas, y si dichas relaciones son las que en un momento dado existen, o las que pueden llegar a existir en el futuro.

⁸⁶ VIVANTE, Cesare, OTRA VEZ SOBRE LA CLIENTELA. Jus, Revista de Derecho y ciencias sociales. Traducc. Roberto L. Mantilla Molina, No. 78, enero 1945, P. 45.

En cambio, el derecho concede a la empresa medios de defensa para conservar la clientela; esa defensa se otorga a través de la protección del local o establecimiento comercial, y sobre todo a través de las normas de la competencia desleal.

La relación con la clientela, tanto por recaer en la persona humana como por provenir de la actividad del empresario, pudiera asimilarse a la actividad desarrollada por el trabajador, y así como ésta no constituye un acto jurídico, sino una actividad humana con importantes implicaciones y consecuencias jurídicas, así también la relación con la clientela en general, y con cada cliente en particular, es una relación de hecho (social o incluso económica) que se basa en la actividad del empresario y del cliente, pero en sí misma no es jurídica.

Se suele afirmar sin embargo, que la clientela da lugar a un derecho real, en cuanto su existencia y su atribución a una empresa impone a los terceros la obligación de respetar la posición del empresario; es decir, a semejanza de los derechos reales, impone una obligación universal de abstención. Sin embargo, aparte de esta nota negativa no es la única ni la más importante para caracterizar a los derechos reales, tampoco es verdad que exista, respecto a la clientela, con el carácter general que es propio de estos derechos, ya que la lucha para ganar y para atraer la clientela es legítima en la medida que no se acuda a procedimientos prohibidos por el derecho o por la ética comercial.

IV.8 DERECHO AL LOCAL

Es uno de los tantos elementos de un establecimiento comercial al considerarlo integrante del fondo de comercio,

supone que el enajenante tiene un derecho de transferir el contrato de arrendamiento.

El derecho al local, al igual que la clientela y las instalaciones, forman parte del fondo de comercio y tiene un valor incuestionable.

Asimismo, en la venta de un fondo de comercio, el derecho al local es un elemento valorado, pues de su mantenimiento depende en gran parte el de la clientela y el aviamiento.

Normalmente una negociación no puede existir sin uno o varios locales (establecimiento o establecimientos), en donde encuentran cabida los elementos corporales que la constituyen y en donde se desarrollan las actividades que le son propias. Cuando la propiedad del local corresponde a quien también tiene el dominio sobre la negociación, suele omitirse incluir entre los objetos que la forman el inmueble que la contiene, ya que su régimen jurídico no presenta ninguna peculiaridad.

Por el contrario, si el propietario de la negociación adquiere el uso del local mediante un contrato de arrendamiento, su interés puede ponerse en pugna con el dueño del inmueble, bien durante la vigencia del contrato, en caso de que pretenda enajenarse la negociación, bien al concluir el plazo estipulado, en caso de que el comerciante desee continuar explotándola.⁸⁷

El derecho que se concede al arrendatario de prorrogar su terminación el contrato de arrendamiento que hubiere celebrado sobre el local comercial, o en su defecto, el derecho de exigir del arrendador que niega la prórroga el pago de una

⁸⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto, DERECHO MERCANTIL Op. cit. ref. 126, p. 110.

indemnización a favor del arrendatario, se conoce con el nombre de propiedad comercial. La justificación económica de tal derecho, que desde el punto de vista jurídico constituye una grave limitación a la propiedad del arrendador, así como a otros principios contractuales del derecho común, estriba, en concepto de los autores que defienden dicha facultad del inquilino, en la circunstancia de que el titular de local arrendado suele beneficiarse con el *aviamiento* de la negociación mercantil, a la expiración del contrato de arrendamiento respectivo, y parece injusto e inconveniente, por un lado, favorecer gratuitamente al arrendador de un provecho o plus valor ganado por su finca, al que el fue por completo ajeno, y por otro lado, privar al arrendatario del local objeto del contrato, sin concederle derecho a recibir el valor del prestigio y de la fama que por su actividad al frente de una empresa ha ganado para ésta y ha atribuido a dicho local.

IV.9 PERMISO DE FUNCIONAMIENTO

El permiso de funcionamiento de un negocio constituye otro de los elementos del fondo de comercio el cual se transmite. En nuestro medio jurídico, la licencia de funcionamiento, es el acto administrativo que emite una autoridad para que una persona física o moral pueda desarrollar en un establecimiento mercantil, alguno de los giros mercantiles cuyo funcionamiento requiera.

En la actualidad es indispensable contar con todos los permisos, licencias y autorizaciones para que la negociación mercantil se desarrolle plenamente y en armonía con su entorno físico.

CAPITULO V

EFFECTOS DEL AVIAMIENTO

V.1 GUANTE

Es a mi parecer la manifestación más importante del fenómeno jurídico del aviamiento (objetivo o real). La palabra Guante proviene del antiguo flamenco *wante* y se le identifica como el "Agasajo o gratificación, especialmente la que se suele dar sobre el precio de una cosa que se vende o traspasa".

En la jerga mercantil, suele denominarse, de esta suerte, a la gratificación que se acostumbra dar sobre el predio de un local o establecimiento mercantil que se vende o traspasa.

Tullio Ascarelli al estudiar el aviamiento en relación a la clientela pueden tener las más diversas causas y señala que "la posición del inmueble en que la empresa está situada (piénsese, por ejemplo, en un café establecido en una calle central), la bondad de sus productos, las prácticas tradicionales de corrección, la habilidad del comerciante, etc."⁸⁸

Cesare Vivante, al analizar la práctica de los guantes, los identifica con el latinismo de "buena uscita" y lo ubica como "el reconocimiento de una justa compensación a quien cede el local y la propia clientela; pero tal significación es antigua y exacta véase a Tommaseo, "quien adquiera el negocio paga a quien se expropio de él una compensación en razón del avio

⁸⁸ ASCARELLI Tullio, "DERECHO MERCANTIL", Op. cit. p. 52.

que aumenta su valor y esta justa compensación se llama guante" (buena uscita).

El guante, tiene su explicación en la fama o el prestigio comercial que a través del tiempo va creando un establecimiento mercantil que provoca la asiduidad de los clientes al mismo, y por ende una mayor venta de los objetos o servicios que se expenden o se ofrecen.

El prestigio o la fama se determinan, por ejemplo, tanto por la calidad de sus productos, la atención a la clientela, cuanto por la ubicación del propio establecimiento, lo que se debe indudablemente a la pericia del empresario.

En ocasiones el prestigio comercial no lo determina totalmente el ingenio del empresario sino la ubicación del establecimiento, por ejemplo lo que sucede en los grandes complejos comerciales "Plaza Universidad", "Plaza Satélite", "Plaza Coyoacán", "Plaza Loreto", "Perisur", etc. en donde la concurrencia de diversos locales y sobre todo de tiendas departamentales concentrados en un mismo espacio geográfico, propicia el aseguramiento de la clientela en torno de dicho complejo comercial, por lo que, anualmente, independientemente del pago del alquiler, los arrendatarios comerciantes, deben pagar un premio o agasajo por lo mismo, lo que en el uso mercantil se le denomina *key money*.

Siendo pues, el crédito mercantil una fuente de riquezas o un aviamiento considerado como un potencial de producción de utilidades, se explica que al traspasarse o venderse un local o establecimiento mercantil, se cobre un premio por dicho traspaso, aparte del pago que ha de realizarse por concepto de derechos de autor, del nombre comercial, las patentes, etc. o

bien de maquinarias u otros objetos materiales, ya que el crédito o reputación, la fama o prestigio comercial, la clientela, etc. propician dicho aviamiento o potencial de producción de utilidades, lo que junto con las demás cosas mercantiles incorporales ya mencionadas y que se encuentran reguladas por la ley (derechos de autor, patentes, marcas, nombre comercial, etc.) deberían de ser igualmente objeto de protección jurídica, no aconteciendo lo mismo en el derecho mexicano.

Como dato histórico, tendremos que referirnos forzosamente al ordenamiento jurídico publicado en el Diario Oficial, de fecha 30 de diciembre de 1948, mediante el cual se expidió el "Decreto que Prorroga los Contratos de Arrendamiento de las Casas o Locales que se citan". Este ordenamiento legal aunque fué abrogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1992, contiene el único artículo que hace referencia a la manifestación exterior del aviamiento objetivo o real conocido bajo el nombre de guante y del aviamiento subjetivo o personal cuya manifestación se hace patente en el crédito comercial o mercantil.

El inciso b) del artículo 5° del Decreto que Prorroga los Contratos de Arrendamiento de las Casas o Locales señala lo siguiente:

En los casos previstos en el inciso 2°. del artículo 2°, los arrendatarios tendrán derecho a una compensación por la desocupación del local arrendado, que consistirá:

b) En la cantidad que fijen los tribunales competentes tratándose de locales destinados a comercio o industria, tomando en consideración los siguientes elementos:

los *guantes* que hubiera pagado el arrendatario, el crédito mercantil de que éste goce, la dificultad de encontrar nuevo local y las indemnizaciones que en su caso tenga que pagar a los trabajadores a su servicio, conforme a la resolución que dicten las autoridades del trabajo.

El artículo 6° del propio Decreto, en su párrafo segundo, dice:

El arrendatario no estará obligado a desocupar el local arrendado, en los plazos fijados en el párrafo anterior, mientras el arrendador no garantice suficientemente el pago de la compensación a que se refiere el artículo 5°.

En este sentido, el premio se determina entre las partes, mediante un acuerdo de voluntades y en caso de un conflicto judicial, se estaría en presencia indudablemente, de un contrato mercantil, por ser los sujetos dos comerciantes (fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio), lo que determinaría la aplicación de la ley mercantil.

Dentro de los contratos mercantiles no se encuentra contemplado el guante o los guantes, lo que nos remitiría a la ley civil, de acuerdo a lo que ordenan los artículos 2° y 81 del Código de Comercio:

artículo 2º.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal

artículo 81.- Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.

Dentro del Código Civil se encontraría el fundamento legal aplicable a un caso de guantes en el artículo 1858, ya que se trata de un contrato innominado:

artículo 1858.- Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Sin embargo, y a manera de exposición, me permito transcribir diversas declaraciones y cláusulas que se han venido implementando por el área jurídica del desarrollo comercial y de servicios denominado "World Trade Center Ciudad de México" y de la cual el sustentante es miembro.

Con el objeto de tener una mayor regulación del guante, nos abocamos a la tarea de efectuar un estudio de los

instrumentos jurídicos que de una y otra manera trataban de regular este fenómeno jurídico-mercantil. Del estudio comparativo de los contratos con los Centros comerciales similares al que pretendemos anclar en el desarrollo inmobiliario antes referido, nos percatamos que el mismo ni siquiera ha sido regulado desde el punto de vista eminentemente jurídico, por lo que procedimos a desarrollar los siguientes contratos.

1).- Contrato de Promesa de Arrendamiento

2).- Contrato de Arrendamiento.

Respecto al primer contrato, desde un principio en las declaraciones se trato de resaltar la ubicación y calidad del inmueble World Trade Center Ciudad de México, ya que el mismo se encuentra ubicado en el centro geográfico de la Ciudad de México, conectado a su vez con las principales arterias de la ciudad, lo que lo convierte en un polo de desarrollo comercial y de servicios único en su tipo.

Así mismo, se pretende el anclaje de dos tiendas departamentales de los Estados Unidos de América, lo que lo convierte en el único Centro Comercial de su tipo en la Ciudad de México.

El concepto jurídico que pretendemos regular es el de la asignación del local comercial mediante dos conceptos básicos:

a).- Contraprestación (guante) que el promitente arrendatario debe cubrir por la asignación del local y suscripción del contrato de arrendamiento.

b).- Acreditar la propiedad o ser causahabiente de las marcas que pretende desarrollar en el Centro comercial.

De lo anterior, en el inciso b) de la declaración I del contrato de promesa de arrendamiento se señala lo siguiente:

Que será titular de la gran mayoría de los Locales Comerciales que conformará el Centro Comercial del desarrollo "World Trade Center Ciudad de México", en lo sucesivo "WORLD TRADE CENTER", estando facultada para otorgarlos en arrendamiento, a fin de que en los mismos se instalen los giros y actividades comerciales que conforme al proyecto sean autorizados. En atención a lo anterior, en el "WORLD TRADE CENTER" se tiene contemplado el anclaje de dos Tiendas Departamentales de los Estados Unidos de América.

Como requisito indispensable para proteger al Centro Comercial así como a los demás locatarios que se instalen en él, fue necesario insertar en los incisos b) y c) de la declaración II del contrato, lo relativo al acreditamiento de la actividad comercial del promitente arrendatario así como de la titularidad de las marcas que pretende desarrollar en el Centro comercial.

b).- Dedicarse al comercio y que su objeto social le permite el otorgamiento de Contratos de Arrendamiento y que por tanto, cuenta con plena capacidad y carece de impedimento legal para celebrar el presente.

c).- Que es poseedora y/o licenciataria y/o franquiciataria de la marca de servicio denominada "_____", la cual le otorga el derecho para comercializar al público en general la venta al por menor de _____, el cual pretende introducir en el Centro Comercial que formará parte del desarrollo "World Trade Center Ciudad de México".

En lo relativo al desarrollo del clausulado, procederemos a vertir los siguientes conceptos: compromiso de suscribir el contrato de arrendamiento, pago de la contraprestación de los derechos de asignación y derecho a suscribir el contrato de arrendamiento.

PRIMERA.- Ambas partes prometen suscribir el Contrato de Arrendamiento, que como Anexo "1" se agrega al presente Contrato respecto de los locales comerciales, ubicados en el piso ___ del Centro Comercial del desarrollo "WORLD TRADE CENTER" y cuyas medidas y colindancias se mencionan en la Cláusula PRIMERA del Contrato de Arrendamiento, que será firmado por las partes en el plazo establecido en la Cláusula CUARTA del presente Contrato, siempre y cuando se cumpla con todos y cada uno de los pagos y condiciones señalados en este Contrato.

SEGUNDA.- DERECHOS DE ASIGNACION.- "LA PROMITENTE ARRENDATARIA" se obliga a pagar a "LA PROMITENTE ARRENDADORA", como contraprestación por concepto del derecho de asignación de los locales comerciales del desarrollo "WORLD TRADE CENTER" y el otorgamiento del

Contrato de Arrendamiento, la cantidad de U.S.Cy. \$_____ (_____ DOLARES, MONEDA DE CURSO LEGAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), o su equivalente en PESOS, Moneda Nacional, al tipo de cambio que para la venta rija en las Instituciones Bancarias del Distrito Federal al momento de su pago, más el correspondiente Impuesto al Valor Agregado, cantidad que será cubierta por "EL PROMITENTE ARRENDATARIO" en la siguiente forma:

TERCERA.- Independientemente de la obligación consignada en la cláusula anterior, "LA PROMITENTE ARRENDATARIA" está conforme en que para que pueda tener el derecho a la suscripción del contrato de arrendamiento consignado en la cláusula PRIMERA de este contrato, deberá proporcionar a "LA PROMITENTE ARRENDADORA" copias certificadas de el (los) documento(s) que se señalan en la Declaración II inciso c) de este contrato.

De no cumplirse lo anterior, "LA PROMITENTE ARRENDADORA" no estará obligada a suscribir el contrato de arrendamiento, y lo podrá dar por resuelto sin responsabilidad alguna de su parte, por lo que operará en este caso la pena convencional señalada en la cláusula SEXTA así como lo estipulado en el último párrafo de dicha cláusula.

Una vez que el promitente arrendador haya suscrito el contrato de arrendamiento, se establece de manera clara y precisa la regulación en lo conducente al guante de ahí que transcribiremos la siguiente cláusula:

TRIGESIMA.- DERECHO DE "LA ARRENDATARIA".-
Ambas partes convienen a que una vez que se dé por terminado la vigencia del contrato de arrendamiento "LA ARRENDATARIA" tendrá derecho a que se le otorgue el porcentaje señalado en esta cláusula de conformidad con la aportación del derecho de asignación que en su caso, realice un "nuevo arrendatario" conforme a lo siguiente:

Si "LA ARRENDATARIA" decide desocupar la localidad arrendada al término del Contrato de Arrendamiento, tendrá derecho a que "LA ARRENDADORA" le otorgue el 70% de la cuota de asignación que proceda en su caso, respecto del "nuevo arrendatario"; pero en ningún caso el 70% deberá ser superior a la cantidad que pago como contraprestación consignada en la Cláusula Segunda del Contrato de Promesa de Arrendamiento firmado por las partes el día ___ de ____ de 199_.

Para que tenga derecho "LA ARRENDATARIA" al otorgamiento del porcentaje respecto del derecho de asignación que realice en su caso, el "nuevo arrendatario, "LA ARRENDADORA" deberá tener firmado un Contrato de Arrendamiento con el "nuevo arrendatario" quién deberá haber cubierto la totalidad de la cuota del derecho de asignación que se establezca.

Así mismo, se establece los casos en los que no opera la devolución del guante:

TRIGESIMA PRIMERA.- "LA ARRENDATARIA" no tendrá derecho a que se le otorgue cantidad alguna respecto de la cláusula anterior, si acontece lo siguiente:

a).- Si el Contrato de arrendamiento se da por terminado o se resuelve en cualquier momento antes de que fenezca el plazo forzoso al que se encuentra sujeto el presente Contrato o los subsecuentes que se lleguen a firmar;

b).- Cuando al término del o los subsecuentes contratos de arrendamiento, "LA ARRENDATARIA" continua en posesión de la localidad arrendada sin el consentimiento expreso de "LA ARRENDADORA".

c).- Cuando al término del o los subsecuentes contratos de arrendamiento, "LA ARRENDATARIA" en más de dos ocasiones durante un periodo de doce meses no haya cubierto oportunamente en los términos y plazos convenidos todas y cada una de las obligaciones de pago a que se encuentra obligada.

d).- En caso de que por razones imperantes en el mercado, la cuota de asignación deje de tener aplicación en el Centro Comercial de "EL WORLD TRADE CENTER" al momento en que "LA ARRENDADORA" celebre un contrato de promesa de arrendamiento con un "nuevo arrendatario" respecto de los Locales objeto del presente contrato.

El inciso d) de la cláusula citada es de suma importancia ya que en la medida en que se instalen otros Centros Comerciales de la misma calidad al desarrollo se ira desapareciendo la

práctica del pago de los guantes en los Centros Comerciales en el Distrito Federal.

V.2 CREDITO COMERCIAL

El crédito comercial es la manifestación externa del aviamiento subjetivo o personal, en la negociación de una empresa, por lo que su fama o prestigio son determinantes para la buena marcha de la hacienda.

Existen incluso teorías que le dan posibilidad y validez al aporte del "nombre" o del "crédito comercial", como elemento aislado constituyendo la única contribución de un socio a la formación del capital social de una empresa.⁸⁹

En este sentido, existen tres grandes tendencias: una que admite la validez del aporte del "nombre" o del "crédito comercial" puro y simple; otra que exige que además del "nombre" o del "crédito comercial" el socio contribuya con otros bienes a la formación del capital social y una tercera que niega la validez del aporte del "nombre" o del "crédito comercial" puro y simple.

La mayor parte de la doctrina, tanto en materia civil como comercial se agrupa dentro de la primera tendencia. El *Juris Classeur Commercial* resumiendo la opinión dominante, dice expresamente:

"No. 98.- Un comerciante puede también aportar su nombre únicamente, independientemente de toda cooperación activa en los negocios sociales, si ese

⁸⁹ PEREZ FONTANA, Sagunto F., EL APORTE DEL "NOMBRE" O DEL "CREDITO COMERCIAL", Revista de Derecho Comercial, Montevideo Uruguay, año XIV, No. 155, 1959, p. 148.

nombre, por el favor con que es acogido en el público, puede favorecer el crédito de la sociedad y el desenvolvimiento general de los negocios”.

Como variante de esta primera doctrina corresponde destacar la profesada por algunos autores como Umberto Navarrini que admite la función autónoma del aporte del nombre o del crédito, pero exige la presencia de otros bienes aportados por los otros socios, pues solamente uniéndose a estos, pueden constituir un verdadero aporte.

Esa opinión fue sostenida por Cesare Vivante en la primera edición de su *Trattato di Diritto Commerciale*, 1883, Vol. I N° 274 pag. 306. Posteriormente Vivante parece haber abandonado esa opinión pues no la reprodujo en su última edición de su Tratado.

Como integrantes de la segunda tendencia, o sea de la que exige que el nombre o el crédito vayan acompañado de otra prestación por parte del socio, sea su industria, consejo, vigilancia o la transferencia de una casa de comercio, en una palabra, que el nombre o el crédito formen parte de los bienes que aporta el socio, pueden citarse autores tales como Aubry et Rau.

Comparten la tercera tendencia o sea, la que niega validez al aporte aislado del nombre o crédito, autores tales como Georges Ripert.

Algunos autores creen encontrar un sólido apoyo para su interpretación en el Derecho romano. Al efecto citan el siguiente fragmento del Digesto, L. Dig. Pro Socio XVII -2.

"Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio socii
simus, veluti si alter plus operae, industriae, gratie,
pecuniae in societatem colleratus erat. Puede ser
conveniente o arbitrio de buen varón, que no seamos
ciertamente socios de aportes iguales como si uno
hubiera aportado a la sociedad más trabajo,
industria, gracia o dinero".

Sin embargo hay quienes niegan al pasaje citado el
alcance que se le quiere dar. El fragmento en cuestión se
refiere a que la parte de cada socio puede ser distinta, pero no
tiene nada que ver con el problema de si el nombre o el crédito
solamente pueden constituir un aporte. Teniendo en cuenta
otros aspectos del Digesto que precisamente se refieren a las
cosas que pueden ser materia de aporte no citan a la "gratie" y
que era dudoso que aún el aporte de industria fuera admitido
por los romanos, al menos en los primeros tiempos, por lo que
se niega que el aporte del nombre solamente fuera admitido en
el derecho romano.

También se citan los trabajos preparatorios del Código
Civil francés. Estos antecedentes no arrojan mucha luz, pues
las primeras opiniones estaban divididas. Así Pelet sostuvo en
el Consejo de Estado que "se puede aportar en sociedad su
nombre o su reputación, los que deben ser considerados como
aporte" (sesión del 14 de Nivoso del año XII-5 Enero de 1804).
Por el contrario, Treilhard y Berlier no lo admitían sino para las
sociedades comerciales, afirmando en tesis general que "un
nombre aislado de todo acto de la persona es una cosa muy
abstracta; en cambio la industria es una cosa positiva en la que
conviene detenerse".

La mayoría de los autores que admiten la validez del aporte del nombre o del crédito comercial aisladamente, fundan esa opinión en afirmaciones sin valor jurídico y en contradicción con los principios legales que rigen en materia de aportes. Su argumentación puede resumirse así: “la confianza que inspira una persona gracias a su buen renombre, a su habilidad, a su honestidad, puede ser objeto de un aporte”.

Se ha querido justificar la validez de esos aportes diciendo que el nombre o el crédito constituyen bienes sujetos de apreciaciones pecuniarias, que las partes pueden atribuirle un valor con el que es aportado a la sociedad. No negamos que los socios pueden atribuirle un valor determinado al nombre o el crédito que se aporte, pero siempre que ese valor se tenga en cuenta al solo efecto de establecer la proporción en los beneficios y la contribución en las pérdidas que corresponderán al titular de ese nombre o crédito personal, pero en ese caso, no nos encontramos con un verdadero aporte sino con la obligación que toma sobre sí esa persona de responder por las obligaciones sociales. El aporte debe consistir en bienes que contribuyan a la formación del capital social, distinto del capital particular de los socios, de manera que los acreedores sociales pueden ejercer sobre ellos las acciones que tengan derecho para obtener la satisfacción de sus créditos.⁹⁰

⁹⁰ Ob. cit. p. 150.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es necesario valorar al fenómeno jurídico del *aviamiento* como un elemento de singular importancia dentro de la negociación mercantil, toda vez que sus efectos tanto objetivos como subjetivos son factores primordiales para dar el impulso necesario en el éxito del fondo de comercio.

SEGUNDA.- Es conveniente analizar si es necesario implementar una regulación ya sea de carácter administrativo o bien dentro de nuestra legislación civil o mercantil que regule las transferencias (traspasos) de la negociación mercantil ya que en la actualidad consideramos que son los elementos subjetivos de valoración económica y no los elementos jurídicos-contables los que determinan el valor en el traspaso de una negociación mercantil.

TERCERA.- Se carece de una regulación jurídica que establezca y determine con precisión la contraprestación de carácter pecuniario (Guante) que los empresarios en su calidad de arrendatarios deben entregar al arrendador del local por la adquisición en renta de dicho espacio, ya que en la actualidad los empresarios de Centros Comerciales en particular así como los locatarios de espacios comerciales en general se encuentran en un estado de indefensión respecto de llegado el término en la vigencia del contrato de arrendamiento el o los propietarios del local regularmente obligan extracontractualmente a los arrendatarios de dichos espacios a que dicha contraprestación le sea resarcida en el mejor de los casos al momento en que un nuevo arrendatario ocupe su lugar.

CUARTA.- Nuestra legislación no contempla como si ocurre en las legislaciones de Francia, Argentina, Uruguay o Colombia que los elementos constitutivos de la empresa se encuentren debidamente señalados, dando así una certeza jurídica en la composición de la negociación mercantil.

QUINTA.- Es importante destacar el escaso estudio jurídico que sobre el *aviamiento* ha tenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya que demuestra desde un punto de vista meramente objetivo la situación estática que prevalece al interior de las sociedades mercantiles, situación que no ha sido así en países como Inglaterra, Argentina y Estados Unidos en donde se ha suscitado la solución de conflictos de carácter económico que en el fondo contraponen la valoración del fenómeno del *aviamiento*.

SEXTA.- Sería importante rescatar de alguna manera en la legislación mercantil el concepto de "derecho al arrendamiento" como una expresión propia para la subsistencia de la negociación mercantil, no sin antes destacar la desatinada legislación que prevaleció por más de cuarenta años en la llamada "Ley de Congelación de Rentas" del 30 de diciembre de 1948, la cual provocó en mi opinión uno de los desastres económicos más grandes que en materia inmobiliaria registra este país.

SEPTIMA.- El *aviamiento* objetivo o real debe de ser tomado en cuenta como un efecto económico de vital importancia ya que la ubicación de una negociación mercantil en relación a su entorno social puede ser el factor más importante para su desarrollo y crecimiento, situación que en la contabilidad de las empresas no es valorada.

OCTAVA.- Al interactuar con otros mercados de carácter internacional, los abogados corporativos recojen experiencias de otros países que deben incorporarse en la práctica del derecho, tal es el caso del *aviamiento* que si bien tiene sus raíces en la legislación italiana, ésta ha traspasado de alguna manera sus conceptos en la legislación anglosajona la cual ha desarrollado sus propias visiones del fenómeno jurídico desde finales del siglo pasado hasta la actualidad.

NOVENA.- Sería importante entrar a la discusión de carácter doctrinal y analizar las experiencias de la legislación colombiana en relación a la creación de un "avalúo oficial" en el *aviamiento* desarrollado por un ente de carácter gubernamental que sea el encargado de sancionar en la contabilidad de la empresa tal situación.

DECIMA.- El *aviamiento* subjetivo o personal debe de ser promovido y desarrollado desde las escuelas básicas con el objeto de generar una verdadera cultura empresarial que fortalezca la soberanía del país. Es el impulso generador de la riqueza y bienestar que se requiere para la constitución de fuentes de empleo necesarias por la explosión demográfica del país.

CAPITULO VII

BIBLIOGRAFIA

- ABASCAL ZAMORA, José María, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1985.
- ABASCAL ZAMORA, José María, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo P-Z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1988.
- ARECHA, Waldemar, LA EMPRESA COMERCIAL, Editorial De Palma, Buenos Aires Argentina, 1948.
- ASCARELLI Tullio, DERECHO MERCANTIL, Edit. Porrúa Hermanos, Traducc. Felipe de J. Tena, México, D.F. 1940.
- BARRERA GRAF, Jorge, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL (GENERALIDADES Y DERECHO INDUSTRIAL), Vol. I, México, 1a. edición, edit. Porrúa, 1957.
- BARRERA GRAF, Jorge, LA EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO MERCANTIL ITALIANO. SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEXICANO, Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, No. 19 enero-abril, 1954.
- BARRERA GRAF, Jorge, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1987.
- BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, LA EMPRESA (NUEVO DERECHO INDUSTRIAL, CONTRATOS COMERCIALES Y SOCIEDADES MERCANTILES), México, 2a. edición, edit. Porrúa, 1983.
- BELTRAN de HEREDIA, José, Prólogo de la obra de Manuel García Amigo "La Cesión de los contratos en el Derecho Español", edita, Revista de Derecho Privado, Madrid 1964.
- BERTORA, Hector Raúl, LLAVE DE NEGOCIO, edit. R. Calabrese, Buenos Aires Argentina, 1951.
- CERVANTES Manuel, DISERTACIONES SOBRE EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y LA PERSONALIDAD MORAL EN EL DERECHO ROMANO, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo VI, Enero-Junio, No. 21-22, México, 1944.

- COLLOM, Pierre, LA CLIENTELE DU FONDS DE COMMERCE, Revue Trimestrelle de Droit Commercial, 32 année, No.1, Janvier-mars, Paris, Francia, 1979.
- DAVALOS MORALES, José, DERECHO DEL TRABAJO I, Edit. Porrúa, 1a. edición, México 1985.
- DE BUEN L., Néstor, DERECHO DEL TRABAJO, Tomo I, México, 5a. edición, edit. Porrúa, 1984.
- ETCHEVERRY, Raúl Anibal, DERECHO COMERCIAL Y ECONÓMICO (PARTE GENERAL), Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979.
- FENANDEZ-NOVOA Carlos, REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA EMPRESA Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS, Revista de Derecho Mercantil, Vol. XXXIX, No. 95, enero-marzo, Madrid, España 1965.
- GALGANO Francesco, HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL, Edit. Laila, Barcelona España, 1981.
- LARA SAENZ, Leoncio, PROCESOS DE INVESTIGACION JURIDICA, Edit. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1991.
- LE PERA, Sergio, CUESTIONES DE DERECHO COMERCIAL MODERNO, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979.
- MANTILLA MOLINA, Roberto, DERECHO MERCANTIL, México, 29a. edición, Edit. Porrúa, Primera reimpresión 1996.
- NIÑO ALVAREZ, Raúl, CONTABILIDAD INTERMEDIA II, Edit. Trillas, México, 1984.
- PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Edit. Porrúa, 1987.
- PEREZ FONTANA, Sagunto F., EL APORTE DEL "NOMBRE" O DEL "CREDITO COMERCIAL", Revista de Derecho Comercial, Montevideo Uruguay, año XIV, No. 155, 1959.
- RANGEL MEDINA, David, TRATADO DE DERECHO MARCARIO, 1a. edición, México, D.F., 1960.

- **ROCCO** Alfredo, PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL, Revista de Derecho Privado, Traducc. Española, Madrid , No. 64, 1931.
- **RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, Joaquin, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Tomo I, México, 7a. edición, edit. Porrúa, 1967.
- **ROTONDI** Mario, EL DERECHO INDUSTRIAL COMO SISTEMA, Revista de la Facultad de Derecho, U.N.A.M., Traducc. Esther del Pino de Derbez, Tomo VI, No.23, 1956.
- **ROTONDI** Mario, LA NOCIÓN JURIDICA DEL "AVVIAMIENTO", Revista Mexicana de la Propiedad Industrial, Traducc. Hildegard Rodón de Sansó, No. especial 21-22, enero-diciembre, 1973.
- **ROTONDI** Mario, "EL AVIAMIENTO EN LA TEORIA GENERAL DEL FONDO DE COMERCIO" LA LEY, Tomo 51, Julio-Agosto 1948, Revista Jurídica Argentina.
- **SANCHEZ MEDAL**, Ramón, DE LOS CONTRATOS CIVILES, México, 9a. edición, Edit. Porrúa, 1988.
- **SCHIAFFINO ESPALTER**, Alberto, LA CLIENTELA Y LA LLAVE EN LA CASA DE COMERCIO, La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 65, Nos. 5-6, 1967, Montevideo Uruguay.
- **TENA FELIPE**, De Jesús, DERECHO MERCANTIL MEXICANO (CON EXCLUSION DEL MARITIMO), México, 6a. edición, edit. Porrúa, 1970.
- **HOLMES** Arthur, PRINCIPIOS BASICOS DE AUDITORIA, Edit. Compañía Editorial Continental, México, 1976.
- **WERNER SOMBART**, DER MODERNE KAPITALISMUS Leipzig, 2a. ed., 1916-1927.
- **VALERI**, MAISON DE COMMERCE ET FONDE DE COMMERCE, Anales de Derecho Comercial, Paris 1902.
- **VANZETTI**, TRENT'ANNI DI STUDI SULL'AZIENDA (I Considerazioni introduttive. La dottrina italiana), Revista de Derecho Comercial Vol. I, Padova, Italia 1956.
- **VIVANTE**, Cesare, OTRA VEZ SOBRE LA CLIENTELA, Jus, Revista de Derecho y ciencias sociales, Traducc. Roberto L. Mantilla Molina, No. 78, enero 1945.
- **VIVANTE**, Cesare, "LA PROPIETÀ COMMERCIALE DELLA CLIENTELA" en Rivista di Diritto Commerciale, Turin, Italia, 1928.

- ZAMORA Y VALENCIA, "CONTRATOS CIVILES", Miguel Angel, México, 2a. edición, edit. Porrúa, 1985.