

T.-D  
202

1

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR: Dr. Luis H. Arraut Esquivel

SECRETARIO GENERAL: Dr. Hernando Thorma Campo

DECANO: Dr. Jaime Gómez O'Byrne

SECRETARIO ACADEMICO: Dr. Pedro Maciá Hernández

**S C I B**  
00018625

Cartagena, Mayo de 1979

TESIS DE GRADO

PARA OPTAR EL TITULO DE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS

POLITICAS

TITULADA

ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

PRESENTADA POR:

LIBIA RAMOS ZAPATA

PRESIDENTE DE TESIS: Dr. Manuel Francisco Alvarez

PRIMER EXAMINADOR: Dra. Piedad Pérez

SEGUNDO EXAMINADOR: Dr. Eduardo Piñeros Vergara

TERCER EXAMINADOR: Dr. Miguel Raad Hernandez

A mi Madre

**ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO**

## INTRODUCCION

Al elaborar esta tesis tuve el propósito de darle al lector una visión general de la noción de establecimiento de comercio, y es así como traté los puntos que consideré más importantes, recurriendo a la vez a conceptos de otras legislaciones para una mayor comprensión del tema.

Conviene poner de manifiesto que desde el proyecto de 1958 la noción de establecimiento de comercio, fué transplantada del Código Civil italiano de 1942. En ella se hace resaltar la idea de unidad económica constituida por los bienes materiales e inmateriales que organiza un empresario para cumplir los fines de su empresa.

El trabajo se divide en seis capítulos: el primero trata sobre la noción de establecimiento de comercio, en el cual incluyo la relación de este concepto con respecto a la empresa, el segundo está dedicado a examinar la naturaleza jurídica del establecimiento, el tercero se ocupa de la composición del mismo, analizando cada uno de los elementos, el cuarto de la protección debida al establecimiento, el quinto de las operaciones de que pueda ser objeto el mismo y por último el sexto trata de las Cámaras de Comercio y el registro de los establecimientos de comercio.

Le agradezco de manera especial al Dr. Antonio Lafont la ayuda que me prestaron sus spuntas sobre Derecho Comercial, y al Dr. Jorge Payares Bossa, asesor jurídico de la Cámara de Comercio por el material que tuvo la gentileza de suministrarme para la elaboración de esta tesis.

## CAPITULO I

### NOCION DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El establecimiento de comercio, como noción económica es tan antigua como el comercio y la industria. Los comerciantes de los tiempos más remotos lo utilizaron como instrumento para el desarrollo de sus actividades.

Pero el establecimiento de comercio, como noción jurídica es una concepción moderna que se ha abierto paso en el Derecho moderno, de tal manera que hoy existe no solamente un reconocimiento legal de la existencia de dichos establecimientos, sino una reglamentación de sus relaciones jurídicas.

Ferrara define el establecimiento de comercio, como el instrumento creado para explotar una situación económica.

ca favorable. Cassinove como "La organización con fines productivos de múltiples elementos que en armonía con un criterio empírico pueden, respectivamente, agruparse en bienes, servicios y relaciones jurídicas".

De una manera general, se puede decir que es considerado como un conjunto de bienes materiales e inmateriales organizados para una finalidad económica.

Se trata pues, en el caso de un comerciante, del instrumento creado para el ejercicio de su comercio, del conjunto de elementos que sirven a la explotación comercial. Estos elementos se caracterizan por su heterogeneidad, porque al lado de los elementos materiales como el local, las mercancías, etc, se utilizan elementos inmateriales, como el nombre comercial, los dibujos y modelos industriales, etc, que muchas veces constituyen lo más valioso del establecimiento.

Pero estos diferentes elementos no constituyen un agregado informe, ni se mantienen unidos solamente en virtud del destino similar que se les ha dado. El fenómeno, es en realidad más complicado, porque la unión de tales elementos obedecen a normas económicas cuya violación implicaría una destrucción de riqueza necesariamente, ya que dichos elementos se encuentran íntimamente organizados entre sí, cada uno tiene su puesto y su función en el conjunto, existiendo una integración favorable al desarrollo de la actividad mercantil.

Con base en este hecho se han adoptado normas que tienden a proteger la existencia y el tráfico mercantil de los establecimientos de comercio, considerado en su estado de unidad económica, como lo veremos en el capítulo IV,

que trate sobre la protección legal del establecimiento de comercio.

Por otra parte, es necesario precisar el concepto de establecimiento de comercio, porque es evidente que cualquier organización de bienes, de servicios, etc no constituye establecimiento de comercio.

Y es así como no lo constituye el ejercicio de una profesión intelectual. En este caso exteriormente puede haber una organización que recuerde la de los establecimientos de comercio. Así: el médico, para el ejercicio de su actividad organiza diferentes elementos: el local donde recibe a los pacientes, el mobiliario, tiene además relaciones con proveedores que le facilitan muestras médicas. También utiliza recursos que son típicos del comercio como la propaganda en periódicos dirigida al público para llamar su atención sobre su especialidad en determinada rama de la medicina, sin embargo, esta organización tiene un carácter netamente instrumental respecto al médico, y permanece fuera del proceso productivo, porque por sí sola no tiene aptitud para producir un rendimiento, un capital, como la organización de los establecimientos de comercio.

Análogamente, no constituye establecimiento de comercio, el menaje familiar, porque la organización de bienes y de servicios representados por el personal doméstico, y las relaciones con los proveedores no tienen una función productiva, sino solamente consuntiva. Por lo tanto hay que evitar hablar como hacen algunos tratadistas de la "hacienda familiar".

Lo mismo cabe decir, de los establecimientos sociales como los hospitales, manicomios, asilos. Porque a pesar de

que hay una organización integrada por diversos elementos, no persigue una finalidad de lucro, no hay por lo tanto, un rendimiento, una riqueza, que debe ser protegido.

De lo anterior concluyo que establecimiento de comercio, es aquel que persigue una finalidad productiva, que posee la capacidad de crear una riqueza, un capital, independientemente de la individualidad física de la persona que, en un momento determinado esté al frente de él.

Ahora voy a referirme a la noción de establecimiento de comercio, con respecto a la empresa. En que relación se encuentran ambos conceptos?

Gran parte de la doctrina confunde las nociones de empresa y establecimiento de comercio, situación agravada por la carencia de soluciones legislativas en esta materia. Diferentes autores consideran la empresa como actividad económica oponiéndola al establecimiento de comercio, que es el conjunto de bienes utilizados en tal actividad. Esta concepción es la de diferentes autores italianos, que con matices diversos en sus opiniones coinciden en considerar la empresa como el sujeto de una actividad económica y el establecimiento como el instrumento requerido para tal actividad.

Otros autores, consideran la empresa como actividad comprendiendo el establecimiento de comercio, entre ellos Garrigues, el cual afirma: "La empresa es en suma un conjunto dinámico de elementos heterogéneos, cosas corporales, derechos y relaciones materiales de valor económico que no son cosas ni derechos. Pero esta organización no es sujeto de derecho, ni universalidad de hecho, ni de derecho, ni goza de individualidad jurídica. Los elementos de la empre

se aparecen unidos por el vínculo ideal del destino económico. Y este autor concluye que la empresa es un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones de valor económico".

Como se observa, Garrigues no establece una separación entre empresa y establecimiento de comercio, lo que otros autores consideran elementos del establecimiento, el lo considera elementos de la empresa.

Desde otro punto de vista, el establecimiento de comercio es considerado como un momento en la vida de la empresa, y esta a su vez como única noción jurídica. Es la tesis de Mossa, el cual no separa la noción de empresa y la de establecimiento de comercio. Para Mossa la empresa es un organismo que comprende trabajo y cosas materiales e inmateriales con una destinación económica-social, identifica las dos nociones de una manera tal que la empresa no sería sino la denominación moderna y dominante del establecimiento de comercio.

Por último la opinión de algunos autores es la de que entre empresa y establecimiento de comercio existe una relación de especie a género. Rotondi considera como empresa una forma más compleja de establecimiento de comercio, propia de organizaciones muy avanzadas de producción y de venta. Dentro de la relación especie a género diversos autores mantienen una opinión a la inversa, es decir, que el establecimiento de comercio es una especie de la empresa.

A lo anterior se refiere Francisco Ferrara en estos términos: "Indudablemente, esta serie de opiniones encuentra en parte su razón de ser en la terminología imprecisa y equívoca de la ley; pero debe también reconocerse que

M

Los autores han fantaseado creando un concepto personal y predilecto de empresa o de hacienda, según los casos, y precediendo después sobre la base del concepto así elaborado a construir el otro.

Más la cuestión está mal planteada en esa forma. No se trata, efectivamente, de ver lo que puede entenderse abstractamente por empresa y por hacienda, sino de determinar qué es lo que la ley entiende por estas dos palabras, cuál es el significado que le misma les atribuye y cuáles son, en consecuencia, los fenómenos económicos sociales a los que la ley se refiere por esos términos".

Y dice Gabino Pinzón: "La noción de empresa suscita casi simultáneamente la idea de establecimiento de comercio, porque el comerciante que desarrolla una actividad organizada tiene ordinaria e normalmente necesidad de utilizar distintos elementos productores de utilidad, que forman una unidad económica y patrimonial relativamente autónoma, susceptible de ser objeto de transacciones en bloque y cuyo valor comercial excede generalmente de la simple suma de los valores de los distintos elementos o bienes corporales utilizados, pues que se incrementa con el de elementos incorporeales que contribuyan eficazmente a aumentar la productividad de los elementos puramente materiales.

El establecimiento se presenta, pues, con la empresa, aunque como una realidad distinta, formada por el conjunto de medios o de bienes que permiten al empresario el desarrollo normal de su actividad. Y si el establecimiento de comercio no es la empresa mercantil, tampoco es el simple acervo de esos bienes utilizados por el empresario, sino la unidad económica resultante de la organización e adapta

ción de esos elementos a una utilización conjunta y coordinada".

Queda así establecida la relación entre establecimiento de comercio y empresa. Empresa es toda actividad económica organizada y el establecimiento de comercio es un conjunto de bienes organizados que permiten realizar los fines de la empresa. Los dos conceptos están íntimamente ligados, porque la organización productiva está puesta en marcha por el ejercicio de la empresa, pero la empresa supone a su vez, una organización por medio de la cual se ejerce la actividad.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL ESTABLECIMIENTO DE

COMERCIO

Es este un tema que ha dado lugar a múltiples y enconadas discusiones. Es frecuente que los fenómenos más importantes de la vida económica sean, sin embargo, en el campo jurídico los más oscuros y discutidos. Esto sucede con el establecimiento de comercio, núcleo de la vida económica y centro nervioso al que se anudan las múltiples relaciones de trabajo.

Es así como han surgido una serie de teorías que se interfieren y luchan entre sí, exponiendo sus autores las tesis más audaces y contradictorias, desde la que afirma la personalidad jurídica hasta la que la niega absolutamente.

Es imposible enumerar todas las doctrinas al respecto

y además, hay que advertir que la cuestión se agrava por cuanto las discrepancias existen ya en la noción de establecimiento de comercio, especialmente en relación con la empresa. Por eso trato de resumir y comentar las teorías que considero necesarias para el estudio del tema que trata.

#### A) TEORIA DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Según esta teoría de origen germánico, el establecimiento de comercio es un sujeto autónomo de derecho. Fue explicada y difundida especialmente por Endemann y adoptada por otros autores, entre ellos Mommsen.

"El establecimiento- afirma Endemann, es el verdadero sujeto del comercio: tiene un nombre, un domicilio, una firma, un crédito, un patrimonio, es con el establecimiento de comercio, y no con la persona del comerciante, con la que los clientes desean entrar en relación". Y Mommsen dice: "El establecimiento de comercio, y no el comerciante es el verdadero sujeto del comercio, el titular del crédito, y de la íntegra actividad económica; el principal no es sino el primer empleador del establecimiento de comercio". Los partidarios de esta teoría llegan a la conclusión que el establecimiento de comercio es un sujeto jurídico distinto y contrapuesto a la persona del titular.

Se trata de una fórmula sugestiva que expresa un aspecto característico del establecimiento de comercio, a saber, su independencia de la persona del titular, en virtud de la cual permanece inmutable cuando desaparece quien está al frente de ella, ocupando otro su puesto. Añádase que

la subjetivación del establecimiento de comercio encuentra eco en el lenguaje corriente cuando se dice, por ejemplo, que se es deudor o acreedor o que se está en relación con un establecimiento de comercio determinado.

Esta teoría se ha rechazado porque el establecimiento de comercio está a merced de su titular, quien dispone de él a su antojo, de modo que forma parte de su patrimonio, no constituyendo un sujeto, sino un objeto de derechos. Además, por las obligaciones derivadas del ejercicio de la actividad del establecimiento de comercio, responde el titular con su patrimonio, de modo que si las obligaciones son suyas, ello quiere decir que él es el sujeto operante y el establecimiento no es otra cosa que el instrumento o medio para operar.

Si bien esta teoría está tildada quedan aún vivos otros problemas conexos, a saber, si la personificación pude ser admitida conceptualmente y si se debe en todo caso reconocer la existencia de establecimientos de comercio juridicamente personificados.

Tales fenómenos no sólo existirían sino que tendrían importancia si fuese exacto lo que frecuentemente se afirma de las sociedades mercantiles cuya personalidad jurídica daría ejemplo de personificación del establecimiento de comercio.

La proximidad entre la sociedad mercantil (persona juridica) y su establecimiento de comercio aparece no solo en el lenguaje corriente sino también en tratados científicos, de tal manera que se llegue a una identificación, llegando a configurar la sociedad y el establecimiento social como si no fuesen sino un solo organismo contemplado desde dos puntos de vista distintos.

Si el establecimiento de comercio y sociedad fuesen términos equivalentes, coincidiría también el derecho de los establecimientos sociales y el de las sociedades mercantiles, derecho éste de sujetos y no de objetos jurídicos. Por lo tanto es imposible que en virtud de la personificación de la sociedad mercantil, el establecimiento se convierta en sujeto jurídico. Porque la sociedad, si bien es distinta de la persona de los socios, no se confunde tampoco con el establecimiento de comercio que forma parte de su patrimonio y respecto a la cual, el ente se encuentra en la misma posición en que estaría si en vez de tratarse de una sociedad fuese un empresario individual.

#### B) THEORIA DEL PATRIMONIO SEPARADO

Esta teoría de origen germánico, se basa en concebir el establecimiento de comercio como un patrimonio separado especial que se distingue del patrimonio general del titular del establecimiento.

Ha sido formulada especialmente por Becker, quien considera el establecimiento de comercio como un patrimonio autónomo formado por un conjunto de bienes con destino común. Se trata de una parte del patrimonio del titular, pero una parte que constituye un completo patrimonial distinto del patrimonio del titular, aunque dependiendo del mismo.

Mossa acogió esta teoría del modo siguiente: El establecimiento de comercio constituye un patrimonio separado e de afectación, y, en consecuencia las obligaciones contraídas en su ejercicio repercuten inmediatamente en el pa

rimonio del establecimiento de comercio. Pero después irradian desde este a su titular, lo que justifica que esto responda incluso con los bienes que no hayan sido destinados a la empresa.

Ferrara impugna la tesis de Mosse diciendo que este silencio al hecho de que los acreedores que no lo son del establecimiento de comercio, sino del titular, puedan ejecutar los bienes de la empresa, lo que les estaría vedado si este constituyera verdaderamente un patrimonio separado y agrega " qué clase de separación es ésta que ni funciona contra el titular del establecimiento de comercio porque conserva la más amplia facultad dispositiva sobre los bienes del mismo, ni opera contra los acreedores del establecimiento de comercio porque Mosse reconoce que éstos pueden también ejecutar los bienes que no afectan a la empresa, ni limita las acciones de los acreedores ajenos al establecimiento, ya que pueden obtener satisfacción sobre los bienes del establecimiento de comercio, no funcionando, pues contra nadie?".

En el derecho alemán se encuentran argumentos a favor de esta teoría. Pero entre los autores de países latinos ha tenido poco éxito a pesar de los esfuerzos de Santoro-Passarelli, para demostrar que el establecimiento de comercio constituye un verdadero patrimonio separado.

### C) TEORIA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO COMO NEGOCIO JURIDICO

El autor de esta teoría es Carrara, pero a pesar de esto no ha tenido eco entre los autores italianos, sólo

Retondi se preocupó de rebatir los conceptos de Carrara. Carrara parte de la base de que el establecimiento de comercio no es un sujeto ni un objeto, afirma que es un negocio jurídico y precisa que se trata de una unión de voluntades con el fin de alcanzar determinados resultados económicos. Este es el aspecto interno del establecimiento de comercio, un negocio jurídico representado por un acto complejo, habiendo unión de voluntades y tendencia al mismo fin, mientras que en su aspecto externo aparece como el derecho del empresario resultante de la combinación de los factores de la producción.

D) TEORIA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO COMO ORGANIZACION

Entre los autores que acogen esta teoría tenemos a Ferrera que al negar que el establecimiento de comercio fuese una universalidad ni de derecho ni de hecho, afirmó que se trata de una modalidad autónoma que forma una categoría jurídica independiente desconocida en la sistemática tradicional: la de instituciones y organizaciones, que comprende, además del establecimiento de comercio, los establecimientos sociales desprovistos de personalidad jurídica (hospitales, asilos, manicomios, etc.). No se está aquí ante una simple relación de agregación, sino ante una relación más compleja de organización de elementos heterogéneos para alcanzar un fin económico o social determinado. La actividad humana combina y coordina elementos entre sí, de modo que todos, con su armónico funcionamiento, contribuyen a alcanzar un resultado final. Hacen así instituciones o establecimientos que tienen individualidad económica y

social propias. Pero Ferrara reconoció que estas organizaciones carecen de individualidad jurídica

Otros autores entre ellos Casanova realizan una serie de investigaciones para demostrar que la relevancia jurídica del establecimiento de comercio no se obtiene mediante la unificación formal en una sola cosa de los distintos elementos que la componen, sino, por el contrario, se pone de manifiesto ante todo en virtud de la implantación en armonía con la unión económica, de una vinculación jurídica en la que se refleja la eficacia jurídica inherente al destino de los distintos bienes.

Barbero también intenta desarrollar y perfeccionar la doctrina de Ferrara, escribe el autor adhiriéndose al concepto de organización que en el establecimiento de comercio la conexión entre los distintos elementos no se reduce a una reunión informe de los mismos, sino que los unos existen en función de los otros, y la desaparición de uno puede dar lugar a la inacción funcional de otro. Cada elemento encuentra en los demás su propio complemento, concurren a proporcionárselo a los demás, lo que conduce a la noción de cuerpo compuesto". Mas esta tesis es insostenible, según el propio Barbero, formarían parte del establecimiento de comercio cosas muebles e inmuebles, e incluso bienes incorpóreos, como son las patentes y los signos distintivos. Evidentemente, una entidad tan heterogénea no puede constituir una cosa compuesta. También ha de subrayarse que las cosas corporales organizadas en el establecimiento de comercio pueden ser, y so, por lo general, de distintos propietarios, y no puede darse una cosa compuesta de bienes que no pertenezcan a un mismo propietario, ni menos aún podrá reducirse el establecimiento de Co. solamente a

los bienes de propiedad del titular, ya que se haría de él un ente artificial.

Ferrara Junior, admitiendo la idea de organización afirmada por su padre, pero mostrándose disconforme con otros autores que en ella se inspiraron, define el establecimiento de comercio como: "La organización de todos los elementos precisos para obtener un rendimiento que de un lado produce un gasto y tiene un valor y por otra parte recibe especial tutela, bien mediante la prohibición de la competencia desleal o a través de las normas que garantizan su integridad en los traspasos. Concurren, por lo tanto todas las condiciones que se requieren para la existencia de un bien: por un lado, una entidad económica; por otro, el señorío sobre la misma, por estar reservado al disfrute del titular. Y añade: Es conveniente precisar, en evitación de equívocos, que para nosotros no radica el establecimiento de comercio en el conjunto de elementos organizados, sino en la organización de los mismos, es decir, en el conjunto de vínculos y tejidos funcionales que entre ellos existe.

Esta teoría ha sido objeto de críticas. Aunque parte de ideas válidas desde el punto de vista económico de la estructura del establecimiento de comercio, no llega a conclusiones satisfactorias en cuanto a su naturaleza jurídica, porque la organización por sí sola no determina el carácter jurídico del establecimiento de Co.

#### B) TEORIA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO CONSIDERADO COMO "UNIVERSITAS"

La noción de universalidad es incierta y más todavía si :

se quiere precisar la distinción entre la universalidad de hecho y la de derecho.

La teoría de la universalidad de hecho es una simple concepción económica del establecimiento de comercio, que repara en la existencia y en las funciones de esos conjuntos organizados de bienes que se utilizan en el desarrollo de una empresa o actividad organizada y estable, sin trascender el orden jurídico y sin producir dentro de éste, efectos distintos de los que puede producir aisladamente cada uno de sus diversos elementos. Pero si económicamente, fuera de todo orden legal, el establecimiento de comercio es una verdadera universalidad, esto es, un conjunto unitario de bienes corporales e incorporeales que producen mayores rendimientos organizadamente que en forma separada, debe salvarse en la vida jurídica esa unidad o universalidad y no destruirse o desintegrarse, que es lo que se hace al someter esos elementos organizados o vinculados funcionalmente entre sí al mismo régimen legal que podría corresponderles antes de estar unidos por esa fuerza de atracción que es la organización de la empresa. Para evitar la desintegración del establecimiento, que no puede menos de afectar la existencia de la empresa a que se haya destinado, hay que organizar legalmente "ese conjunto de cosas y de derechos" reunidos por obra de la ley para un común destino de explotación y garantía, que constituye, según Vivante, la universalidad jurídica. Así se salvaría jurídicamente la unidad económica del establecimiento, por encima de la diversidad de sus elementos constitutivos, para considerar precisamente esa diversidad bajo cierto aspecto de unidad.

Por eso las legislaciones modernas tienden a facilitar

la enajenación de establecimientos "en bloque", imponiendo o exigiendo solamente las condiciones o requisitos indispensables para proteger los derechos de los acreedores del empresario enajenante. Y esa tendencia demuestra precisamente que la concepción del establecimiento como una mera universalidad de hecho es insuficiente, porque la naturaleza económica de los establecimientos de comercio reclama una concepción legal idónea como fundamento de un régimen jurídico adecuado para regular los hechos como estos en la vida del comercio.

Entre los autores que sostienen la universalidad de hecho del establecimiento puede citarse Escarra quien comenta "Es cierto que la expresión universalidad de hecho no tiene significación. Si existe una universalidad no puede ser sino jurídica, es decir de derecho, como es el caso por ejemplo, de una sucesión. Pero el establecimiento de comercio no entra ciertamente en esta fórmula". Entre los pocos autores partidarios de la universalidad de derecho tenemos a Calamandrei.

#### F) TEORIA ATOMISTICA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Ante los esfuerzos ineficaces de la doctrina para formular una teoría universalmente aceptada sobre la naturaleza jurídica del establecimiento de comercio, sobre la base de reconocerle individualidad jurídica, diversos autores han negado que exista ésta, considerando al establecimiento como una pluralidad de elementos que conservan cada uno de ellos su individualidad, de suerte que no existe un concepto unitario del establecimiento de Co. y que la unidad de destino económico no destruye la individualidad patrimonial.

cial de cada elemento que la componen.

Entre los expositores de esta teoría tenemos a Scialoja y Barassi que enseñan que el arrendamiento del establecimiento de comercio se resuelve en realidad en una pluralidad de negocios en relación con los elementos singulares que la componen, de donde pueden tenerse efectos distintos según la especie de los elementos. Así, junto a la cesión del disfrute del local, de la maquinaria, de los servicios industriales, etc., se tendrá el transferimiento de la propiedad de las mercancías al arrendatario, porque en caso contrario, éste no podría, a su vez, enajenarlas a terceros, ni en consecuencia, disfrutar de ellas.

Pero esta teoría es inaceptable, porque choca con la realidad palpitante de la vida que presenta el establecimiento de comercio como un todo unitario, y contrasta, además, con la reglamentación positiva encaminada a mantener intacta la organización en los traspesos y a defenderla contra los ataques exteriores mediante la prohibición de la competencia desleal. Y si la ley regula el establecimiento de comercio, no puede negarse su relevancia jurídica y sólo cabe investigar sus límites y su razón de ser.

Es difícil llegar a una conclusión entre tantas teorías, sin embargo, en el proyecto de Reforma de Código de Comercio del año de 1958, la comisión adoptó un criterio un tanto ecléctico en cuanto a la teoría de la universalidad, pues, sin quedarse en la simple universalidad de hecho, tampoco acogió la universalidad de derecho en todos sus desarrollos.

El punto cardinal de la ley colombiana es el de que se trata de un conjunto de bienes dedicados a una activi-

dad económica organizada y estable. Alrededor de esa característica esencial gira toda la normación.

En las relaciones jurídicas de que el establecimiento de comercio sea objeto no debe perderse de vista esa directriz.

### C A P I T U L O   I I I

#### COMPOSICION DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El establecimiento de comercio está integrado por elementos de diferente naturaleza que se puedan agrupar en dos clases: materiales e inmateriales.

Los elementos materiales son, en primer lugar, el local en que se ejerce la actividad mercantil por el empresario sin que sea necesario que le pertenezca en propiedad, otros elementos son las instalaciones, útiles, máquinas, mercancías, libros de comercio, correspondencia y archivos.

Los elementos inmateriales son el nombre comercial, derecho al arriendo del local, las invenciones patentadas, las marcas de fábrica, dibujos y modelos industriales y en general los derechos que representen un valor para el negocio y también las obligaciones que disminuyan tal valor.

También podemos incluir entre los elementos del establecimiento mercantil los servicios que le presta el titular, sus empleados y obreros. Al respecto Ferrara dice: "Los servicios, es decir, las energías laborales empleadas en la actividad productiva. Está en primer término la del empresario, cerebro y alma de la organización toda; después la de sus colaboradores, desde los elementos directivos hasta los empleados de cualquier categoría, incluso los obreros y dependientes que desempeñan los más humildes trabajos manuales. Son los servicios los vínculos motores de la empresa, que le imprimen vida y movimiento y sin los que sería, por lo general, una entidad inerte, incapaz de funcionamiento".

Se discute si los servicios así como el aviamiento, que es el conjunto de circunstancias que atraen la clientela son elementos del establecimiento de comercio. En algunas doctrinas el aviamiento es considerado como elemento del establecimiento y en otras una cualidad.

Naturalmente, la medida en que tales elementos existen concretamente en cada establecimiento depende de la clase de actividad productiva que se emprenda. Así, en algunas la categoría predominante la integran los bienes, teniendo los servicios puesto secundario, y en otras se da el caso contrario, los bienes adoptan una posición de segundo plan respecto al trabajo. Además no todos los elementos mencionados existen en todos los establecimientos de comercio. Así, puede haber un establecimiento sin maquinaria cuando se trata de un comerciante que se limita a comprar y revender, o sin mercancías cuando se trata de una empresa que presta exclusivamente servicios a sus clientes. De tal manera

para que la existencia concreta de elementos en un establecimiento de comercio puede ser muy variada y cobrar aspectos diversos.

#### A) ELEMENTOS MATERIALES

Esta clase de elementos son las cosas corporales que pueden ser percibidas por los sentidos ya que tienen un ser real y se clasifican en muebles e inmuebles.

El establecimiento de comercio no pueda subsistir como medio económicamente apto para el desarrollo de la actividad mercantil sin los elementos corporales ya que ellos son los que constituyen la unidad o conjunto organizado de los distintos elementos. Esto no quiere decir como dice Gabinete Pinzón 'que los elementos corporales tengan el carácter de principales y que los incorporeales sean simplemente accesorios, pues que unos y otros tienen existencia autónoma y pueden ser separadamente objeto de tráfico mercantil; es que económicamente, o en cuanto a su productividad o aptitud para producir utilidades, están subordinados a la utilización de los bienes corporales.

Económicamente no puede hablarse de establecimientos de comercio sin elementos materiales o bienes corporales, pues que la economía es un orden de realidades tangibles y de realidades intangibles que se tangibilizan. Una patente de invención, una concesión un buen nombre comercial, una marca de fábrica, etc., aisladamente de los elementos materiales que permiten su explotación o utilización económica, no representan sino elementos dotados de una productividad virtual mas o menos eficiente, pero inactual. Cualquiera de tales bienes incorporeales, que, como bienes son

susceptibles de estimación en dinero y de negociaciones se paradas, si se lo completa con elementos corporales adecuados, como instalaciones industriales, materias primas, etc por ejemplo, se convierte en elemento económicamente productivo y adquiere un mayor valor. Porque ese tránsito de su estado de productividad simplemente virtual al de la producción lo hace económicamente más valioso, en general, pues que en estas cuestiones también es exacto que la exigencia o acto es mejor que la simple posibilidad de ser".

Se pueden distinguir dentro de las cosas materiales que forman parte del establecimiento mercantil, elementos fijos y constantes, y otros que se les podría calificar de mudables por estar destinados a separarse periódicamente del establecimiento para ser reemplazados por otros de la misma especie e idéntico género como las materias primas, las mercaderías, el dinero que casi siempre en la práctica es sustituido por títulos valores. Estos elementos se adquieren, transforman y eliminan en el ejercicio de la actividad mercantil, por lo tanto es necesario que también pueda disponer de ellos quien dirige el establecimiento, aún cuando no sea el propietario.

Estos elementos también sufren alteraciones en cuanto al número y la especie de acuerdo al aumento o disminución de los negocios y también sufren variaciones por la moda, los gustos que aconsejan que entren o se agreguen otros tipos. Pero no sólo sufren variaciones o modificaciones los bienes que son objeto de producción o de venta, sino también las pueden presentar elementos de otra naturaleza.

#### a) EL LOCAL

La noción de establecimiento de comercio lleva consigo ge-

neralmente otra noción, que es la del lugar en el cual se utilizan los elementos que emplea el titular para sus negocios.

El local en principio, no es elemento esencial del establecimiento de comercio, pues hay algunos de ellos que carecen de él, ya porque su titular es a la vez propietario del inmueble, ya porque no hay contrato de locación por su vencimiento o rescisión. Y hay empresas que, por su naturaleza, prescindan de locales, como es el caso del vendedor ambulante, del corredor que visita los clientes. En el caso del vendedor ambulante, diversos autores afirman que no existe un auténtico establecimiento de comercio por que consideran que este es la entidad mercantil sedentaria por excelencia.

Por otro lado se observa que al incluir el local entre los elementos constitutivos del establecimiento de comercio se trata de proteger la propiedad comercial porque no es menos cierto que la clientela de ciertos establecimientos es debida casi exclusivamente al lugar de su ubicación, hasta el punto que privar del local al establecimiento es aniquilar su existencia.

Así lo reconoció la ley 11.867 de Argentina, al declarar "el derecho al local es elemento constitutivo del fondo de comercio, por lo que su cesión tiene lugar de pleno derecho con la transferencia simultánea y conjunta del establecimiento".

El local de un establecimiento de comercio, por su fuerza de atracción no pocas veces disputa su preeminencia al nombre comercial- dice Pascual Di Guglielmo- Indisolublemente unido al establecimiento mercantil, se presenta en-

tonces como parte indivisible del mismo, hasta el extremo que, no obstante ser objeto de un acto jurídico distinto, implica la transferencia del establecimiento de comercio.

El local de un establecimiento de comercio tiene tanta importancia, que a pesar de los cambios que pueda sufrir el titular del establecimiento, el hábito induce al público dirigirse a él, esto puede ser consecuencia de diversas causas, ya sea porque el negocio está ubicado cerca a nuestro domicilio o del lugar en que ejercemos nuestra profesión o porque acostumbramos transitar por allí, cualquiera que sea la razón nos lleva a pensar que la ubicación de un establecimiento tiene mucha importancia y trascendencia para el éxito del negocio o de la actividad mercantil.

El empresario contribuye con su actividad y con las relaciones comerciales creadas en desarrollo de la empresa a asegurar el prestigio del local comercial, y de allí el fundamento de la protección del derecho al local ocupado por el establecimiento mercantil, porque la continuidad de la empresa no puede asegurarse, si el que organiza, desarrolla un negocio hasta colocarlo en un grado de productividad, puede verse de un día para otro privado de la efectividad de sus esfuerzos, como es la clientela, el prestigio, etc.

#### I b) INSTALACIONES, MOBILIARIO

El problema de saber si estos elementos constituyen un elemento esencial del establecimiento de comercio, tiene importancia en el caso de enajenación del establecimiento, para resolver si su exclusión de la operación permite que éste conserve el carácter de tal. En realidad se trata de una cuestión de hecho que varía según el género del ne-

gocio. No habrá cesión del establecimiento si se excluye el elemento principal que atrae la clientela, pero en muchos casos las instalaciones y el mobiliario, pueden ser elementos accesorios que podrán excluirse de la enajenación sin que desaparezca la funcionalidad del conjunto del establecimiento.

Nuestro Código de Comercio, establece que las instalaciones y el mobiliario forman parte del establecimiento de comercio, salvo estipulación en contrario. De suerte que puede enajenarse un establecimiento excluyéndolos de la enajenación, en todo o en parte y éste no pierde su carácter de tal.

c) MERCANCIAS, LIBROS DE COMERCIO, CORRESPONDENCIA

Mercancías: Formular una definición de mercancía resulta imposible, por cuanto no se trata de una calidad esencial o natural de las cosas, sino de un modo de ser de las mismas, dice Pascual Di Guglielmo, éste autor en su obra "Tratado de Derecho Industrial" menciona a Vidari quien dice al respecto: "Todas las mercancías son necesariamente cosas, pero no todas las cosas son necesariamente mercancías, y la diferencia entre cosa y mercancía es de modo y no de substancia".

Las mercancías constituyen un elemento no esencial de los establecimientos de comercio. Esto obedece a que puede haber establecimientos sin mercancías, como el caso de un hotel que ofrece únicamente el alojamiento a sus clientes, el de una compañía marítima que se dedica al transporte de personas y de cargas, el de una agencia de informes comerciales, y en general de todos los establecimientos que se dedican a prestar servicios y a no vender cosas. Caso tam-

bién en el caso de los establecimientos que se dedican al comercio de bienes inmateriales, los cuales desempeñan el papel de mercancía ocurriendo lo mismo con los servicios de que hablé anteriormente. Por otra parte puede venderse un establecimiento excluyendo toda la mercancía, como también un comerciante puede vender toda la mercancía de su establecimiento, sin perder éste su carácter de tal, por lo que las mercancías están destinadas a ser reemplazadas, renovadas perpetuamente.

La importancia de este elemento data desde cuando la noción de establecimiento de comercio aún no había entrado a formar parte legalmente del vocabulario jurídico, por lo tanto la doctrina y la jurisprudencia consideraban el establecimiento como un conjunto de mercancías de naturaleza fungible, lógico fué que se considerara este elemento como un factor esencial de los establecimientos de comercio.

Sin embargo, por lo dicho anteriormente vemos que no constituyen un elemento esencial de dichos establecimientos. Y en el extranjero no falta quien afirme que las mercancías no forman parte del establecimiento.

En nuestra legislación el art. 516, establece que las mercancías en almacén o en proceso de elaboración forman parte del establecimiento, salvo estipulación en contrario.

El dinero, cualquiera que sea la forma en que esté representado: billetes de banco, divisas extranjeras o títulos valores, es también elemento del establecimiento de comercio que puede asimilarse a las mercancías.

Libros de Comercio, Correspondencia, Archivos:

Todo comerciante está obligado a tener libros de re-

gistro de su contabilidad y a guardar su correspondencia, este es uno de los deberes que establece el Código de Co. en su art. 19, cuando dice: es obligación de todo comerciante llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales; y conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades. Además el art. 55 exige que se ordenen y archiven los comprobantes de los asientos de los libros de contabilidad, con miras a facilitar a su verificación en cualquier momento. Este último precepto es del proyecto de Código de Comercio presentado a la consideración del Congreso Nacional en el año de 1958, y sus alcances fueron explicados en la exposición de motivos del mismo, así: "Se trata de que los libros suministren una historia materialmente verdadera de los negocios del comerciante, para que los registros o asientos correspondan a los hechos, a fin de que no suceda, como en el derecho vigente, en el que basta que los libros se lleven con sujeción a determinadas reglas de pura forma y que haya correspondencia y armonía entre sus asientos, aunque no haya comprobantes que respalden la verdad de tales asientos. La comisión reacciona, así: contra esa contabilidad puramente formalista, que en la práctica ha sido el mejor estímulo de las falsedades que, como la doble contabilidad se cometen permanentemente para ocultar o desvirtuar la verdadera historia de los negocios de un comerciante. Esta exigencia de que se conserven los comprobantes de las cuentas, con la subordinación de la eficacia probatoria de los libros a la correspondencia entre los asientos y esos comprobantes, representa uno de los ángulos de mayor importancia.

De otra parte, los libros permiten a los comerciantes

no solo tener un conocimiento del estado de sus negocios, de la consistencia de su fortuna, sino que les facilita los pagos y extensión de sus obligaciones, lo mismo que de las liquidaciones y rendiciones de cuenta con socios, coherederos y demás interesados, aseguran además la protección del crédito. Por tal razón el art. 60 del Co. de Co. dispone que los libros y papeles han de conservarse "cuando menos por diez años, contados desde el cierre de aquellos o la fecha del último asiento, comprobante o documento". Al respecto estima la Superintendencia de Sociedades en oficio OA/ 15448 de 18 de Noviembre de 1971 "que el art. 60 del nuevo Co. de Co. sólo tendría aplicación en aquellos casos en que el comerciante no utilice en la conservación de sus archivos ninguno de los sistemas técnicos que expresamente autoricen la ley y los reglamentos, aunque ellos sean medios adecuados que garanticen su reproducción exacta, como acontecería con la memoria que, si bien llena esta exigencia aún no está legalmente autorizada". Además el Código de Comercio en su art. 48 permite al comerciante para la guarda de su archivo y correspondencia el uso de sistemas como la microfilmación. Este procedimiento fue aceptado y regulado en el país desde el año de 1950, tanto para el sector público como para el privado, con buenos resultados.

La conservación de los libros de comercio, la correspondencia, o la utilización de cualquier medio que facilite su reproducción es importante ya que en un momento determinado ellos suministran la historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante y describen la experiencia del pasado y, de la pertenencia de la organización en función de cambio o producción de riqueza, poniendo a cargo del vendedor del establecimiento de comercio la

obligación de entregarlos al comprador. Este podrá exigirlos porque así se infiere de la misma naturaleza del establecimiento.

Se ha discutido, especialmente en Francia, si los libros de comercio son elementos del fondo de comercio. En algunos negocios los libros de comercio, la correspondencia, archivos, etc., constituyen elementos realmente indispensables para continuar la explotación del negocio.

La dificultad estriba en que en Francia, como en otras legislaciones se obliga al comerciante a conservar los libros de comercio durante un número de años fijado por la ley como sucede aquí en Colombia, Argentina. La solución francesa según la ley 29 de junio de 1935 es la de que en caso de venta del establecimiento de comercio el vendedor conserva la propiedad de los mismos pero debe ponerlos a disposición del comprador durante tres años.

#### B) ELEMENTOS INMATERIALES

Los elementos inmateriales representan un valor muy importante en el establecimiento de comercio, ya que aumentan la productividad del mismo. Y dice Gabino Pinzón: "Esa subordinación de la productividad de los elementos inmateriales a la utilización de elementos materiales, dentro del proceso industrial o comercial, refuerza precisamente la unidad de los elementos de un establecimiento de comercio. Porque esa unidad no implica una simple concurrencia o suma de elementos corporales con elementos incorporales, sino una organización o conexión de todos ellos, que crea una interdependencia o cohesión económica entre u

nos y otros, cuya evidencia no puede ser desconocida en el derecho comercial?

Los elementos inmateriales son el nombre, la enseña, el derecho al arriendo, la clientela, las patentes, las marcas y en general los derechos que representan un valor para el negocio.

#### a) EL DERECHO AL ARRIENDO DEL LOCAL

El local es en muchos establecimientos de comercio un elemento de importancia extraordinaria, El contrato de arriendo es un derecho que se considera como elemento del establecimiento, aunque se ha discutido si es o no un elemento esencial. En realidad será esencial o no según los casos, pues en algunos negocios el local tiene poca importancia, mientras que en otros es precisamente el local el elemento decisivo para atraer la clientela.

Por eso en las leyes modernas se adoptan medidas de protección para el arrendatario, con miras a la conservación de la unidad económica de los establecimientos de comercio, que tanta importancia tiene para el desarrollo de la industria y también para impedir el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa.

Preciso es reconocer que las concepciones de la propiedad originadas en el subjetivismo jurídico del siglo pasado ya se ha superado con esta protección que el Estado brinda a los locales de los establecimientos, Según el absolutismo de antaño al propietario no se le podía obligar a renovar el contrato de arriendo del local de un establecimiento mercantil, porque se consideraba que se atentaba

37

contra su derecho de propiedad y el principio de la libertad de las convenciones, pero tal concepción no puede ser aceptada en nuestros días porque se opone al hecho cierto de que la no renovación del contrato es fuente de perjuicios para el locatario, y la vez de inmarcados beneficios tanto para el propietario del local como para el nuevo ocupante del mismo, y es así como vemos que el propietario obtiene por el establecimiento un precio mayor que el precedentemente convenido. Esta diferencia es lo que constituye un enriquecimiento sin causa que da derecho a ejercer la acción in rem verso.

Muchas legislaciones entre ellas Francia consagran esta protección y es así como se establece que la cesión del derecho al arriendo equivale a la cesión del establecimiento de comercio, y la ley francesa declara que si el locador rehúsa renovar el contrato o se niega a hacerlo en las condiciones que señalan sus artículos, sin que los motivos por él alegados sean graves y legítimos, el locatario tiene derecho a reclamar una indemnización igual al perjuicio que le causa la no renovación del contrato.

Todas las legislaciones tienden a la protección del arrendatario pero, sin embargo difieren en cuanto a la reglamentación legal de esta protección. En muchos países la protección del derecho del comerciante en esta materia resulta de una ley general para toda clase de arrendamientos como en España, o en Alemania, o mediante una ley especial como en Bélgica. Pero si se ha generalizado la legislación en el sentido de obligar al arrendador a renovar el contrato, salvo casos especiales, en cambio, en diversos países, los legisladores se han mostrado contrarios a admitir que

la transferencia del establecimiento de comercio lleve consigo la transferencia del local sin el consentimiento del arrendador. Y en los países en que no se ha promulgado una ley especial al respecto, los tribunales a veces en contradicción con la doctrina requieren el consentimiento del arrendador previsto en los Códigos Civiles. Es el caso de Alemania, Argentina, donde existe una ley de transferencia de establecimientos de comercio que declara como elementos constitutivos del mismo el derecho al arriendo y todos otros derechos derivados de la propiedad comercial. (Art. 1 de la ley 11867).

Se ha discutido acerca del fundamento jurídico de esta protección del arrendatario de locales de establecimientos de comercio.

La doctrina alemana para justificar la obtención del consentimiento del arrendador a la transferencia del establecimiento ha recurrido al principio de la buena fe

En Francia se ha dicho que la negativa del arrendador a la renovación constituiría un abuso del derecho o quedaría lugar a un enriquecimiento sin causa por parte de éste, y como consecuencia un gran perjuicio para el arrendatario.

La mayoría de los autores italianos no encuentran justificación jurídica a esta protección y consideran que es contrario al derecho común.

En resumen, el derecho al arriendo del local ocupado por un establecimiento comercial es un bien incorporeal, que tiene mucha importancia hasta el punto que se le brinda protección mediante disposiciones legales.

Esa protección legal contribuye eficazmente, desde luego, a suministrar un fundamento objetivo y cierto al valor de dicho bien intangible y a facilitar las operaciones comerciales relacionadas con él.

#### b) EL NOMBRE COMERCIAL

Para comprender el nombre comercial como bien incorporal de los establecimientos de comercio conviene precisar su posición frente al nombre civil.

El nombre civil sirve para identificar la persona física, se compone del nombre y apellido, el primero es el nombre individual y el segundo es el nombre de familia, denominado también patronímico. Todo individuo tiene un nombre propio que identifica la individualidad civil de la persona y que la ley se encarga de proteger, mediante una serie de normas y ordenando, además, su inscripción en el Registro del estado civil.

El nombre civil es indispensable en las relaciones privadas, pero en el mundo de los negocios es necesario utilizar una identificación que individualice al comerciante como tal y a su establecimiento, y esto se realiza mediante el nombre comercial. Es con dicho nombre con el que adquiere los derechos y asume las obligaciones relativas a su empresa. A pesar de que el nombre comercial es diferente del nombre civil, el comerciante puede, sin embargo, adoptar su propio nombre civil como comercial, pero haciéndole algunos adimentos, caso en el cual se tienen en cuenta la prioridad en el tiempo del uso para los concurrentes

El nombre comercial tiene una gran importancia porque

permite distinguir a un empresario o a un establecimiento de otro, con lo cual se evitan dificultades en la práctica y que pueden afectar el buen nombre de un comerciante, también protege a los terceros, ya que evita confusiones en el momento de celebrar un contrato, de allí que el art 35 faculta a la Cámara de Comercio para negarse a inscribir a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro, ya inscrito, a menos que la inscripción haya sido cancelada por orden de autoridad competente, de quien obtuvo la matrícula o en caso de homonimia de personas naturales, caso en el cual se debe utilizar un distintivo para evitar la confusión. De otra parte, se dice que el nombre comercial es un canalizador de la clientela, y por ello constituye un verdadero valor de orden económico. Dice Gabino Pinzón - Cuando el establecimiento se denomina con el mismo nombre del comerciante propietario puede resultar útil como factor de crédito; pero su valor es de suyo tanto mayor o efectivo cuanto mayor sea su conexión o adberencia con el establecimiento, pues que entonces es mayor la posibilidad de utilizarlo por cualquiera que sea el propietario del mismo-. Y dice Ferrara "Implica el valor económico del nombre comercial una doble exigencia. Es la primera la necesidad de una tutela absoluta del nombre, aun en caso de homonimia, porque no debe consentirse que el competidor lleve el mismo nombre para utilizar la clientela ajena. Es la segunda la necesidad, en caso de transferencia de la hacienda, de que el sucesor utilice el mismo nombre comercial, para evitar cabalmente la dispersión de la clientela, a la que, en su mayor parte, se debe el valor de la organización, y evitar además la destrucción de un factor de riqueza. La

satisfacción de esta última exigencia conduce necesariamente a una desconexión del nombre firma como atributo de la persona y a una atracción del mismo por la organización de la hacienda, de la que, en cierto modo, viene a formar parte".

El nombre es elemento esencial en el sentido de que todo establecimiento debe tener un nombre; pero no lo es en el sentido de que es posible separar el nombre del establecimiento, es decir, que el establecimiento puede cambiar de nombre por no haberse transmitido el nombre al adquirente el mismo. Al respecto el Código Civil Italiano de 1942 señala que no podrá cederse el nombre sin la empresa, la legislación española no acoga este criterio.

Nuestro Código de Comercio en su art. 608 establece que el nombre comercial sólo puede transferirse con el establecimiento o la parte del mismo designada con ese nombre, pero el cedente puede reservarlo para sí al ceder al establecimiento.

El nombre comercial es un elemento espás de contribuir a la productividad de la clientela, por eso suele ser protegido por las leyes, que lo tratan como un verdadero elemento patrimonial.

### c) LAS PATENTES DE INVENCION

Por lo general las diversas legislaciones no definen la invención, limitándose unas a dar fórmulas generales, tales como : "nuevas invenciones susceptibles de utilización industrial". En estas legislaciones se hace simplemente referencia a las invenciones, pero no se da una defini-

ción exacta, Son los tribunales y la doctrina los que deben interpretar el texto legal y establecer que es y que no es una invención. Otras legislaciones se limitan a establecer una enumeración de lo que puede ser objeto de patente de invención. Estas listas de objetos patentables, no permiten, aunque se añade el criterio de la jurisprudencia, definir la esencia de lo que constituye la invención.

Sólo a comienzos del siglo XX, el alemán Kohler, expuso su criterio al respecto, el cual se puede considerar como un concepto valioso y seguro. Según este autor, la invención es un producto del espíritu, que en su expresión técnica realiza una nueva conquista y satisface necesidades humanas utilizando las fuerzas de la naturaleza. Nosotros también al considerar la invención como una especie de las nuevas creaciones hemos acogido el criterio de Kohler.

Nuestro derecho entiende por invención el resultado de una actividad creadora del hombre, empero dice el Dr. Lafont, no todo lo que el hombre crea es susceptible de ser patentado, pues la creación o bien emana del desarrollo de la técnica de la ciencia o bien no es susceptible de aplicación práctica, o su aplicación es contraria a las buenas costumbres o atenta contra la sociedad o es el resultado de una investigación cuyo uso se hace indispensable al conglomerado social.

Toda patente de invención debe reunir los siguientes requisitos:

- 1) Debe ser el resultado de una actividad creadora del hombre, es decir, debe tener novedad, la cual supone que el procedimiento o el perfeccionamiento de la invención

no ha sido conocido ni explotado o que no es el resultado del avance de la Técnica de la ciencia o de la combinación de ambos.

- 2) La invención debe tener altura inventiva, es decir que no sea la combinación de métodos suficientemente conocidos.
- 3) Debe ser susceptible de aplicación industrial y en términos generales susceptibles de aplicación práctica.

No son susceptibles de patentes de invención:

- 1) Los principios y descubrimientos de carácter puramente científico, como por ejemplo: el descubrimiento de un metal cuya dureza sea superior al diamante.
- 2) Las variedades vegetales o de razas animales obtenidos mediante procedimientos biológicos de la genética.

Sin embargo, los procedimientos microbiológicos y los productos de ellos son patentables siempre que no constituyan necesidades de carácter general para la comunidad. Por ejemplo en el caso de la penicilina.

- 3) Las composiciones farmacéuticas y las sustancias activas utilizadas en ella.

Sin embargo, son patentables algunos procedimientos farmacéuticos o químicos, siempre que se demuestre la bondad en el uso de los mismos y la capacidad del creador para abastecer el mercado.

- 4) Las invenciones cuya explotación o aplicación sea contraria a las buenas costumbres o al orden público, y cuando sea nociva a la salud según el Ministerio de Salud Pública.

El derecho a la patente de invención corresponde al creador o inventor salvo el caso en que este haya creado

la invención como consecuencia de un contrato de trabajo, de mandato o de prestación de servicios, en éste caso salvo estipulación en contrario, según el art. 539 del Co. de Co., el derecho corresponde al patrono, al mandante o a la persona a quien se le prestaron los servicios, y si el trabajador no hubiere sido contratado para investigar, pero lo hubiere hecho utilizando los medios suministrados por el patrono la patente corresponderá a éste mediante indemnización al trabajador.

El derecho a la patente consiste en la exclusividad para fabricar el producto, objeto de la invención, en la utilización del mismo y en la prohibición a los terceros de explotar, conceder, permitir la fabricación o explotación de la invención y consecuentemente en la acción reivindicatoria de la invención cuando estando vigente la patente alguna otra persona pretenda obtener el derecho de la misma o la explotación de ella.

Mediante las patentes de invención, el Estado pretende fomentar, por un lado, la invención misma, dando la posibilidad a los inventores de obtener un beneficio de sus inventos concediéndoles una exclusiva o monopolio de explotación. Por otro lado, el Estado pretende fomentar la creación de nuevas industrias y la inversión de capitales en nuevas fabricaciones.

Todo esto es así en los regímenes basados en la competencia comercial e industrial, pero en los países de economía socializada, se persigue la misma finalidad el progreso y desarrollo industrial, pero no se concede al inventor el derecho de monopolio sobre la patente sino una remuneración y otras ventajas.

Las patentes de invención constituyen un elemento valioso en la actividad del empresario, que no solo es susceptible de ser cedido o traspasado separadamente del establecimiento de comercio y de sus demás elementos, sino que muchas veces subordina o condiciona la existencia misma y la organización del mismo.

#### d) LAS MARCAS DE FABRICA

La marca es uno de los elementos inmateriales más importantes en un establecimiento de comercio, y comenta Cabino Pinzón: "Su valor económico se mide por su poder adquisitivo de clientela para el producto distinguido con ella que representa en cierta forma el mayor o menor volumen de las ventas, o la mayor o menor demanda del producto. Pero es un elemento autónomo, susceptible de existencia y de estimación separadamente de la clientela".

Con la marca se quiere proteger a los establecimientos de comercio y productos de una posible competencia desleal y garantizar al empresario el exclusivo derecho sobre el dominio o control de un nombre, un rótulo, emblema o distintivo respectivamente. y dice Ferrara: "Así como el nombre comercial tiene como misión distinguir al comerciante y el rótulo diferenciar el lugar donde se venden mercancías, sirve la marca como contraseña de los productos, diferenciándolos de los otros del mismo tipo que existan en el mercado. La finalidad viene a ser idéntica: permitir la formación de una clientela, lo que sin la diferenciación no sería posible. La marca se exterioriza materialmente mediante un signo adherido o impreso sobre el producto, que está destinado a acompañarlo en la circulación".

La marca constituye un medio para reforzar el rendimiento del establecimiento mercantil, porque, y continúa Ferrara: "La posibilidad proporcionada al público de identificar los productos por medio de la contraseña permite individualizar con facilidad los mejores, hacia los que necesariamente convergerá la demanda de la clientela, lo que tendrá como consecuencia que los malos productos y los mediocres quedarán eliminados del mercado. Desde este punto de vista ejercita la marca, sin duda, una fuerte acción moderadora y moralizadora sobre la producción, favoreciendo y estimulando las mejores mercaderías y eliminando las otras".

Francisco Morales y Carrillo Ballesteros dan una definición de marcas: "La marca es un signo que tiene como fin distinguir mercancías, para beneficios de quienes se han servido de ella y no han sido engañados en cuanto a su eficacia o utilidad, beneficio que también se extiende al comerciante que quiere preservar o mejorar su clientela".

Nuestro Co. de Co. no da un concepto exacto sobre las marcas y sólo en el art. 583 se ocupa separadamente, en sus incisos: 1o, 2o y 3o, de las marcas de productos, de servicios y de las marcas colectivas. Dicho art. dice:

- 1) Se entiende por marca de productos todo signo que sirva para distinguir los productos de una empresa de los de otra
- 2) Se entiende por marcas de servicios todo signo destinado a distinguir los servicios de una empresa de los de otra
- 3) Se entiende por marca colectiva todo signo calificado de tal, que sirva para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o de servicios de empresas o colectividades diferentes, que utilicen la marca bajo el control del titular.

Como se observa el legislador no dió una definición

precisas de marcas, pero el art. 584 señala qué cosas pueden emplearse como marcas, y declara: "Podrán emplearse como marcas, denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma, nombres propios, pseudónimos, nombres geográficos, frases de propaganda, dibujos, relieves, letras, cifras etiquetas, envases, envolturas, emblemas, estampados, timbres, viñetas, sellos, orlas, bandas, las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo".

Para apreciar si el signo es distintivo se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurren como la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países, o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros".

Las marcas también cumplen diferentes funciones. Carrillo Ballesteros y Francisco Morales citan al profesor mexicano Rangel Medina, el cual en su Tratado de Derecho Marcario establece una serie de funciones que debe la marca. Las cuales son las siguientes:

- 1) Función de distinción que permite distinguir los productos de otros semejantes.
- 2) Función de indicar la procedencia aunque sea indirecta, a fin de cuidar la buena fé del público sobre el origen de los artículos respecto de un sitio o de una persona.
- 3) Función de propaganda: El fin es el rendimiento económico, que se ve expresamente reflejado en volumen de ventas y la consiguiente utilidad pecunaria.
- 4) Función de protección, el fin es la supresión de la competencia desleal.
- 5) Función social, el productor debe respetar la calidad .

de sus mercancías, con el fin de agradar en el comercio y de no frustrar a su clientela.

Acerca de la naturaleza jurídica de las marcas existen muchos puntos de vista. Unos autores piensan que se trata de un derecho de personalidad, otros de un derecho sobre un bien inmATERIAL y hay quien habla de un derecho de propiedad y quien, por el contrario, lo considera como un accesorio del derecho sobre el establecimiento. Existe también una teoría nihilista que niega el derecho a la marca, considerándolo como un medio de protección del establecimiento. Nuestra legislación lo considera como un auténtico derecho de propiedad, ya que le pertenece de manera exclusiva a quien lo registra, el cual puede usarlo o no ya que la marca a diferencia del nombre comercial es facultativa, es decir, que el comerciante no está obligado a marcar todos sus productos como sucede en el caso de marcas rías defectuosas, para no descreditar una contresaña que, de otro modo, podría tener valor.

La marca debe reunir una serie de requisitos para su existencia:

- 1) Debe ser distintiva, es decir debe tener aptitud para diferenciar el producto. El art. 584 del Co. de Co. en su parte final dice: "Para apreciar si el signo es distintivo se tendrán en cuenta las circunstancias especiales que concurren como la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países, o que se considere distintivo en los medios comerciales nacionales o extranjeros.

El art. 585, dispone que no podrán registrarse como marca las que no sean distintivas porque consistan en un

signo que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se haya convertido en una designación usual de los productos o servicios, y en el numeral 4o dice "Las marcas que por otras razones no permitan distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra.

- 2) Debe ser especial, o sea fácilmente identificable, que sólo sea utilizada por los productos respecto de los cuales fué registrada.
- 3) Debe ser novedosa, es decir, debe ser distinta de las otras marcas y de los otros signos distintivos utilizados en el comercio., ya que, de otro modo, no podría cumplir su función natural, por cuanto e n vez de ser un elemento diferenciador daría lugar a confusión.
- 4) Debe ser lícita, es decir, que no sea contraria a las buenas costumbres. Está prohibido adoptar como marca figuras o denominaciones obscenas, porque tales contrasensas están reprobadas por la conciencia social y porque repugna al orden público . Dice el art. 585, en su numeral 5o. "No podrán registrarse como marcas: Las que sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público, o las que puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que trate".

Pueden establecerse diferentes clasificaciones de las marcas. La distinción fundamental está entre marcas registradas y marcas no registradas o de hecho. A su vez las marcas registradas se clasifican en individuales y colectivas. Las primeras sólo pueden ser utilizadas por la persona física o natural a quien corresponden, en las segundas se

puede hacer un uso colectivo por parte de varios sujetos titulares de establecimientos diferentes.

**Marca registrada:**

una marca es registrada cuando, ante la solicitud para ello, previo el lleno de los requisitos del art. 587 de Co. de Co., se ha extendido el respectivo registro por la división de Propiedad Industrial. El art. 587 dice: "La solicitud de registro de una marca deberá presentarse en la Oficina de Propiedad Industrial y comprenderá:

- 1) La indicación del nombre y domicilio del solicitante;
- 2) La descripción de la marca con la enumeración clara y completa de los productos o servicios para los cuales se solicite el registro de la misma, y
- 3) Reproducción de la marca.

El art. 593 señala la importancia de las marcas registradas: "La marca confiere especialmente al titular del registro el derecho a usarla en forma exclusiva y el de impedir el uso de cualquiera otra que pueda producir confusión entre los respectivos productos o servicios". Como se observa, el registro la eleva a la condición de un derecho concedido por la ley, y le confiere medios defensivos.

**Marcas no registradas:**

La ley prohíbe el uso de marcas que no se encuentren registradas. Si la marca no se registra, el propietario asume las consecuencias, como por ejemplo, afrontar una competencia desleal o una usurpación. El registro no crea la marca, a esto se refiere Ferrara: "El hecho que determina el nacimiento de la marca y su adquisición radica siempre en la creación, que se pone de manifiesto, bien por el uso concreto que hace el sujeto para distinguir las mercancías

o en virtud de publicidad. La extensión del derecho viene determinado por la utilización efectiva del signo".

Las marcas no registradas tienen idéntico contenido que las registradas. Comprende, pues, tanto el uso exclusivo de la marca como contraseña de la propia mercadería, como el derecho a la no supresión de la marca, sin embargo su situación procesal es diferente, ya que el empresario no goza de la presunción de titularidad debiendo pues aportar la prueba de tal hecho, es decir del uso de la marca en época anterior.

Al igual que la marca registrada podrá transferirse juntamente con el establecimiento de comercio a que pertenezca, ya que no existe razón alguna para privar al establecimiento de este elemento fundamental, de su patrimonio

#### Marcas Colectivas:

Se hayan reglamentadas con el fin de conceder una protección marcaría a diferentes empresas para favorecer sus intereses generales o el desarrollo de las actividades de sus miembros.

Carrillo Ballesteros y Francisco Morales comentan: "Constituyen una etapa superior de la marca común. Aquí la marca indica un grupo de personas, o una región, país o localidad. Se justifica donde ciertos productos son muy apreciados, y les facilita su defensa en el territorio extraño. No se identifica con el producto de una sola persona, ni con esa sola persona, sino con un conjunto regional frente a un país o región, porque distingue a los productos por las características comunes que tienen los artículos de ese núcleo de propietarios de la marca colectiva".

Con respecto a estas marcas dice el art. 599. "Las marcas se utilizarán en los productos o servicios como control, directamente por la persona moral o colectiva o por los integrantes del gremio o asociación, bajo la vigilancia y en las condiciones determinadas en el respectivo convenio o reglamento".

En el vocabulario mercantil se conocen con el nombre de "Cadenas". Sobre todo cuando ellas se emplean para distinguir productos o servicios de consumo populares, así por ejemplo: Un grupo de los propietarios de hoteles o restaurantes acuerdan un nombre común para ellos, con la finalidad de distinguir sus servicios, claro está que una marca de esta naturaleza puede ser registrada por una sola persona, para después conceder licencias a otros, que puedan utilizarlas bajo su control.

Las reglas generales sobre marcas individuales, se aplican a las marcas colectivas, sólo que a la solicitud debe acompañarse el reglamento sobre su empleo.

Las marcas comerciales gozan de la especial protección en la mayoría de las legislaciones modernas, contra la competencia ilícita, de la cual ha salido la doctrina de la marca para constituir un derecho del cual puede disponer su titular.

#### e) MODELOS Y DIBUJOS INDUSTRIALES

Los dibujos y modelos industriales constituyen especies de nuevas creaciones. Se entiende por dibujo industrial toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial para aumentar su a

tractivo, sin cambiar su destino, ni crecentar su utilidad, y por modelo industrial toda forma plástica que sirva de tipo para fabricación de un producto industrial en cuanto no implique efectos técnicos. Este concepto, sustituye al del art. 10 de la ley 94 de 1931. Se observa, como el legislador al definir los dibujos y modelos, establece con claridad que se trata de combinaciones, de figuras o de colores para los dibujos y de una forma plástica para los modelos, siendo en ambos casos tanto la combinación como la forma verdaderas creaciones, no comunes en productos industriales.

De un análisis de la definición obtenemos que los dibujos industriales son aquellos conjuntos superficiales o bidimensionales que se aplican a los productos, y que todo modelo industrial será necesariamente un objeto tridimensional, como por ejemplo, la forma de pato de un jabón, o la forma de perro de un talco para bebé.

Los dibujos y modelos industriales son también elementos inmateriales que, como verdaderas creaciones nuevas, pueden influir en la productividad de una empresa industrial, por lo tanto merecen una especial protección por parte del Estado. Dice Pascual Di Guglielmo: "Una ley de modelos y dibujos industriales debe proteger las formas plásticas y tridimensionales y las combinaciones de líneas y colores trazadas sobre superficies planas o similares, con total prescindencia de su valor artístico, pues si queremos que sea una realidad el anhelo hecho público de conquistar los mercados con productos de explotación no tradicional, no podemos dejar de proteger formas y colores semejantes a los que los americanos aplican a las prendas que fabrican para los barrios bajos de New York o de Chicago,

o para negros y mestizos de más acá o más allá de sus fronteras. Además en vez de exigir la condición de reciprocidad, que nos coloca al margen del comercio solidario de las naciones civilizadas, debemos exigir la novedad territorial de los dibujos y modelos, pues, diversamente organizadas las casas extranjeras desde hace años con centenares de artistas y dibujantes, abarrotarán los registros, sin otro fin que el de continuar encerrando a los fabricantes nacionales en un corral de agricultores y de pastores".

Los países de Europa y América han dispensado su tutela a los dibujos y modelos industriales sometiéndolos a especiales reglamentaciones, pero se establecen diferencias en cuanto al objeto de la protección que varía de un país a otro, por ejemplo México protege los objetos de forma funcional, así como, las piezas de máquinas, las herramientas y los que por la nueva disposición de la materia forman un producto industrial nuevo. Estos objetos, cuya forma es funcional, no son admitidos en otros Derechos. No quedan comprendidos en el concepto de formas puramente plásticas o decorativas del Derecho francés y del Derecho norteamericano. Quedan expresamente excluidos en el Derecho británico. Se excluyen también en el Derecho de Alemania y de España y de los otros países en que, como en estos dos, existen los modelos de utilidad, puesto que tales objetos corresponden a un modelo de utilidad. En otros Derechos, muchas de estas creaciones de forma funcional pueden corresponder al objeto de patentes de invención. En todo caso, dice Solá Cefizares- el objeto de un modelo o dibujo industrial ha de constituir siempre una creación de forma y ésta puede ser una forma plástica de un objeto o de una forma plana puramente decorativa. El concepto del objeto

puede ser mas o menos amplio según se excluya o no de él las formas funcionales o las formas para ser reproducidas por la imprenta, considerando éstas un objeto de propiedad intelectual a ser protegido, en su caso, por el Derecho de autor- y continúa- se requiere en el Derecho de todos los países que el modelo o dibujo esté destinado a un uso industrial, es decir, a objetos que se fabriquen industrialmente - cabe dar aquí a la palabra industrial su sentido más amplio- Un paisaje podrá ser un dibujo industrial si se reproduce en una cantidad de platos o en un papel pintado para empapelar habitaciones. No lo será si se estima a un cuadro. En este caso le faltará el elemento del uso industrial y será una creación de arte puro-.

En nuestra legislación, los modelos y dibujos industriales, tienen la misma protección legal, según el art. 581 que tienen las patentes de invención, es decir que su exclusividad es concedida por un término de ocho años mediante un certificado, sin que haya lugar a prórroga. Además de la protección de que pueden ser objeto en los términos del art. 671 del Código Civil y de la ley 81 de 1946, como creaciones artísticas que constituyen una propiedad industrial.

Desde otro punto de vista, otra cuestión que tiene mucha importancia es saber a quien corresponde el derecho al registro del dibujo y modelo industrial. La solución dada por el Derecho de los diferentes países no es la misma, unos países como Estados Unidos conceden el derecho al registro de los mismos al autor o primer creador, otros como Cuba, a quien declara ser el autor.

Austria, Canadá, Gran Bretaña, Irlanda, consideran co

as personas con derecho al registro al autor y a la persona que ha encargado por su cuenta el el dibujo. El Derecho Mexicano dispone que el solicitante sea el verdadero inventor o cesionario legítimo de éste. Finalmente, otras legislaciones como Brasil y Checoslovaquia, prescinden de todo principio que presuponga un derecho previo y el derecho al registro lo tiene una persona física o jurídica, o el solicitante como en Polonia, o toda persona natural o jurídica que pretenda establecer una industria nueva como en España.

En nuestro Derecho, según el art. 581 del Co. de Co. se le aplican a los dibujos y modelos industriales las mismas reglas sobre patentes relativas a los derechos de autor lo cual quiere decir, que el derecho a los mismos corresponde al primer solicitante o a sus causahabientes, y si varias personas han intervenido en su realización el derecho les corresponde conjuntamente a todas ellas, de acuerdo con lo que establece el art. 540 del Co. de Co.

Los dibujos y modelos industriales, como elementos que son del establecimiento de comercio, cumplen un papel económico y comercial verdaderamente manifiesto, ya que no sólo facilitan la diferenciación y reconocimiento de los productos o artículos del establecimiento, sino que contribuyen a su productividad.

## f) LA CLIENTELA

Se ha definido la clientela como el conjunto de personas que, de hecho, mantienen con el establecimiento relaciones continuas por demanda de bienes o servicios.

Desde el punto de vista jurídico, la clientela no se

trata de las personas que son los clientes, sino de una situación económica representada por una corriente de relaciones entre los clientes y el establecimiento.

En el momento de fundar el establecimiento de comercio puede no haber clientela, y hasta puede suceder que dūrante algún tiempo no acuda cliente alguno, pero esto no quiere decir que el establecimiento se conciba sin clientes. El establecimiento se funda precisamente para buscar clientes. En el mismo instante que se crea, se espera ya al prímer cliente cuya llegada se ha preparado de antemano. Es lógico que este primer cliente puede tardar en llegar; pero si tarda demasiado parece por carecer de algo esencial para su existencia y también parece el establecimiento en funcionamiento que durante largo tiempo quede sin clientela.

Según Ferrara "una hacienda que no llega a obtener clientela sólo aparentemente puede estar bien organizada, no estándolo en realidad. No debe entenderse la organización como un modo puramente mecánico de coordinación de bienes y servicios, sino con referencia a la posibilidad concreta de ventas que constituye el presu puesto esencial y su propia razón de ser, sin el cual el establecimiento estaría montada en el aire y sería una creación tan arbi--traria como estéril y vacía".

El establecimiento mercantil no puede existir sin clientela, pero sí sin una determinada clientela y puede cambiar de ella voluntariamente como cuando el empresario cede su establecimiento con la clientela reservándose el derecho de fundar uno nuevo para explotar el mismo negocio con una nueva clientela, e involuntariamente como en el ca

se de un restaurante popular que se convierte en un restaurante de lujo.

Se pregunta si se pueda transmitir la clientela, autores como Planiol consideran que no se puede transmitir al adquirente del establecimiento de comercio porque, consistiendo en conocimientos y estima dispensados a la honorabilidad y aptitudes profesionales del comerciante, es atributo de la personalidad, está fuera del comercio y no puede ser objeto de obligaciones de dar. "El vendedor - dice - no transfiere la clientela al comprador, y sólo se limita a colocar en su lugar al adquirente del establecimiento de comercio, invitando a sus clientes a que le otorguen una confianza igual a la que él supo inspirarle, a la vez que se obliga a no dedicarse a un comercio similar y en condiciones tales que pueda causar daños al comprador. Trátase de una obligación de no hacer, de equidad elemental, que se deriva de pleno derecho del contrato de compraventa, el que confiere al comprador la particular garantía de hacer responsable al vendedor de las consecuencias perjudiciales que de sus hechos puedan derivarse".

Por otra parte otros autores sostienen que sí se puede transmitir, porque consideran que la clientela, como elemento constitutivo del establecimiento de comercio, le confiere un valor que se suma al de sus restantes elementos y le atribuye una renta diferencial, que es lo que el vendedor pone a disposición del comprador cuando le transfiere el establecimiento.

En cuanto a si puede hablarse de un derecho de propiedad sobre la clientela vemos que la ley 11.867 de Argentina ha declarado que es un elemento constitutivo del esta-

blecimiento de comercio y susceptible de transmisión por cualquier título. Al hacerlo así, le ha reconocido existencia autónoma, independiente de los demás factores que integran la universalidad, y le ha conferido el carácter de bien, de objeto de derecho que el titular ejerce directamente y contra todos.

Sin embargo, diversos autores consideran que la cliente no puede ser objeto de derecho. Se fundan en que si la clientela es una corriente de relaciones entre el establecimiento de comercio y unas personas, no puede ser objeto de derecho porque no es un elemento exterior al sujeto, susceptible de ser aislado, y que no puede existir en régimen de libre concurrencia un derecho sobre la clientela ya que los clientes son libres de elegir para sus relaciones el establecimiento que más le convenga.

En nuestro derecho, sobre la clientela no puede concebirse, derecho distinto del de su defensa o conservación, mediante la prohibición y la sanción de la competencia desleal, o de cualquier maniobra que impida el libre acceso del público al establecimiento.

#### g) EL AVIAMIENTO

La palabra italiana aviamiento difiere en cuanto a su terminología según los países así: En Francia la expresión consagrada es achalandage, en los países germánicos se ha empleado la expresión "chancen" para expresar algo semejante al aviamiento italiano, pero sin que estos términos sean exactamente equivalentes, en Norteamérica la expresión adoptada es good will, en Argentina y Uruguay se emplea la palabra llave, Nosotros utilizamos la expresión good will

y también la de fama comercial consagrada en el Co. de Co.

Existen diferentes concepciones sobre el aviamiento. En Francia es considerado como un elemento del establecimiento de comercio (ley 17 de Marzo de 1909), sin embargo, Escarra se ha pronunciado en el sentido de considerar el aviamiento como una cualidad virtual potencial del establecimiento que permite acrecer su volumen de negocios y que está ligada mas bien a la situación del establecimiento, a sus factores objetivos, que al factor personal que representa el propietario.

La concepción italiana es la de considerar el aviamiento, como una actitud, una cualidad del establecimiento de comercio, es decir como un resultado de un conjunto de circunstancias derivadas de los distintos elementos del establecimiento, de la persona del titular o de otros aspectos tales como la situación, antigüedad del mismo.

En Alemania el vocablo Chancen se emplea en el sentido de designar las perspectivas de la empresa basada típicamente en los elementos de la esfera de actividades creadas por el ejercicio profesional del comercio.

Cualquiera que sea la posición adoptada vemos que los expositores coinciden, mas o menos, en que el aviamiento, es el resultado o efecto de la combinación de los diversos elementos materiales e inmateriales del establecimiento de comercio, que lo integran y cuya organización permite obtener una mayor productividad que la que tienen o pueden tener esos elementos aisladamente.

En la Doctrina se ha clasificado el aviamiento en objetivo y subjetivo, el primero es el inherente a los diver

Los elementos del establecimiento, a su organización y también a la actividad del fundador, en cuanto ella ha entrado de modo objetivo en el establecimiento de comercio, es considerado como una cualidad del mismo, y el segundo es a qual que derive de la persona del propietario y de su actividad en el ejercicio del comercio.

Ya sea que se le considere objetiva o subjetivamente, el aviamiento es el elemento que atribuye al establecimiento su característico significado de organismo productivo, permitiéndole alcanzar su finalidad de lucro, pero el valor de este elemento es tanto mayor cuanto más objetivo sea, esto es, en cuanto provenga más del establecimiento mismo que del empresario.

El aviamiento tiene mucha importancia desde el punto de vista patrimonial, porque contribuye al mayor valor del establecimiento, como dice Ferrara: "No se concibe una hacienda sin aviamiento grande o pequeño y, de otro lado, el aviamiento da la medida del valor de la hacienda". Y tal es la importancia del aviamiento que dos establecimientos de comercio de igual naturaleza y con idéntico contenido de bienes tendrán distinto valor de mercado si su aviamiento es diferente, es decir, si ofrecen distintas expectativas de lucros futuros.

Pero la importancia del aviamiento depende de los otros elementos que integran el establecimiento de comercio al respecto dice Mario Casanova: "El hecho de separarse de la hacienda un elemento importante acarrea, por lo general, una disminución del aviamiento que reviste especial gravedad si dicho elemento se agrega a otra hacienda ya en ejercicio o que inicie el ejercicio de una actividad en compe-

tencia. Tal sucede por ejemplo, en el caso de que la hacienda pierda un valioso colaborador por pasar éste a una empresa adversaria o cuando en los locales que haya de abandonar se instale otra hacienda que ejercite el mismo comercio".

Nuestro Co. de Co. lo consagra en el art. 516 cuando dice que salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio, el derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial

CAPITULO IV

PROTECCION LEGAL DEL ESTABLECIMIENTO DE

COMERCIO

A) PROTECCION DEL ESTABLECIMIENTO EN SU ESTADO DE UNIDAD ECONOMICA.

El problema de la protección legal del establecimiento de comercio no se plantea, en relación con los elementos singulares organizados en él, ya que ellos no necesitan una tutela especial, porque es suficiente la defensa que les brindan las normas del Derecho Común. Si el proveedor no hace la entrega pactada o el cliente no paga la mercancía adquirida, son casos de incumplimiento legalmente sancionados, si siguen causa daños en la maquinaria de un establecimiento hay normas que protegen al titular y le aseguran una indemnización.

Puede darse el caso de un perjuicio mayor por el hecho de que los bienes forman parte del establecimiento pero como siempre el titular de dichos bienes tiene en principio derecho a una indemnización por los perjuicios sufridos, es lógico que obtenida ésta, el interesado debe considerarse resarcido, porque las situaciones son análogas.

Como se observa en este aspecto, el establecimiento de comercio no requiere protección especial como sí la tiene en su estado de unidad económica, tal protección persigue el fin de conservar aquella riqueza que el establecimiento representa y que de otro modo se destruiría.

Entre otras cosas porque los establecimientos de comercio no solamente constituyen fuerza para producir riquezas sino que ellos constituyen una fuente de trabajo. Y uno de los medios de distribución del ingreso nacional y de combatir el desempleo es precisamente creando empresas y protegiéndola no sólo con medidas de Derecho puramente Administrativo como es la protección arancelaria sino evitando su destrucción.

En diversos países la tendencia actual de la legislación mercantil es ofrecer una reglamentación encaminada a facilitar la conservación o la subsistencia de esa unidad económica que representa el establecimiento de comercio, cuestión que se justifica ampliamente, ya que el conjunto organizado de sus elementos corporales e incorporeales tiene una productividad mayor de la que carecen tales elementos separadamente. Las normas legales que directa e indirectamente tratan de proteger el establecimiento de comercio para evitar su desintegración tienen un sentido de interés público porque también interesan a la economía gene-

ral del país como vimos anteriormente.

En esta materia una de las reglamentaciones más importantes que merece especial mención es el Código de 1942 de Italia, el cual establece algunas reglas encaminadas a lograr la continuidad del establecimiento mercantil en caso de cambio del titular y es así como dice: "El transferimiento del establecimiento implica, en efecto, el paso de todos los elementos que la componen. En primer término se traspasan todos los bienes, muebles e inmuebles, corporales e incorporales (art. 2.556); también los signos distintivos se comprenden en el transferimiento, no sólo los que afectan al negocio y a las mercaderías (2.573), sino además, el nombre mismo del titular del establecimiento, cuyo uso se consiente al sucesor (art. 2.565), en evitación de que se revele al exterior cambio alguno. Pasan, además, los servicios de modo que el personal dependerá del adquirente, que se subroga como acreedor del trabajo en los contratos existentes (art. 2112). Pasa, finalmente, las relaciones e comerciales establecidas con los proveedores y con la clientela. Bajo el primer aspecto se dispone que el adquirente se subroga en los contratos estipulados para el ejercicio del establecimiento que no estén ligados a la persona de su antecesor (art. 2558) comprendidos los contratos de mandato (art. 1.722) y de consorcio (art. 2.610); e incluso las ofertas de contratos pendientes (art. 1.330), además de las deudas relativas al establecimiento (art. 2560). Por lo que afecta al transferimiento de las relaciones con la clientela, se sanciona, por un lado, la prohibición de competencia a cargo del cedente, al que le está vedado iniciar una nueva empresa que por su objeto, ubicación u otras circunstancias pueda desviar la clientela del estable

66

cimiento cedido (art. 2.557)".

En idéntica finalidad se inspiran las leyes mexicanas y brasileñas sobre quiebras y también la ley italiana cuando admite la posibilidad de la continuación del ejercicio de la empresa del quebrado, cuando de la interrupción imprevista pueda derivar perjuicio grave e irreparable. La Ley mexicana sobre quiebras dispone: "el juez está obligado a observar el siguiente orden de preferencia en cuanto a la enajenación del activo: 1) Enajenación de la empresa como unidad económica y de destino de los bienes que la integran, 2) Si la empresa tuviera varios establecimientos o sucursales, o por la complejidad de su actividad pudieran hacerse enajenaciones parciales de conjuntos de bienes susceptibles de una explotación unitaria, se procederá a ello, 3) Enajenación total o parcial de la existencia de la empresa, mediante continuación de la misma; 4) Si no fuere posible o conveniente proceder de alguno de los modos anteriores, se enajenarán aisladamente los diversos bienes que integran la empresa".

En nuestra legislación siguiendo la orientación italiana se establecen normas destinadas a facilitar la conservación del establecimiento como las siguientes: "Siempre que haya de procederse a la enajenación forzada de un establecimiento de comercio se preferirá la que se realice en bloque o en su estado de unidad económica. Sino pudiere hacerse en tal forma, se efectuará la enajenación separada de sus distintos elementos.

En la misma forma se procederá en caso de liquidaciones de sociedades propietarias de establecimientos de comercio y de particiones de establecimientos de que varias

personas sean conduellas".

"La enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran" art. 525; también se prevé que el adquirente de un establecimiento de comercio sustituye al enajenante en "Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento" art. 516; también al adquirente se transmiten las obligaciones contraídas por el enajenante en desarrollo de la empresa y que consten en los libros de contabilidad o en el documento de enajenación, buscando la misma finalidad se consagra en favor del empresario el derecho a la renovación y a la cesión del contrato de arrendamiento de los locales ocupados con el establecimiento. Todas estas normas tienen la misma finalidad: evitar la disgregación del establecimiento, porque su organización representa un capital, una riqueza cuya destrucción sería un resultado antieconómico que debe impedirse.

#### B) PROTECCION DEL DERECHO AL LOCAL OCUPADO POR EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El fundamento de esta protección legal del establecimiento de comercio lo encontramos en el hecho económico de que el lugar en donde se encuentra ubicado el establecimiento queda en la conciencia de la clientela una dirección precisa a donde ella sabe que puede acudir, aún desco

ociendo la nomenclatura, es decir que el eventual cliente está en condiciones de no confundir el negocio que está situado en determinado lugar con el que explota idéntico comercio y que tal vez se encuentra pocos metros más abajo en la misma calle y además que el local se acredita por el establecimiento de tal manera que cualquier persona interesada en establecer un negocio similar ofrece al propietario altas sumas de dinero porque le permite arrendar u ocupar ese local, sobretodo si él se haya ubicado en un sitio de obligada concurrencia por las personas.

Puede observarse como un determinado negocio genera la fama de un local y si la ley no lo protegiera, el propietario de ese establecimiento sería sólo un usufructuario de la fama lo cual es a todas luces injusto.

El derecho que tiene el empresario a que se le prefiera a cualquiera otra persona para utilizar en su favor las ventajas que aporta el local acreditado por él, muchas veces es desconocido, y a veces aprovechado por el propietario del inmueble que perjudica al empresario cobrando primas de arrendamiento por un mayor valor que no recibiría si el local no se hubiera acreditado por el negocio del comerciante. No es justo que sea el propietario el que se beneficia con el aumento de valor del local y tampoco que se convierta en principal instrumento de la competencia desleal, ya que generalmente utiliza estos medios para aprovechar la labor realizada por el empresario. Por tal razón la ley inspirada en las doctrinas del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa establece normas que protejan al empresario. Pero esta protección no se extiende hasta llegar a desconocer los derechos de propiedad del arren

dador, sino sólo se encamina a proteger el elemento económico que no es obra del propietario del local sino del inquilino.

Esta protección la consagra la ley desde los siguientes puntos de vista:

e) Derecho a la renovación del contrato de arrendamiento.

El derecho a la renovación dice la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de Noviembre de 1971- contra lo que estima la demanda no implica una eliminación del derecho de propiedad privada, ni una congelación de cánones, sino una renovación o prerrogativa para el inquilino a continuar utilizando el mismo inmueble, ya acreditado, aunque no necesariamente en las mismas condiciones primitivas. "Renovación" no es sinónimo de "igualdad de condiciones económicas" o de "estabilización de condiciones" para el arrendatario. En su sentido jurídico es una variación del contrato en condiciones de plazo y precio que pueden ser iguales o distintas a las del precedente a voluntad de los contratantes. Se pretende defender la estabilidad del establecimiento de comercio con sus valores intrínsecos y los humanos y sociales vinculados a los contratos de trabajo respectivos".

Se trata es de renovar y no de prorrogar el contrato porque la renovación implica un nuevo contrato, en que las partes han tenido oportunidad de discutir los alcances para la continuidad en el goce del bien, hasta el punto que, de presentarse diferencias sobre el particular, podrán movilizar el aparato jurisdiccional del Estado, en procura que por los trámites de un proceso verbal y con la inter-

vención de peritos, decida el juez competente sobre las diferencias existentes.

Tiene derecho a la renovación al vencimiento del contrato, según el art. 518 el empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, salvo en los siguientes casos:

1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato, 2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento cuyo destino a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y 3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

Como se observa la renovación del contrato se subordina a dos elementos; a que el empresario no haya incumplido el contrato y a que haya ocupado por no menos de dos años el inmueble, tiempo éste indispensable para que se creen una serie de valores como consecuencia de la actividad, que no puedan desconocerse y de allí la justificación a la renovación del contrato.

Cuando el arrendador desea recuperar el inmueble para los fines señalados en los incisos 2o y 3o del art. 518, es decir, para su propia habitación, para un establecimiento de actividad distinta a la del arrendatario, o para la reconstrucción o reparación del inmueble, debe dar al inquilino un desahucio con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, lapso que

71

se le dá al arrendatario para que tome las medidas encaminadas a reducir los perjuicios de un traslado repentino. Si así no procede, el art. 520 establece que se entenderá prorrogado el contrato en las mismas condiciones y por un término igual al inicial. Claro está que se exceptúan aquellos casos en que el inmueble deba ser ocupado o demolido por orden de autoridad competente.

b) Derecho de preferencia para arrendar los locales nuevos o reconstruídos.

Cuando el arrendatario tuviere que abandonar el local porque este va a ser reconstruído o demolido tendrá el derecho para que se le prefiera en igualdad de circunstancias a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reconstruídos o reparados, o en la nueva construcción sin necesidad de pagar primas o valores especiales a excepción del canon de arrendamiento y si hay diferencias respecto a esto se decidirá con intervención de peritos.

Este derecho es, desde luego, a la celebración de un nuevo contrato, ajustado según las condiciones que impongan las obras hechas.

Si los locales reconstruídos o nuevos fueren en número inferior a los antiguos, los arrendatarios se preferirán en orden de antigüedad. Si fueren superiores el propietario tendrá libertad para arrendar los excedentes.

Para el cumplimiento de este derecho, el propietario del inmueble deberá dar aviso a sus antiguos arrendatarios por lo menos con sesenta días de anticipación a la fecha en que pueda entregar los locales, y estos deberán contestar con no menos de treinta días de anterioridad a esa fecha.

cha si ejercitan o no el derecho de preferencia.

Las cláusulas del contrato en que se exonere al propietario del cumplimiento de las obligaciones correlativas a los derechos mencionados del arrendatario son completamente ineficaces. Con lo cual se hace más eficaz esta medida, que tiene como fin sustancial impedir que el propietario abuse de su condición de tal para obtener del arrendatario una renuncia a esas ventajas o garantías. Porque no tratándose de una mera nulidad, no es necesaria declaración judicial previa para privar de efectos tales estipulaciones, sino que estas son ineficaces de pleno derecho, esto es por el solo ministerio de la ley.

En razón de estas garantías puede ser cedido tal derecho al ser enajenado el establecimiento de comercio. Pero esto no quiere decir que el propietario tenga limitadas sus acciones de arrendador para obtener el cumplimiento completo del contrato o para ponerle fin en caso de incumplimiento. Ya que el arrendador puede pedir la restitución de los locales por incumplimiento del arrendatario a las cláusulas del contrato relacionadas con el pago de la renta la destinación y la conservación de la cosa arrendada. Por que no se trata de hacer salvedades en favor del inquilino mientras esté ejecutándose el contrato, ya que todo ello queda sujeto a las reglas comunes sobre arrendamiento, se trata simplemente de regular la situación en que queda, al terminar el contrato, en relación con las ventajas inmateriales que haya creado en desarrollo de su empresa.

El art. 522 consagra las indemnizaciones que deberá pagar el propietario por no dar a los locales el destino indicado o no dar principio a las obras dentro los tres

meses siguientes a la fecha de entrega. En la estimación de perjuicios se incluirán, además del lucro cesante sufrido por el comerciante, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura o traslado del establecimiento y el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiera hecho en los locales entregados. El inmueble respectivo quedará especialmente afecto al pago de la indemnización, y la correspondiente demanda deberá ser inscrita como se previene para las que versan sobre el dominio de inmuebles.

La anterior norma es una sanción impuesta al propietario, porque en principio él puede abstenerse de renovar el contrato; pero esta conducta no pueda quedar sin sanción y esa es la razón justificativa de la obligación indicada.

### C) PROTECCION DE LA CLIENTELA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

La clientela representa un valor para el establecimiento de comercio y para el empresario que desde antiguo la ley protege.

Los códigos del siglo XIX, en efecto, no obstante no formular la noción jurídica de establecimiento de comercio y a pesar de que consideraron suficiente aplicar a sus elementos corporales las reglas del Derecho Común, no dejaron de dispensarle su tutela y nuestro Co. de Co., igual que los sancionados en Europa y América, contiene expresas disposiciones al respecto.

Protección que se justifica ya que en las transferencias de establecimientos de comercio se atiende más a la

importancia de la clientela que el valor de las cosas muebles que comprenden.

El que adquiere un establecimiento de comercio en pleno desarrollo, a diferencia de su fundador, prescinde de las inversiones iniciales que demanda la instalación y publicidad y sabe desde que se le transfiere que los beneficios esperados exceden en su monto los gastos de ejercicio. Y también que cuenta con un número de clientes que se mantendrán fieles al establecimiento comprando allí mientras se satisfagan sus intereses sin importarles el cambio de titular.

Por lo tanto, la transmisión de un establecimiento de comercio, implique atribuir al adquirente el derecho de obtener, con carácter exclusivo, los provechos que ella dispensa, pues a su alcance están no sólo las acciones que concurren a protegerla contra terceros sino también contra el enajenante del establecimiento, que pretenda apoderarse de la clientela que ya no es suya, por la enajenación que de ella hiciera.

La búsqueda de la clientela - dice Roubier - es de suyo libre, en razón de la libertad de comercio y de industria. La ley no puede indicar cuáles son los medios lícitos de atraer y retener la clientela; productos nuevos, métodos excelentes de producción, secretos de fabricación o de negocios, publicidad adecuada, personal diligente y hábil, etc. El principio de la libertad civil permite a cada uno desarrollar su iniciativa y pone de manifiesto su capacidad en la lucha comercial. De esta manera y poco a poco el industrial o el comerciante llega a formar en torno a su establecimiento de comercio una clientela que hasta

cierto punto le será fiel y que puede determinar para los demás el valor de su establecimiento cuando trate de enajenarlo.

Pero en ningún caso, sin embargo, debe considerarse la clientela como un bien estable y definido. La clientela que tiene un comerciante puede abandonar el establecimiento, si es enajenado, sin que su adquirente disponga de acciones que le permitan asegurar la firmeza de la clientela, pues que esta no puede ser tratada como un bien corporal susceptible de posesión; pero constituye, no obstante, un bien incorporal que puede ser fuente de grandes beneficios y, por eso, representa un valor en el establecimiento de comercio, aunque no es sino un valor incorporal.

Así, pues, que no hay acción que pueda garantizar la estabilidad de la clientela; pero hay, en cambio, acciones que garantizan una posición concreta en relación con la clientela y tales acciones se enderezan esencialmente a sancionar tanto deberes como derechos en el campo de la "competencia".

Como principal medida de protección de la clientela del empresario y de su establecimiento de comercio se ha consagrado la represión de la competencia desleal, impidiendo de esta manera que la clientela sea desviada con procedimientos dolosos en desarrollo de una competencia le siva de la buena fé comercial y de los derechos o privilegios ajenos.

#### D) PROHIBICION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La legislación Colombiana se inspira en el principio

de la libre competencia en las actividades mercantiles, la cual constituye un elemento esencial en el ejercicio del comercio. "En verdad -dice José Ignacio Narváez- la voz competencia equivale a rivalidad en ofrecer al mercado más y mejores bienes o servicios, en lograr una mayor demanda de los mismos, de forma que redunde en beneficio para el empresario".

La competencia comercial en principio, es libre, por ser económicamente útil, y cada empresario puede utilizar los medios que considere adecuados para formar y conservar su clientela en el ejercicio de la actividad mercantil, sin embargo, no puede constituir un derecho ilimitado del empresario porque este representaría una perturbación en la vida económica y además el desconocimiento de derechos legítimos de otros empresarios. Por esta razón en diversas legislaciones así como en la nuestra se prevén situaciones de competencia desleal que la ley no solamente prohíbe sino que reprime. La prohibición de la competencia desleal tiende a la defensa del establecimiento de comercio, no teniendo aplicación cuando éste no padece. Es indiferente que el establecimiento haya recibido efectivamente un perjuicio, basta que el acto sea susceptible de causarlo. Tampoco se requiere que el daño se realice con el dolo de obtener una utilidad, aunque, sin duda, este es el evento más frecuente.

Por otra parte, no es necesario, que el acto desleal se dirija contra un establecimiento de comercio determinado, ya que la posibilidad del daño existe también cuando un comerciante, por ejemplo atribuye a sus mercancías un mérito extraordinario, valiéndose de artificios y de enga-

ño para atraer a la clientela de los demás establecimientos de comercio.

Nuestro Código de Comercio, no trae una definición de lo que debe entenderse por competencia desleal- dice el Dr. Lafont- pero en el No. 9 del art. 75 que no es taxativo, sino simplemente enumerativo nos trae una idea de lo que el legislador entiende por tal, de donde podemos deducir, que se entienda por competencia desleal, todo acto o procedimiento realizado por un competidor en detrimento de otro competidor o de la colectividad, siempre que se tienda a crear confusión en el mercado, desorganización del mismo- desacreditar un establecimiento o un producto, desviar la clientela, desorganizar internamente una empresa, siempre que se empleen medios contrarios a las costumbres mercantiles.

En nuestra legislación la competencia desleal ha sido objeto de provisiones legislativas desde la ley 31 de 1925. Esta ley en su art. 63 la definió como "El acto de mala fé que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tienda a desacreditar un establecimiento rival, luego la ley 59 de 1936 aprobó los actos de competencia desleal establecidos en la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial suscrita en Washington en el año de 1959, de tal manera que los actos indicados en la Convención de Washington no solamente constituyen competencia desleal para los efectos de dicha convención, sino que tienen ese mismo carácter para los efectos de la ley 155 de 1959.

v El art. 75 del C. de Comercio enumera varios comporta

sientos constitutivos de competencia desleal así:

1) Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios Ferrara considera que se puede crear confusión mediante la imitación servil, y dice: "No se superponen aquí los propios medios de atracción de la clientela a los ajenos, sino que de modo más malicioso se emplean medios idénticos a aquellos de los que se sirve un competidor para el mismo fin, provocando confusión frente a los consumidores". También considera como modalidades análogas de confusión el enviar al consumidor una mercancía distinta de la requerida por él, como el atribuirse a sí mismo o a los propios productos méritos ajenos, consumando en este caso, una usurpación de los elementos que tienen la misión de atraer a la clientela.

2) Los medios o sistemas tendientes a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios.

Consiste el descrédito -dice Ferrara- en la afirmación de hechos que perjudiquen la estima de que el comerciante goza entre el público y que sean susceptibles de quitarle la clientela".

El descrédito se puede llevar a cabo directamente o en forma indirecta, tales como cuando se dice que un determinado producto tiene consecuencias nocivas para la salud, etc.

3) Los medios o sistemas dirigidos a desorganizar internamente una empresa competidora o a obtener sus secretos.

El primer caso se puede presentar cuando un competidor trata de llevar a los empleados de una empresa a la huelga para paralizar de esta manera su actividad comercial. En cuanto a la obtención de secretos se pueden presentar diferentes hipótesis, la más frecuente consiste en corromper a los dependientes de una empresa para captar el secreto, atrayéndolos incluso a la propia y tomándolos a su servicio o asociándose con ellos, como también se pueden obtener directamente, como por ejemplo, en el curso de una visita aparentemente sin importancia, etc.

4) Los medios o sistemas encaminados a obtener la desviación de la clientela siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles. Como sería el caso de un establecimiento de comercio a quien dolosamente se le han bloqueado las vías de comunicación, por ejemplo con obras de construcción impidiendo de ésta manera que la clientela concurra.

5) Los medios o sistemas encaminados a crear desorganización general del mercado.

Se agrupan aquí todos los medios de que se valen los acaparadores, generalmente en detrimento de la comunidad.

6) Las maquinaciones reiteradas tendientes a privar a un competidor de sus técnicos o empleados de confianza sin que no produzcan la desorganización de la empresa ni se obtengan sus secretos. Al respecto dice -el Dr. Lafont- Este numeral hay que entenderlo en el sentido de que el legislador en ningún caso puede pretender que una empresa competidora necesitando un técnico o un trabajador, no pueda ofrecerle una mejor remuneración al empleado que le presta servicios a un competidor, entre otras cosas porque esto se-

ría tanto como violar la libertad de contratación.

Lo que constituye competencia desleal es que una empresa, sin necesitar realmente un técnico, mediante maquinaciones, prive a la competencia del servicio de él, siempre que en el mercado de trabajo no haya otro que pueda reemplazarlo.

7) La utilización directa o indirecta de una denominación de origen, falsa o engañosa; la imitación de origen aunque se indique la verdadera procedencia del producto o se emplee en traducción o vaya acompañada de expresiones tales como "género", "imitación", o similares.

8) Las indicaciones o ponderaciones cuyo uso pueda inducir a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad del producto.

9) En general, cualquier otro procedimiento similar a los anteriores realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles.

En síntesis, los ordinales 1o, 2o, 3o y 6o presuponen actuaciones en contra de un competidor determinado; los demás implican actos realizados frente a la comunidad en general.

El comerciante perjudicado con actos de competencia desleal, tiene acciones para que se le indemnice de los perjuicios que le hubieran causado y se condene al infractor para que cese en la ejecución de tales actos.

De lo anterior concluye que la represión de la competencia desleal encuentra su razón de ser en la protección

que el Estado brinda el ejercicio de la profesión de comerciante, a los establecimientos de comercio, como entidades organizadas para el desarrollo de una actividad, y a los productos elaborados por una determinada persona, a sí como también a los consumidores.

## CAPITULO V

### OPERACIONES SOBRE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

El art. 533 del Código de Comercio prescribe: "Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el art. 526", es decir mediante escritura pública o documento privado reconocido por las partes ante funcionario competente.

Estos negocios jurídicos y demás análogos relacionados con el establecimiento son objetivos en sentido absoluto porque no importan las personas que los realicen ni el fin que particularmente persigan, ni el vínculo de conexidad con otro u otros negocios mercantiles.

## A) ENAJENACION DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Cuando se habla de enajenación de establecimiento de comercio quiere aludirse a la transmisión de la organización en "bloque" como unidad económica capaz de producir un rendimiento.

De modo que no habrá enajenación de establecimiento de comercio, cuando el traspaso afecta a elementos aislados, en cuyo caso habrá la transmisión de unos bienes determinados, pero no de un establecimiento mercantil.

El primer problema que se plantea en estas enajenaciones "en bloque" es el de determinar cuál es el contenido de la enajenación, qué elementos materiales e inmateriales comprende ésta.

Respecto a esto difieren las legislaciones de los países, en unos el contenido de la enajenación está determinado por la ley, como en Argentina por la ley 11.867 de 1934 que establece: "Declárase elementos constitutivos de un establecimiento 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. En otros países como Francia, es la jurisprudencia la que ha fijado el contenido de la enajenación, quien acepta que, en defecto de estipulación expresa de los contratantes, una venta debe incluir, por lo menos la enseña, el nombre comercial, el derecho a que no sea desviada la clientela, el arrendamien

to del local y el aviamiento.

Pero en muchos otros países, son las partes, las que a falta de normas legales, determinan los elementos que se transfieren, y no existiendo convención el problema lo resuelven los tribunales, es el caso de Italia, en dicho país el principio general es que en ausencia de convención deben considerarse comprendidos todos los elementos del establecimiento de comercio que figuren en el inventario, excepto aquellos casos para los cuales la ley exige formalidades especiales, como en el caso de las patentes y el nombre comercial que no se transfiere sin el consentimiento del enajenante.

Nuestra legislación establece que la enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título, se presume hecha en bloque y que comprende los elementos discriminados en el art. 516 del Código de Comercio.

Porque es apenas natural suponer que el comprador de un establecimiento de comercio pretende continuar con las actividades a que está destinado. Por eso debe considerarse que la enajenación incluye, por lo menos, todos los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad del establecimiento, salvo los que expresamente se excluyan.

#### FORMALIDADES DE LA ENAJENACION

De acuerdo con el art. 526 del Código de Comercio, la enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado reconociendo por los otorgantes ante funcionario competente, para que produzca efecto entre las partes. Ese documento de enajenación debe ser inscrito en el

registro mercantil para que surta sus efectos legales. Las Cámaras de Comercio lo registrarán en el libro VI "De la administración o propiedad de los establecimientos de Comercio".

Si en la enajenación se incluyen bienes inmuebles, la tradición de estos se sujetará a las reglas del Código Civil.

Además el art. 527 del Código de Comercio prescribe que el enajenante deberá entregar al adquirente un balance general del negocio acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificado por un contador público. Estos documentos no le atribuyen solemnidad al acto de la enajenación, su sentido es apenas el de un simple medio de completar la determinación del objeto de la operación, que si falta no afecta la validez de la enajenación. A diferencia del documento de enajenación que si constituye una verdadera solemnidad, exigida en consideración a la misma naturaleza de la operación. Y la inscripción de dicho documento es por su parte, un medio legal de darle publicidad al contrato, la omisión de este requisito impide que la enajenación surta efectos respecto de terceros.

#### PROTECCION DEL ADQUIRENTE DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

La enajenación de un establecimiento de comercio debe hacerse en condiciones que permitan al adquirente conocer el Estado, la calidad de la empresa a cuyo desarrollo está destinado el establecimiento. La ley francesa de 29 de junio de 1935 consagra esta protección en su art. 12 que dice: "En todo acto en que conste una cesión de un estable

cimiento de comercio, aun acordada bajo condición o bajo la forma de otro contrato, o el aporte en sociedad, el enajenante está obligado a declarar: 1) el nombre del propietario anterior, la fecha y naturaleza del acto de adquisición, lo mismo que el precio de la adquisición en cuanto a los elementos incorporeales, las mercancías y materiales; 2) La situación o estado de los privilegios (marcas, patentes, etc) y las prendas que graven o afecten el establecimiento; 3) el volumen de los negocios realizados en cada uno de los tres últimos años de explotación, o desde su adquisición, si no lo ha explotado aún durante un trienio; 4) Los beneficios o utilidades comerciales que haya obtenido durante el mismo tiempo; 5) el arrendamiento de los locales, su fecha, duración, nombre y dirección del arrendador, o del cedente según el caso.

Y la ley 11.867 de Argentina de 1934, que también protege al adquirente del establecimiento de comercio establece: "El enajenante entregará en todos los casos al presunto adquirente una nota firmada, enunciativa de los créditos adeudados, con nombres y domicilios de los acreedores, monto de los créditos y fechas de vencimiento si las hay". Y nuestro Código de Comercio, le brinda protección al adquirente del establecimiento de comercio con las siguientes disposiciones legales: "El enajenante deberá entregar al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificados por un contador público" (art. 527).

Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuarán a cargo del enajenante" (art. 529). Y si la enajenación se hiciera

ra con base en los libros de contabilidad y en estos resultaren inexactitudes, que impliquen un menor valor del establecimiento enajenado, el adquirente, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la operación, tiene acción contra el enajenante para exigir, sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar, la restitución del menor valor del establecimiento (art. 531).

#### PROTECCION DE LOS ACREEDORES DEL ENAJENANTE DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Además de la protección debida al adquirente del establecimiento los acreedores del enajenante también tienen un interés jurídico susceptible de ser protegido por las leyes de los diferentes países. La ley 11.867 de Argentina protege a los acreedores del empresario, cuando dice: "El documento de enajenación sólo podrá firmarse después de transcurridos diez días desde la última publicación, y hasta ese momento, los acreedores afectados por la transferencia, podrán notificar su oposición al comprador en su domicilio".

En el mismo criterio se inspiran las leyes de Costa Rica desde el año de 1901, al facilitar a los acreedores del empresario el conocimiento oportuno de tales operaciones, para que puedan oponerse a ellas u obtener que se les asegure el pago de sus créditos, si la venta puede lesionar sus intereses. Y es también el acogido en la legislación francesa.

Como vemos la protección de los acreedores del enajenante se traduce en una acción de oposición por parte de estos contra la enajenación del establecimiento de comer-

cio.

Nuestro Co. de Co. también consagra esta protección al establecer que el enajenante y el adquirente de un establecimiento de comercio son solidariamente responsables de todas las obligaciones que constan en los libros de contabilidad y que hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentra destinado el establecimiento, salvo las que provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al enajenante.

La responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el Registro Mercantil, siempre que se haya dado aviso a cada uno de los acreedores en particular por cualquier medio escrito y en general a todos, en diarios de amplia circulación (art. 528).

El parágrafo del art. 528 establece: "El acreedor del enajenante que no acepte al adquirente como su deudor, deberá inscribir la oposición en el registro mercantil dentro del término que se le concede en este artículo". De tal manera que la sustitución definitiva del adquirente al enajenante no tendrá lugar si el acreedor se ha opuesto a tal sustitución y si su oposición se inscribe en registro mercantil, dentro del término de los dos meses antes mencionados. Los acreedores que se opongan tendrán derecho a exigir las garantías o seguridades del caso para el pago de sus créditos, y si estas no se prestan oportunamente, serán exigibles aún las obligaciones a plazo (art. 530).

EFFECTOS DE LA ENAJENACION

La enajenación de un establecimiento de comercio comporta una verdadera sustitución de empresarios, de tal manera que el adquirente del establecimiento se subroga en los derechos y obligaciones propias del mismo, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración el titular de dicho establecimiento.

En cuanto a las obligaciones no habrá sustitución y el adquirente no se hace solidario con el enajenante, si las obligaciones no constan en los libros de comercio o en el documento de la enajenación y aquel ha demostrado buena fe, exenta de culpas. De no haberlo hecho, quedará solidariamente responsable junto con el enajenante hasta la extinción de las respectivas obligaciones.

#### B) LA PRENDA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El establecimiento de comercio en su estado de unidad económica puede ser dado en prenda, sin necesidad de especificar los elementos que la constituyen.

Entre las primeras leyes que reglamentaron la prenda de los establecimientos de comercio, puedo citar la ley francesa de 1898, quien introdujo una modalidad especial de la prenda al dejar la cosa gravada en poder del deudor, sustituyendo la entrega material por simples formalidades de publicidad. Más tarde esa ley fué completada por la de 1909, quien reglamentó la prenda del establecimiento de comercio, con efectos respecto de terceros, pero sin el desposeimiento del deudor. Según esta ley los elementos comprendidos necesariamente en la prenda son la enseña, el nombre comercial, el derecho al arrendamiento del local,

la clientela y el aviamiento. La doctrina y la jurisprudencia la extendieron a "todos los elementos incorporales del establecimiento, incluyendo los derechos de propiedad industrial, artística y literaria, lo mismo que el mobiliario comercial, los materiales o instrumentos de trabajo destinados a su explotación". Estableció además que los elementos necesariamente excluidos son las mercancías y los créditos, salvo convención en contrario, y que la constitución de la prenda debía ser por medio de acto auténtico, sometido a la formalidad del registro en los Tribunales de Comercio, para darle publicidad a dicha operación.

Luego la ley de 1951 generalizó el sistema de la prenda sin desamparamiento del empresario, de tal manera que se aplicaba no sólo a los establecimientos dedicados a la compra y venta de mercancías, sino también a los establecimientos destinados a la transformación o manufactura, para facilitar la continuación de la actividad mercantil del deudor.

En nuestra legislación los establecimientos de comercio son susceptibles de ser dados en prenda sin desamparamiento del deudor y salvo que se estipule otra cosa, la prenda comprende los elementos señalados en el art. 516, con excepción de los activos circulantes.

Cuando la prenda se haga extensiva a tales activos, los que se hayan enajenado o consumido se tendrán como subrogados por los que produzcan o adquirieran en el curso de las actividades del establecimiento (art. 532).

Como única solemnidad necesaria para la validez de la prenda se requiere que conste por escrito, lo mismo que

la enajenación del establecimiento.

Para que la prenda pueda oponerse a terceros, es necesaria su inscripción en el registro mercantil, formalidad sin la cual no surte efectos ni siquiera entre las partes.

Esta reglamentación sencilla permite que la prenda de un establecimiento de comercio adquiera más importancia como fuente de recursos de crédito para el empresario, sin constituir un peligro para el acreedor.

### C) EL USUFRUCTO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Es hoy un principio generalmente aceptado por la doctrina y las legislaciones que el establecimiento de comercio puede ser objeto de usufructo.

La antigua jurisprudencia francesa se había resistido a admitir el usufructo del establecimiento mercantil, considerando que sólo existía un cuasi-usufructo sobre algunos elementos del establecimiento. Y en Italia, antes del Código Civil de 1942, algún autor dudaba de que pudiera haber un auténtico usufructo.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa, de acuerdo con la mayoría de la doctrina admite desde hace mucho tiempo el usufructo del establecimiento de comercio. En España diversos autores justifican el usufructo del establecimiento, que ha sido además reconocido por el Tribunal Supremo.

Nuestro Co. de Co. en su art. 533 que trata sobre las operaciones de que puede ser objeto el establecimiento de comercio, nos remite al art. 823 del Código Civil Colombiano, el cual dice: "El derecho de usufructo es un derecho

real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible".

El usufructo del establecimiento de comercio es real, participa de las garantías que la ley reviste esta clase de derecho, puede ser gratuito u oneroso, y se extingue con la muerte del usufructuario. Además debe constar por escrito, sin, lo cual no produce efectos entre las partes, pues es un requisito *ad solemnitatem* y para que produzca efectos frente a terceros, es necesaria su inscripción en el registro mercantil.

En derecho Colombiano, el usufructo es siempre un derecho patrimonial que se encuentra en el comercio, pues en ningún caso tiene el carácter de derecho personalísimo, como acontece en otras legislaciones.

Desde luego esto tiene grandes ventajas, pues cuando, por una u otra razón, no convenga al nudo propietario y al usufructuario la desmembración de la propiedad, estos pueden darle término, concentrando ambos derechos en una sola cabeza, o enajenando ambos sus derechos a un tercero, o *adquiriendo* el usufructuario la nuda propiedad, u obteniendo el nudo propietario el usufructo.

#### D) EL ARRENDAMIENTO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Nuestra legislación para reglamentar lo relativo al arrendamiento de los establecimientos de comercio, se basó primeramente en la ley Argentina 11.867 de 1934, así como

también en las leyes francesas de 1926 y de 1946 y el Decreto de 1953 promulgados en Francia.

Las normas de nuestro Co. de Co. que regulan el arrendamiento de inmuebles ocupados por establecimientos de comercio, se han establecido con un criterio netamente proteccionista a los arrendatarios-empresarios de establecimientos de comercio, o sea, aquel conjunto de bienes organizados por aquellos para realizar los fines de la empresa

Con este tema ya lo traté en el capítulo IV que trata sobre la protección legal del establecimiento de comercio, me voy a permitir transcribir una sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 29 de noviembre de 1971 que versa sobre los alcances del arrendamiento comercial, para una mayor complementación del tema;

"A).- El artículo 518 dispone que, salvo los casos contemplados en los tres numerales que le subsiguen, el empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a renovación del contrato al vencimiento del mismo. Los elementos condicionantes de tal derecho, son pues, los siguientes:

"1.- Que se trate de un empresario comerciante. La definición de empresa para los precisos efectos del punto que se examina, está consagrada en el artículo 25 del mismo Código de Comercio, conforme a la cual "se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio". Como puede observarse este primer factor

conlleva, a su vez, otros de interés social, como son la existencia de una fuente de riqueza y de un grupo de trabajadores para colaborar en su explotación. Pero lo mismo si no se es empresario, esto es, si los factores constitutivos de esa calidad y que parcialmente justifican el derecho consagrado, no existen, éste no se causará.

"2.- Que el empresario haya ocupado, a título de arrendatario, por lo menos durante dos años, un mismo inmueble con un mismo establecimiento comercial en un mismo sitio, crea una serie de valores tangibles e intangibles consecuenciales a la respectiva actividad, que en justicia no pueden desaparecer u olvidarse en aras del puro interés del propietario. Por eso mismo se justifica, en principio, el derecho a la renovación del contrato.

"3.- El derecho a la renovación, contra lo que estima la demanda, no implica una eliminación del derecho de propiedad privada, ni una congelación de cánones, sino una renovación o prerrogativa para el inquilino a continuar utilizando el mismo inmueble, ya acreditado, aunque no necesariamente en las mismas condiciones primitivas. "Renovación" no es sinónimo de "igualdad de condiciones económicas" o de "estabilización de condiciones" para el arrendatario. En su sentido jurídico es una variación del contrato en condiciones de plazo y precio, que pueden ser iguales o distintas a las del precedente a voluntad de los contratantes. Se pretende defender la estabilidad del establecimiento de comercio con sus valores intrínsecos y los humanos y sociales a los contratos de trabajo respectivo.

"B).- El artículo 520 ofrece una hipótesis diferente

Parte de la base de que, salvo caso de incumplimiento del contrato por el arrendatario, el arrendador, cuando desee recuperarlo para los fines señalados en los numerales 2o y 3o del artículo 518, debe dar al inquilino un desahucio con no menos de seis meses de antelación a la fecha de terminación del contrato, lapso que se estima suficiente para que aquél tome las medidas pertinentes a reducir o eliminar los perjuicios derivados de un traslado apresurado o intestivo. Mas si así no se procede el precepto considera el contrato "renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo tiempo del contrato inicial". Este caso ofrece una modificación parcial del contrato sólo en cuanto determina una prórroga automática del mismo por igual tiempo, pero en cambio estabiliza o mantiene idénticas las demás condiciones de su celebración entre ellas el monto de los cánones pactados. Se supone que en los casos comentados, el propietario que desee readquirir la tenencia del inmueble, dispone de un plazo suficientemente amplio para hacerlo saber al arrendatario con los fines atrás anotados. Si así no procede y trata de forzar un desalojamiento repentino o apresurado o guarde silencio, el precepto impone automáticamente la prórroga del contrato. El texto legal, puesto frente a los intereses, el particular del propietario del inmueble y el del empresario comerciante que envuelve como se vió, elementos de interés social, impone una solución a favor del último. Es una aplicación legal y consecuente del principio contenido en el artículo 30 de la Constitución.

"C).- El artículo 521 establece, en favor del arrendatario, un derecho de preferencia a mantener dicho esta-

do y calidad, frente a otras personas y "en igualdad de circunstancias", cuando se trate de locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, "sin obligación de pagar primas o valores especiales distintos del canon de arrendamiento, que se fijará por peritos en caso de desacuerdo". Hipótesis y solución igualmente razonable. Si los inmuebles continúan destinados al arrendamiento por no hallarse en ninguna de las condiciones señaladas por los ordinales 2o y 3o del artículo 518, es de lógica y de justicia que se prefiera a quien viene ocupándolo con regular cumplimiento de sus obligaciones. Esta preferencia, sin embargo no implica una congelación de cánones, ni una imposición de condiciones iguales a las anteriores a la reparación, reconstrucción o remodelación del inmueble. Por el contrario. Del texto resulta con nitidez que tales condiciones pueden variarse a voluntad de los contratantes con la única condición de que el inquilino no sea obligado a sobreprecios o primas de ninguna clase. Y si tal acuerdo no sobreviene, peritos fijarán el nuevo canon. Cabría preguntar, entonces, cuál es el derecho que resulta aquí vulnerado para el propietario. No el de arrendar, porque ya se vio que el inmueble tiene esa destinación. Tampoco el de cobrar un mejor canon que eventualmente se haga justo por los costos de la reparación, reconstrucción o remodelación, porque su fijación se entrega, según las reglas comunes, a los contratantes y sólo subsidiariamente a peritos. Quizás el de especular a base de primas especiales y sobreprecios con otros eventuales arrendatarios. Si este fuera el caso, habría que responder que entre mantener una empresa establecida con los derechos y valores que ella comporta para el propietario y arrendata

rio y para el público, y el de propiciar una nueva de la cual, por lo menos al principio, el único beneficiado sería el propietario por la recepción de las primas, el texto legal se ha inclinado por el primero en cuanto refleja un interés social que requiere protección.

"Si a lo anterior se agrega que el primer inciso del parágrafo otorga un plazo razonable de 60 días para que el propietario informe al arrendatario de la reapertura del inmueble a efecto de que exprese en plazo de 30 días su deseo de permanecer en él, o de no hacerlo, no puede sostenerse en forma alguna que el primero haya sido sorprendido o forzado a arrendar contra su voluntad. El juego de oportunidades es equilibrado si se atiende a la posición de los contratantes. Igual comentario cabe acerca de la preferencia establecida en el inciso final del parágrafo, respecto de los arrendatarios más antiguos, cuando el número de locales se ha reducido por consecuencia de la reconstrucción o nueva edificación del inmueble. Se trata de una cuestión de justicia y sentido común que a nadie escapa, y que por lo demás, tampoco supone estabilidad o congelación en las condiciones contractuales, pues nada en el texto indica que así sea.

"D).- El art. 522 contempla las indemnizaciones que deberá pagar el propietario en caso de no dar a los locales el destino invocado para lograr su desocupación, o no dar principio a las obras de reconstrucción, remodelación, etc., dentro de los tres meses subsiguientes a la fecha de entrega, y la manera de justipreciarlos. Son preceptos consecuentes de los anteriores y con ellos hacen un todo. Si en los primeros campea una prevalencia del interés

social en muchos aspectos; si en otros, por razones de equilibrio en las relaciones jurídicas de los contratantes se otorgan ciertos derechos al arrendatario, resulta obvio que la normación del Código de Comercio en este punto previene las consecuencias de su violación y la manera de hacerla efectiva. Por lo demás, si tomar en cuenta los elementos del perjuicio para efectos de la indemnización, los textos responden a la técnica sobre la materia, se arreglan a lo propuesto en la exposición transcrita, y no implícite quebranto alguno de la Constitución.

"2).- Cuando el artículo 524 impide que prevalezca la voluntad de las partes sobre los principios y normas contenidos en los artículos estudiados, esté confirmado su carácter de precepto de orden público, es decir su innegable contenido de interés público".

Un punto muy importante en cuanto al arrendamiento de bienes inmuebles para establecimientos de comercio, es lo relativo a la congelación de arrendamientos de los mismos, de lo cual no hizo mención la sentencia antes transcrita, tenemos pues, que las normas sobre congelación de arrendamiento, por cuanto pugnan con el espíritu de la reglamentación del Código mercantil, no son aplicables a los arrendamientos de bienes inmuebles para establecimientos comerciales, ya que se suplió en el Co. de Co. por el derecho de renovación del comerciante arrendatario, sin que en ningún momento se permita la absoluta libertad de contratación.

De acuerdo a lo anterior, no se requiere en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles para establecimientos de comercio, la licencia administrativa que re-

quería el Decreto 1070 de 1956, para iniciar el proceso de lanzamiento, ya que esta ha sido reemplazada por el de sahucio de seis meses anteriores a la fecha de vencimiento del contrato, en los casos en que el arrendatario no tenga derecho de renovación del mismo. O cuando se da la causal de incumplimiento de contrato por parte del arrendatario, para la cual el legislador no consagró formalidad alguna como exigencia del arrendador para dar por terminado el contrato. Si el arrendador no cumple esas formalidades, el contrato se renovará automáticamente en las mismas condiciones y por el mismo lapso del contrato inicial.

Por otro lado el subarriendo total como la cesión están prohibidos (art. 523). Por tanto, para que el arrendatario pueda sub-arrendar totalmente el local requiere de una autorización, que bien puede ser expresa o tácita. La primera tendría lugar cuando directamente conviene el arrendador (documento), será tácita cuando convenga, consienta, en el uso y goce de un tercero de la cosa arrendada sin manifestar voluntad en contrario. Esta autorización tácita difiere de la reglamentación civil que exige autorización expresa (2004 C. de C.).

Y de una manera interesante y novedosa el inciso del art. 523 permite el subarriendo parcial, "hasta la mitad de los inmuebles", con la misma limitación de uso expresada en la parte primera de esa norma.

En cuanto a la cesión para que sea válida requiere de la autorización del arrendador o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio

## C A P I T U L O VI

### CAMARAS DE COMERCIO Y REGISTRO DE LOS ESTABLECIMIENTOS

#### DE COMERCIO

##### DEFINICION:

Según el art. 78 del Código de Comercio, "Las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el gobierno nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes".

##### HISTORIAS DE LAS CAMARAS DE COMERCIO

Durante la etapa feudal se crearon las primeras organizaciones gremiales destinadas a proteger los intereses comerciales de sus miembros, pero fue en 1599, cuando el

concejo de Marsella, en Francia formó la primera organización con el nombre de Cámara de Comercio.

Luego, otras ciudades francesas tuvieron parecidas organizaciones, y fue tal su éxito, para solucionar los problemas del comercio, que Luis XIV en 1700 ordenó que todas las ciudades francesas establecieran una cámara de comercio.

En 1789, Luis XVI preocupado por el poder que iban adquiriendo estas organizaciones ordenó suprimirlas. Pocos años después, Napoleón en sus esfuerzos por estimular el comercio y el desarrollo mercantil, aprobó su restitución.

Mientras, ciudades de Inglaterra e Irlanda habían establecido Cámaras de Comercio. En 1768 fue fundada una Cámara de Comercio en la Isla de Jersey, en el canal inglés; otra en Dublín en 1783, en Leeds en 1785; en 1794 en Manchester; y en 1796 en Belfast.

En Nueva York un grupo de comerciantes, crearon una Cámara de Comercio para defenderse de unas medidas adoptadas por Inglaterra, en 1768. Cinco años después se constituyó la Cámara de Comercio de Charleston, en Carolina del Sur. En 1801 se constituyeron Cámaras de Comercio en New Haven (Connecticut), y en Philadelphia (Pennsylvania). Para 1870 se establecieron Cámaras de Comercio en 40 de las principales ciudades de los Estados Unidos.

En Colombia, se creó la primera Cámara en 1878 en Bogotá. Posteriormente la Ley III de 1890 determinó las normas para la creación de Cámaras de Comercio por parte del gobierno, al amparo de esta ley se crearon Cámaras de Comercio en Medellín en 1904; en 1910 en las ciudades de

Cali y Tunja; en Manizales (1913); en 1915 en Bucaramanga Cartagena y Cúcuta y la de Barranquilla en 1916.

Hasta la fecha se han constituido 42 Cámaras de Comercio en todo el país, y mediante la Ley 28 de 1931 se modificó el régimen de creación, y recientemente por el nuevo Código de Comercio, Decreto No. 410 de 27 de marzo de 1971.

Debido al desarrollo de las Cámaras de Comercio fue preciso constituir una asociación nacional que las coordinara y le diera mayor efectividad a su trabajo, fue así, como el 16 de mayo de 1969 se creó la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio "CONFECAMARAS", como entidad autónoma, sin ánimo de lucro y con la participación inicial de las 40 Cámaras de Comercio que entonces existían.

#### FUNCIONES DE LAS CAMARAS DE COMERCIO

Las funciones de las Cámaras de Comercio, las podemos clasificar en funciones relativas al comercio en general, funciones públicas y funciones internas.

Funciones relativas al comercio en general, siendo que el ejercicio del comercio no es sino una forma de administrar el patrimonio o la riqueza de algunas personas, obviamente es función estatal controlar y vigilar la manera como se desarrolla esta función, que aunque particularmente mira el interés privado en su conjunto hace parte del desarrollo económico de un país.

Por eso en el art. 86, los numerales:

- 1) Servir de órgano de los intereses generales del

comercio ante el gobierno y ante los comerciantes mismos.

2) Adelantar investigaciones económicas sobre aspectos o ramos específicos del comercio interior y exterior y formular recomendaciones a los organismos estatales y semifuncionales encargados de la ejecución de los planes respectivos.

9) Organizar exposiciones y conferencias, editar o imprimir estudios o informes relacionados con sus objetivos;

se refieren a "intereses generales de comercio".

**Funciones públicas:** Además de las funciones anteriormente expuestas que corresponden al comercio como actividad económica, la ley ha delegado en las cámaras algunas funciones públicas y desde este punto de vista puede afirmarse que los directores de las Cámaras, que intervienen en ellas ejercen funciones públicas tales son:

1-Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos a que se refiera esta institución (No. 3 art. 86).

2-Dar noticia en sus boletines u órganos de publicidad, de las inscripciones y modificaciones que se hagan en el registro mercantil (No. 4 art. 86).

3-Acompilar las costumbres mercantiles en los lugares de su jurisdicción (No. 5 art. 86); función que hasta donde sepanos nunca han cumplido las cámaras, entre otras cosas por la dificultad práctica de ellas.

4-Servir de tribunales de arbitramento, cuando los contratantes le infieren esa función en virtud de la clau

sura compromisoria (No. 7 art. 86).

5-Nombrar árbitros cuando, las partes en controversia se lo soliciten (No. 6 art. 86).

6-Servir de amigable componedora entre deudores y acreedores, cuando se trate de comerciantes (art. 86, No. 8).

Funciones Internas: Para efecto de estas las Cámaras deberán dictar sus propios reglamentos, elaborar su presupuesto anual, que deberán ser sometidos a la aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio, y rendir a ésta un informe anual, sobre las labores desarrolladas por la Cámara, así como los datos estadísticos que le soliciten.

#### REGISTRO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

El registro mercantil se lleva por las Cámaras de Comercio y es a esas instituciones a donde acudir el empresario a inscribir su establecimiento de comercio.

Una innovación importante que trae el Código de Comercio es la distinción que debe hacerse entre la inscripción o matrícula del comerciante y la matrícula de los establecimientos de comercio.

El primero, es una persona natural o jurídica, los segundos constituyen un conjunto de bienes organizados a través de los cuales se ejerce el comercio.

En otras palabras: un comerciante puede ser propietario de varios establecimientos de comercio y para cada uno de ellos, debe cumplir con la formalidad de matricular

lo, según el No. 2 del art. 32 del Código de Comercio.

Abierto un establecimiento de comercio debe proceder se a matricularlo dentro del mes siguiente en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde está ubicado. Esa solicitud debe comprender: a) denominación del establecimiento, b) dirección; c) actividad principal desarrollada en el mencionado establecimiento; d) nombre y dirección de su propietario o titular; e) si fuere administrado por un factor, su nombre y dirección; y f) si el local ocupado con el establecimiento es propio del empresario o ajeno, (como lo muestra el formulario adjunto).

Esta inscripción presenta como notas dignas de destacarse: la presunción de que el propietario del establecimiento es quien aparece en el registro. Se trata de una presunción legal, susceptible de ser desvirtuada.

Es obligación también de inscribir todo acto en el registro mercantil que modifique o afecte la propiedad o la administración del establecimiento, pues sino se cumple ese requisito de publicidad mercantil, el acto será inoponible a terceros.

Toda matrícula de inscripción debe renovarse en los tres primeros meses de cada año.

Otro aspecto importante que consagra el Código de Comercio también en beneficio de la publicidad del registro mercantil, es la facultad que se confiere a la cámara para abstenerse de matricular un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, mientras este no sea cancelado por orden de autoridad

LLENENE A MAQUINA O CON LETRA DE IMPRENTA (VER INSTRUCCIONES AL RESPALDO)

CAMARA DE COMERCIO

**REGISTRO MERCANTIL**  
**3 ESTABLECIMIENTOS**  
**DE COMERCIO**

106

No. DE ORDEN

[Empty box for No. DE ORDEN]

①  1 MATRICULA No.

2 RENOVACION

[Empty box for MATRICULA No.]

**AÑO 197**



Afiliada a Confecámaras

LOS ESPACIOS SOMBREADOS SON PARA USO EXCLUSIVO DE LA CAMARA DE COMERCIO

Nombre del establecimiento				
Dirección		Municipio		Departamento
-----		[Empty box]		[Empty box]
Teléfono		Apartado	Telégrafo	Año iniciación operaciones
-----		[Empty box]	[Empty box]	[Empty box]

Actividad del negocio		
② [Empty box]		
Nombre o razón social del propietario del establecimiento		Cédula o NIT
-----		[Empty box]
Dirección residencial del propietario		No. matrícula del propietario
-----		③ [Empty box]
Municipio		Departamento
[Empty box]		[Empty box]

No. DE MATRICULA DE LA SOCIEDAD (SI ES AGENCIA O SUCURSAL)			
④ [Empty box]			
<b>CALIFICACION JURIDICA DE PROPIETARIO</b>			
Persona natural <input type="checkbox"/> 1	Anónima <input type="checkbox"/> 4	En comandita simple <input type="checkbox"/> 8	Extranjera <input type="checkbox"/> 3
Sociedad limitada <input type="checkbox"/> 3	Colectiva <input type="checkbox"/> 5	En comandita por acciones <input type="checkbox"/> 7	Otros <input type="checkbox"/> 9
EL LOCAL ES		Personal ocupado	Costos y gastos pagados
Propio <input type="checkbox"/> 1	Ajeno <input type="checkbox"/> 2	⑤ [Empty box]	⑥ \$ [Empty box]
Persona encargada para administrar el establecimiento		Dirección	Ciudad
-----		[Empty box]	[Empty box]

LOS DATOS CONSIGNADOS PODRAN SER CONFIRMADOS POR LA CAMARA DE COMERCIO MEDIANTE LOS DOCUMENTOS QUE ESTIME CONVENIENTES (ARTICULO 36 DEL CODIGO DE COMERCIO)

Cámara de Comercio	ESPACIO PARA USO EXCLUSIVO DE LA CAMARA DE COMERCIO		
	No. RECIBO	Fecha	
	[Empty box]	Día	Mes
Firma y sello del propietario		LIQUIDACION	
-----		DERECHOS DE MATRICULA \$	
-----		OTROS \$	
-----		TOTAL A PAGAR \$	

competente o a solicitud de quien haya obtenido la matrícula.

Quando se omita la inscripción de un establecimiento de comercio se incurrirá en multa hasta de diez mil pesos que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las demás sanciones legales.

Como se desprende de lo anterior, se observa, que la matrícula mercantil está concebida como un medio legal de publicidad de la calidad de comerciante. De aquí que la primera obligación de quien se ocupa de manera profesional de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles sea la de matricularse en el registro mercantil.

---

BIBLIOGRAFIA

FERRARA, FRANCISCO: Teoría jurídica de la hacienda mercantil, trad. de José María Navas, Edit. Revista de derecho privado. Madrid, 1950.

CASANOVA, MARIO: Estudios sobre la teoría de la hacienda mercantil, trad. de José María Navas, Edit. Revista de derecho privado, Madrid.

DI GUCLIELMO, PASCUAL: Tratado de derecho industrial, Tomo I, Edit. Tipográfica Editora Argentina, 1948.

SOLA CAÑIZARES, FELIPE: Tratado de derecho comercial comparado, Tomo II. Edit. Montaner y Simón, S.A. Barcelona.

CARRILLO BALLESTEROS, JESUS M. y MORALES CASAS, FRANCISCO: La propiedad industrial, Edit. Temis, Bogotá, D.E.

NARVAEZ GARCIA, JOSE IGNACIO: Introducción al derecho mercantil, Ediciones Bonnet & Cia; S. en C. Bogotá, D.E.

BONIVENTO FERNANDEZ, JOSE ALEJANDRO: Los principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales, 3a edición. Edit. Presencia, Bogotá, D.E.

VIVANTE, CESAR: Tratado de derecho mercantil, Trad. de Cesar Silió Balans. Madrid, 1932.

PINZON, JOSE G: Introducción al derecho comercial, Edit. Temis, Bogotá, D.E. 1966.

ESCARRA, J.: Cours de droit commercial, Paris, 1952.

CONFECAMARAS: S.D. No. 40. Bogotá. 1973.

CONFECAMARAS: S.D. No. 43. Bogotá. 1974.

APUNTES DEL Dr. ANTONIO LAFONT.

CONFECANARAS: Guía práctica para secretarios ejecutivos.

DI CUGLIELMO, PASCUAL: La invención patentable, Buenos Aires, Edit. Victor P. de Zavalía. 1968.

Código de Comercio: Editorial Temis Bogotá. 1975.

## CONCLUSIONES

Los establecimientos de comercio constituyen una institución básica del Derecho Mercantil que tiene diferentes enfoques según la legislación que los enmarque. Respecto a nuestro país, el Código de Comercio en su título tercero expone no muy claramente, por lo que hay que recurrir a otras legislaciones, al tema de esta tesis.

Debemos reconocer los grandes vacíos que se presentan en este aspecto y procurar que ellos se subsanen. Trato la noción de establecimientos de comercio tocando puntos como la relación establecimiento-empresa exponiendo los diferentes conceptos al respecto; y también me refiero a las organizaciones que se asemejan mucho a los establecimientos de comercio pero que no revisten tal carácter.

Respecto a la naturaleza de los establecimientos de comercio es mucho lo que se ha escrito plánteándose diferentes concepciones por parte de los autores y por ende de las mismas legislaciones; es un caso que no tiene una línea estricta pues varía según el concepto que se presenta en un determinado momento.

Analizando el tercer capítulo, concluyo diciendo la concepción existente en nuestro país y en otras legislaciones sobre las formas de integración de los establecimientos de comercio como entes jurídicos exponiendo sus elementos, la conformación de estos y los puntos de vista desde donde se enfocan material e inmaterialmente.

En el cuarto, me refiero a la protección que merecen estas organizaciones, analizando específicamente la denominada competencia desleal, creo que debe ser objeto de una reglamentación más acorde con las realidades comerciales, especialmente en nuestro país, ya que este tema es tocado

AAA

muy deficientemente, porque a pesar de relacionar los hechos desde el punto de vista de la competencia ejercida por los propios comerciantes, nada se habla de la que llevan a cabo personas que no tienen la calidad de tales, que en la mayoría de los casos es la forma solapada utilizada por los mismos comerciantes para perjudicar a otro.

En el quinto capítulo un punto que es susceptible de crítica es lo relativo al arrendamiento de los establecimientos de comercio, pues mientras el Código desarrolla otros contratos de manera prolija y amplia, el arrendamiento lo somete a una restricción literal, absurda e inadmis<sup>ible</sup>, dejando vacíos que deben ser llenados con las normas de la legislación civil, según lo dispuesto en el art. 20 del Código de Comercio.

Por último se refiere al concepto de Cámaras de Comercio, su historia, sus funciones y además trata lo relativo al registro de los establecimientos de comercio, más concretamente a la matrícula de los mismos.

---

Cartagena, Mayo 10 de 1979

Señor  
DECANO FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
CIUDAD

---

Habiendo sido designado segundo examinador de la Tesis de Grado elaborada y presentada por la alumna LIBIA RAMOS ZAPATA, doy concepto sobre dicho trabajo para cumplir con las disposiciones estatutarias pertinentes.-

El trabajo titulado " ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO" constituye ciertamente un buen aporte a la literatura jurídica, especialmente al Derecho Mercantil. Es de resaltar además, que el tema tratado dispone de una vigencia inusitada, dado que la siempre cambiante costumbre mercantil lo muestra hoy como uno de los puntos en donde mayor influencia ejerce el mundo de los negocios.

Adentrarse en el análisis de la naturaleza jurídica del establecimiento y precisar su comportamiento en el regimen mercantil colombiano, frente a lo que se plantea en otras legislaciones, muestra realmente, como antes dije, un buen aporte que sabrán aprovechar los estudiosos de la materia.

Definir igualmente los elementos que lo integran, el valor jurídico-económico de este conjunto, la protección que el refleja para el comerciante, el proceso de su enajenación y las particulares conclusiones de la exponente Libia Ramos Zapata, lo definen como un trabajo merecedor de los mejores reconocimientos, motivo que induce a recomendarlo para su adopción y aceptación como Tesis de Grado.

113

- 2 -

De Usted, respetuosamente,

EDUARDO PINERES VERGARA

# I N D I C E

174

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

Noción de establecimiento de comercio.....	2
--	---

### CAPITULO II

Naturaleza Jurídica del establecimiento de comercio.....	9
A) Teoría de la Personalidad Jurídica.....	10
B) Teoría del Patrimonio Separado.....	12
C) Teoría del establecimiento de comercio como Negocio Jurídico.....	13
D) Teoría del establecimiento de comercio como Organización.....	14
E) Teoría del establecimiento de comercio considerado como "Universitas".....	16
F) Teoría Atomística del establecimiento de comercio....	18

### CAPITULO III

Composición del establecimiento de comercio.....	21
A) Elementos materiales.....	23
a) El local.....	24
b) Instalaciones, mobiliario.....	26
c) Mercancías, libros de comercio, correspondencia, archivos.....	27
B) Elementos inmateriales.....	31
a) El derecho al arrendamiento del local.....	32
b) El nombre comercial.....	35
c) Las patentes de invención.....	37
d) Las marcas de fábrica.....	41

e) Dibujos y modelos industriales..... 48  
f) La clientela..... 52  
g) El eviamento..... 55

**CAPITULO IV**

Protección legal del establecimiento de comercio..... 59  
A) Protección del establecimiento en su estado de  
unidad económica..... 59  
B) Protección del derecho al local ocupado por el  
establecimiento de comercio..... 63  
C) Protección de la clientela del establecimiento  
de comercio..... 69  
D) Prohibición de la competencia desleal..... 71

**CAPITULO V**

Operaciones sobre establecimientos de comercio..... 78  
A) Enajenación del establecimiento de comercio..... 79  
B) La prenda del establecimiento de comercio..... 85  
C) El usufructo del establecimiento de comercio..... 87  
D) El arrendamiento del establecimiento de comercio..... 88

**CAPITULO VI**

Cámaras de comercio y registro de los establecimientos de  
comercio..... 96

CONCLUSIONES..... 103