UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

TESIS DE GRADO PRESENTADA PARA OPTAR AL TITULO DE DOCTOR EN - "DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES" .

PASTO, JUNIO DE 1.977

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

Por:

CARLOS PEREZ DELGADO.

TESIS DE GRADO PRESENTADA PARA
OPTAR AL TITULO DE DOCTOR EN -
"DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES".

PASTO, JUNIO DE 1.977

PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. JULIO RODRIGUEZ ACOSTA.

PRESIDENTES HONORARIOS DE TESIS:

Sr. FEDERICO PEREZ ALBORNOZ

Sra. ALICIA DELGADO DE PEREZ

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
PASTO - COLOMBIA
No. 20277 Ej. 1
Valor $1000 Vol.
Fecha IX-22-77 Don. Y
Fact. Derecho Canje
Librería Gustav Compr.

DEDICATORIA:

ESTE TRABAJO LO DEDICO A MIS PADRES Y CON ELLOS A MIS HERMANOS, EJEMPLOS DE CONSAGRACION EN SUS LABORES Y CUYO EJEMPLO ME INSPIRA.

"LA FACULTAD NO SE HACE RESPONSABLE DE LAS OPINIONES EMITIDAS EN LA TESIS. LAS CUALES PUEDEN CONSIDERARSE COMO PROPIAS DEL AUTOR".

ACUERDO Nº. 108 DE 1.965 DEL REGLAMENTO INTERNO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO.

INTRODUCCION

Con gran pretensión de mi parte he intitulado este estudio como "DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO", siendo como es claro que para darle dicha enunciación sería menester un tratamiento mucho más amplio, ocurre sin embargo, que la regulación de él, en el Código de Comercio, toca con aspectos de muy variada índole: va desde la constitución de una unidad económica organizada con la complejidad que ella implica, pasando por los bienes que la conforman, la protección de ellos individualmente y del Establecimiento en su totalidad, hasta llegar a la transmisión u otra diversidad de operaciones sobre el mismo.

La variedad de aspectos que se presenta sobre el Establecimiento de Comercio los he tratado en gran manera, pero francamente ellos ameritan una investigación en forma individual. Lo dicho es claro anotarlo en tratándose de los elementos del Establecimiento, pues, cada uno de por sí daría lugar a una excelente tesis, de allí que doy en ésta un tratamiento preferencial al "Arrendamiento de los Locales Comerciales". Lo mismo dígase de las operaciones a efectuarse respecto del Establecimiento en su totalidad.

Las dichas circunstancias anotadas hacen de este estudio, por más amplio que él fuese, una investigación que se quedará corta frente a la voluntad de tratarlo en su integridad. Me he visto, pues, privado de darle a este tema la debida y no por cierto deseada extensión y profundidad. Creo haber cumplido con Ustedes, y conmigo al tratar éste tema que juzgo novedoso y despertará gran interés en quien lo lea. Quiero hacer resaltar tanto la sistematización lograda a través de este trabajo, que servi

rá de puntode partida para nuevas investigaciones, como también el estudio comparativo con otras legislaciones y las citas de autores que son garantía de la investigación realizada.

./.

AN
T
D 347
P 438
g. 1.

PARTE PRIMERA

1. NOCION GENERAL DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO Y BREVE RESEÑA HISTORICA DEL MISMO.

En su forma más general se podría denominar como Establecimiento de Comercio, la unidad económica resultante de la organización o adaptación de los elementos tantomateriales como inmateriales de diverso carácter, encaminados a una utilización conjunta y coordinada, especialmente destinada a la obtención de beneficios y a la satisfacción de necesidades.

De lo dicho se deduce que hay dos formas o modos como el Establecimiento, ente económico, se presenta ante la realidad:

a) El que tiene por fín la consecusión de un provecho, o sea una situación económica favorable, que se representa, algunas veces, en bienes muebles como mercaderías, artículos, o se centra en bienes inmebles como la explotación de minas.

b) Otras veces es prestacion de un servicio. Por otro lado el Establecimiento de Comercio no no se puede concebir aislado, requiere para que marche, ya sean la materia prima o los bienes que le son necesarios para la producción, si su función es tal, o bien la compra de mercaderías en general que consigue en el mercado y luego pone en manos del consumider. Es así como el Establecimiento de Comercio se convierte en un centro de relación de la vida comercial.

Según los países en donde se ha tomado en consideración esta realidad, regulada y plasmada luego en legislación, se la conoce de diversos modos:

Hasta principios del Siglo XIX la noción de Establecimiento de Comercio era totalmente desconocido por el derecho positivo. Aunque ya en 1.838, se introdujo la expresión, fue solo la Ley 28 de Febrero de 1.872, la que empleó con carácter definitivo la denominación de " Fonde de Commerce ", hoy comunmente muy conocida en el derecho francés. Fue pues Francia el primer país que la introdujo, pero solo para efectos fiscales, porque tenía como finalidad el gravar con una tasa determinada los cambios de clientela.

Pero, la dicha Ley en lo que hace referencia al Establecimiento de Comercio no hizo ninguna distinción de ciertos elementos que son de especial interés en la consideración del concepto. De esta manera durante mucho tiempo se concibió al Establecimiento de Comercio sin diferenciarlo de las mercaderías, ni de los elementos materiales que componían el patrimonio del comerciante; fue años después cuando se advirtió que en el Establecimiento de Comercio había elementos que contribuían a darle individualidad especial con valor propio que lo diferenciaba del resto de sus bienes. (1)

Sin embargo, la concepción jurídica del Establecimiento de Comercio, a pesar de la evolución que en el campo del derecho lograba, siempre, a pesar de esto, ha sido motivo de disparidad entre los tratadistas y las legislaciones que lo conside-

ran bajo diversos aspectos.

En España, en virtud de una ley promulgada el 17 de Agosto de 1.934 - la 11.867- se limita casi exclusivamente a reglamentar la transmisión de los Establecimientos de Comercio por venta de cualquier otro título oneroso o gratuito, pero no lo define, ni instituye un sistema general — de él relativo al - Fondo de Comercio. Señala, sí, los elementos constitutivos de - él, declarando que tales son: las instalaciones, las existen - cias en mercadería, nombre y enseña comercial, la clientela, el- derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábri cas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comer - cial, industrial o artística.

En la Legislación española se conoce al Estableci - miento de comercio, con el nombre de " Patrimonio Comercial o A- cervo Industrial ".

En Italia, donde se usa el vocable "L'Azienda", el- código italiano de 1.942 es quizá el que más se ha preocupado por regular esta dinámica institución, así da un concepto instrumental y funcional del Establecimiento de Comercio. En el primer - aspecto la define como " el conjunto de bienes organizados por - el empresario para el ejercicio de la empresa o establecimiento- comercial ". (Artículo 2.555).

En el segundo aspecto lo presenta como " Ejercicio de una actividad económica organizada el fín de la producción o-

---

(1) MALARRIAGA, Carlos. Tratado de Derecho Comercial. Pag. 483.

del cambio de bienes o servicios". (Artículo 2.082).

Costa Rica (1.901), Uruguay (1.904), y Perú (1.916), fueron los primeros países americanos en expedir normas sobre la enajenación de los establecimientos mercantiles. En Uruguay se llama "Casa de Comercio o Establecimiento Comercial", Argentina y Venezuela "Fondo de Comercio". En Colombia se legisla sobre este tema de que tratamos en el año de 1.958 al presentarse un Proyecto de Código de Comercio al Parlamento y le corresponde el Libro III. TítuloI. "Establecimientos de Comercio". cuestión ésta totalmente nueva en el derecho de nuestro país.

2. NOCION ECONOMICA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

Establecimiento de Comercio es un instrumento para explotar una situación económica favorable; consiste en la organización con fines productivos de múltiples elementos que pueden agruparse en bienes, servicios y relaciones económicas.

- Los Bienes.- Son de diferente naturaleza: dinero metálico, efectos de comercio, mercancías, máquinas, muebles, inmuebles, corporales, incorporales. No importa el título en virtud del cual se sirve el titular, importa sí que estén destinados a la función del Establecimiento.

- Los Servicios.- Se concretan en energía laborable empleada por el empresario y sus colaboradores.

- Las Relaciones Económicas.- Se establecen normalmente con los proveedores y la clientela. Hay establecimientos en que las relaciones son con terceros. Dichas relaciones son en ocasiones múltiples en otras esporádicas.

El concepto económico de Establecimiento de Comercio es independiente de la magnitud e importancia de la organización y del objeto de la actividad productiva. Es Establecimiento de Comercio cualquier organización de los factores de producción, por tanto tienen esta calidad, tanto los negocios ambulantes como los Almacenes Ley, Amorel, como las grandes empresas de espectáculos.

3. NOCION JURIDICA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

Para el Derecho no es Establecimiento de Comercio cualquier organización de bienes, de servicios y de relaciones, es decir no poseen relevancia jurídica, ello es así pues el concepto jurídico es más restringido, y por tanto exige que esa unidad de bienes, servicios o relaciones económicas tiendan a cumplir los fines de la empresa.

Nuestro Código de Comercio actual consagra, en su Artículo 515, lo que se debe entender por Establecimiento de Comercio, expresa: " Un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa ". Es decir " un organismo económico compuesto por elementos diversos, utilizado para un mismo objeto mercantil y que puede estar dedicado a -

la producción o distribución de bienes o a la prestadión de servicios y de ahí que adopta distintas modalidades (Almacén, fábrica o factoría, agencia, oficina, sucursal, banco, etc.)

"Ahora bien, ese ante económico es un medio apto para cumplir la finalidad de una empresa porque a través de él pueden desarrollarse una o más actividades mercantiles". (2).

El anterior concepto guarda estrecha armonía con lo expresado en el Art. 2525 del Código Italiano " La Hacienda es el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa ", ello es claro puesto que la noción de - nuestro Código Comercial está inspirado en la legislación italiana. Se trata, pues, de hacer resaltar la idea de la unidad económica, organizada y estable del Establecimiento de Comercio.

Sin embargo, la concepción jurídica del Establecimiento de Comercio ha sido motivo de disparidad, tanto entre los tratadistas, como en las legislaciones; de allí que me parece oportuno traer a colación las definiciones dadas por dos brillantes expositores:

Dice Ferrara:

" Son Haciendas las organizaciones económicas con ap

(2) NARVAEZ, José I., Derecho Mercantil Colombiano. Pag. 144.

titud para producir un rendimiento, con capacidad para crear riqueza independientemente de la individualidad física de las personas que en un momento dado las dirigen. Representan un conjunto de medios para facilitar a un sujeto el ejercicio de una actividad ".

Para Ripert:

"Es una propiedad incorporal que consiste en el derecho a la clientela que está vinculada al fondo por los elementos que sirven para la explotación. Estos elementos son unos de naturaleza corporal: el material, las mercancías; otros de naturaleza incorporal: el nombre, la enseña, el derecho al arrendamiento, las patentes y las marcas" (3).

4. RAZON DE SER DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

Siendo como es el Establecimiento de Comercio una realidad con vida económica propia, era lógico darle la consideración jurídica que se merece. En efecto, el mundo de las relaciones del derecho Comercial hace pensar que esta realidad no debe ser tratada con la indiferencia dada a ella en el pasado.

La economía en sus diferentes aspectos, de producción, distribución y consumo de bienes y de servicios, reclamaba una organización, la cual bajo la forma de un Establecimiento de comercio debería ser protegida por el aparato legal en su unidad

económica organizada, de tal manera que le sea posible la supervivencia en la vida comercial. De allí que los países se han hecho eco de esta necesidad por medio de leyes que la han protegido.

El Establecimiento de Comercio, así ya nacido a la vida jurídica, en razón de la industria, comercio, etc. en fín de la actividad mercantil, ha adquirido una relevancia de tal índole que de no ser por esta institución difícilmente se podría concebir países en desarrollo en donde faltare la infraestructura orgánica y funcional, necesaria para la constitución de la empresa mercantil. El Establecimiento de Comercio es el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa.

5. ESTABLECIMIENTO, EMPRESA Y EMPRESARIO.

Los tres conceptos enunciados concurren a manera de concausas a la producción de lucro. A menudo dan lugar a confuciones, pues no es fácilmente determinable el ámbito en el cual operan cada uno de ellos.

De allí que he considerado necesario hacer claridad sobre los mismos, naturalmente apoyándome en los aportes de ilustres tratadistas.

---

(3) RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Mercantil.- Pag. 321.

En cuanto al Establecimiento se refiere creo menester que algo se ha dicho, y continuaremos más adelante con él.

Respecto de la complejidad de la empresa y de la consiguiente dificultad para dar una adecuada y unitaria concepción de la misma, el jurista Rodolfo Mezzera Alvarez dice:

" Autores modernos como Ripert y Garriguez señalan que, en realidad, todavía no se ha encontrado el concepto jurídico de la empresa. Esto se debe a que la empresa, como fenómeno económico, provoca repercusiones diferentes en el terreno jurídico. Asquini ha hablado de los diferentes perfiles que presenta la empresa cuando se la considera desde el punto de vista jurídico. La empresa tiene un perfil subjetivo, personal, y en este sentido se confunde en parte con su titular, con el empresario. El empresario es el que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o el cambio de bienes o servicios. Se habla entonces de la empresa personalizándola, viendo en ella una emanación de la persona del empresario, y así se dice que la empresa contrata, que es llevada a la quiebra, etc... Tiene también la empresa un perfil funcional que se concreta en la actividad empresaria, la sucesión de operaciones, generalmente de idéntico contenido, organizadas y dirigidas hacia un fin común.

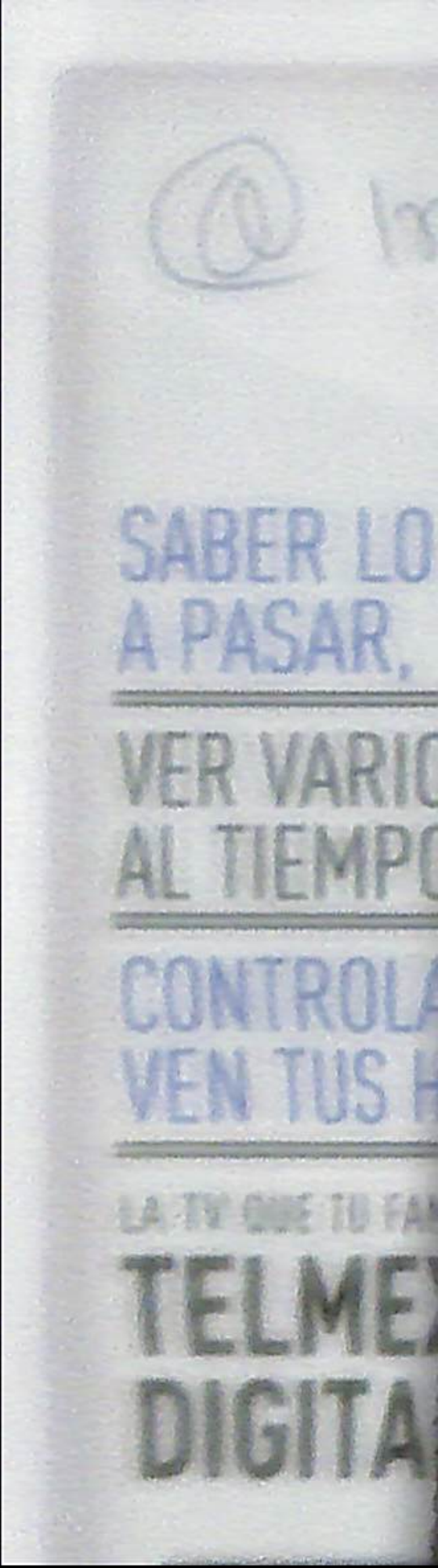
Tiene la empresa un perfil objetivo, y en este sentido casi llega a confundirse con el patrimonio. Por lo menos se la considera como parte del patrimonio de su titular que este dedica al ejercicio de una determinada actividad económica. En es

te sentido la empresa es un conjunto de bienes, de créditos y de deudas, agrupados económicamente por la finalidad a que están - destinados. Finalmente se señala a la empresa un fín institucional. La empresa es una institución, o sí no se quiere adoptar - este concepto discutido, la empresa es una organización. Una organización de personas, asentadas sobre una relación de jararquía Más luego el mismo autor afirma, para concluír: "La Técnica del derecho considera separadamente esos aspectos diversos, de tal - modo que se hace difícil que un fenómeno tan complejo pueda reducirse a una noción única que permita fundar la especialidad del- derecho". (4).

Respecto de nuestra legislación, José Ignacio Narváez dice: " Las legislaciones Civil y Mercantil de Colombia no - defniníán la empresa. El Código Sustantivo del Trabajo decía: " Para los efectos de este Código se entiende por empresa toda- unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a- actividades económicas similares, conexas o complementarias y - que tengan trabajadores a su servicio". (Artículo 194). Más - tarde el Decreto 2351 de 1.965 precisó: "Se entiende como una - sola empresa, toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio". (Artículo 15). Estas definiciones se circunscriben a las relaciones jurídico obrero patronales y por esta razón hacen énfasis en los trabajadores subordinados y por contera, confunden el concepto de empresa con el de establecimiento de comercio. En realidad la empresa es una actividad económica organizada.

" Dentro de la confusión del fín (la empresa) con - el medio idóneo (el establecimiento de comercio), la Corte Suprema de Justicia, fijo su criterio en dos fallos. El primero de - fecha 12 de Julio de 1.951, en el que expresó: " El concepto de empresa se configuró con el resurgimiento de la actividad industrial en el mundo, aunque ya habían — ap-arecido discretamente- en la actividad agrícola en masa, anterior históricamente a la - Industria y Comercio. Pero fue en aquel resurgimiento cuando el concepto de empresa, y como afirmación del Derecho Comercial, tomó el sentido o uso doctrinario y el legislativo de implicar: " Toda actividad sistemáticamente dirigida a la conclusión de determinados contratos, sea respecto del consumidor de productos y servicios, sea respecto del trabajador, sea respecto a intereses públicos generales ". De ahí que la jurisprudencia universal - así como las legislaciones, entre ellas la Colombiana, hayan a - doptado como concepto de empresa el de " toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma- persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas conexas o complementarias ". Estos conceptos corresponden al consignado en el Artículo 2060 del Código Civil y en las le - gislaciones laboral y comercial ". (Gaceta Judicial, Tomo LXX - Sentencia de Casación. Pag. 38).

"Al segundo fallo corresponde el siguiente acápite: " La empresa no es el simple conjunto de medios de producción, - ni una mecánica juntura de cosas materiales, inertes y sin vida; es una universalidad, dentro de una unidad jurídica con perspectivas hacia el futuro y con experiencias valiosas, es una organización económica de elementos heterogéneos en que se conjugan


SABER LO
A PASAR,
VER VARIO
AL TIEMPO
CONTROLA
VEN TUS H
TELMEX
DIGITA

las cosas materiales con las no materiales como el crédito y el esfuerzo de inteligencia y tenacidad, unos y otros apreciables como el capital; es un ente con vida propia que no puede disgregarse sin perder su fisonomía y sin aniquilarse económicamente. De modo que todo lo cual resulta que para fijar el valor de una empresa hay que tomarlo como una unidad con precio global". (Gaceta Judicial, Sentencia de Casación LXXXVI, 1.962. 3a. Edición). (5).

Según nuestro Código de Comercio en su Artículo 25 dispone: " Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción , transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. La dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio ".

En conclusión diríamos pues que el Establecimiento de Comercio es una unidad económica y patrimonial con relativa autonomía, que puede formar parte de una empresa o constituírla por sí solo. Una empresa puede realizar sus finalidades económicas a través de uno o varios Establecimientos mercantiles. En este último evento los Establecimientos son partes integrantes de la unidad de explotación económica llamada empresa.

Es necesario aclarar, sin embargo que el concepto de empresario hace relación a la persona natural o jurídica, sujeto de derechos, que se titular de la empresa; la de empresa -

---

(4) MEZZERA, Rodolfo A. Curso de Derecho Comercial. Pag. 38.

que es una actividad económica organizada para un determinado - fín; el de establecimiento de comercio, que es un conjunto de - bienes organizados que sirven de medio a la actividad de la em - presa para conseguir el fín que se persigue.

---

(5) NARVAEZ, José I. Derecho Mercantil Colombiano. Pag. 75-152

PARTE SEGUNDA

CAPITULO I.

6. ELEMENTOS DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

El Establecimiento de Comercio, hemos visto, es un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico (Artículos 515,516, C.Co.)

Hay diversas clasificaciones o categorías de bienes así: cosas y derechos por un lado (activo) y obligaciones mercantiles por otro (pasivo), integran el llamado patrimonio mercantil, el cual no está separado por una línea tajante del resto del patrimonio del titular. No constituye, pues un verdadero patrimonio separado, como lo veremos luego. Los variadísimos elementos de este patrimonio pueden agruparse en las categorías siguientes:

a) Derecho de arrendamiento.
b) Derecho de propiedad industrial, literaria y artística.
c) Otros derechos, como los créditos, derechos reales, derechos sociales.

Según la materialidad, clasificamos estos elementos que integran la casa comercial en:

a. Corporales.
b. Incorporales.

6.1 DE ORDEN MATERIAL.

Estos elementos son de diversas clases: inmuebles, instalaciones y mobiliario, máquinas, utencilios materias primas, dineros, títulos, valores, etc.

Son tan primordiales los elementos corporales dentro del Establecimiento de comercio para el Profesor Gabino Pinzón, - que afirma: "El establecimiento de comercio, como económicamente apto para el desarrollo de una actividad comercial, no puede subsistir y no tiene esa aptitud sin el concurso de elementos materiales o bienes corporales, estos comunican forzosamente su naturaleza a la unidad o conjunto organizado de los distintos elementos". (6).

6.2 DE ORDEN INMATERIAL.

Consisten en meros derechos carentes de elementos percibidos por los sentidos, por ello afirma - también Gabino Pinzón: " Son ciertamente factores muy importantes, ya que aumentan o estimulan la productividad de la empresa- industrial o comercial, pero en su valor económico está subordinado a su explotabilidad material, o sea, a la posibilidad de - producir resultados tangibles que superan su concepción puramente intangible. (6).

Son derechos en general incorporales: el nombre -

comercial, rótulo o muestra distintiva y el derecho al local a - rrendado; puede agregársele la propiedad industrial, marcas de- fábricas y de comercio, patentes, dibujos y modelos industria - les, propiedad intelectual, enseña, derecho a la clientela, etc.

Siendo, como son, estos elementos de tan variada mo dalidad, hubo de recogerse o agruparse, y para tal efecto el Art. 516 del C.Co. hace la enumeración de ellos, como integrantes de n un establecimientode comercio.

Como se comprenderá de lo dicho analizaremos estos- elementos haciendo notar que para cada uno de ellos habría lugar a elaborarse un buen trabajo de tesis o monografía, sin embargo- el estudio de ellos há sido minucioso como se verá por el inte - rés y motivación que va despertando su estudio a medida que se - siente inmenso en este tema, que ha juzgado apasionante.

Ahondaremos el estudio y principalmente respecto al contrato de arrendamiento, por ser hoy, precisamente, un tema de mucha actualidad, debatido y de interés general.

6.3 LA ENSEÑA O NOMBRE COMERCIAL.

Del mismo modo que el nom bre civil sirve para identificar o individualizar una persona, - dentro de su respectiva comunidad y en los diversos puntos de la

---

(6) PINZON, J. Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Pag. 238 - 240.

tierra, el nombre comercial también permite, y ello es el motivo de su existencia, que se pueda determinar o designar la empresa, para diferenciarla de otra u otras. Es este nombre comercial uno de los elementos constitutivos del Establecimiento de Comercio.-- Podríamos decir que, en estricto sentido, se llama nombre comercial, el uso del nombre y apellido personal, o de un seudónimo - ya se trate de los propios o del actual propietario o de otro anterior que lo ha cedido, para individualizar uno o más establecimientos de comercio. Genéricamente empleado, comprendería la razón social.

La razón de su surgimiento fue debido al incremento de la industria para que los hombres pudiesen señalar los productos de su ingenio.

Pedro Breuer Moreno dice: " Nombres comerciales, - lato sensu, son los adoptados por los comerciantes (personas de existencia visibles o sociedades) para distinguir el conjunto de sus negocios o el local donde trabaja. Son nombres comerciales, la firma o razones sociales bajo las cuales se efectuan actos de comercio y las muestras y enseñas que identifican el local o locales donde el comerciante nogocia". (7).

Observando detenidamente este concepto es obvio concluír que los alemanes tienen este criterio debido a que el Establecimiento de Comercio en su País se identifica íntegramente -

---

(7) BREUER MORENO, Fernando. Tratado de marcas de Fábricas. págs. 121.

con el nombre comercial llamado "Firma", hasta tal punto, que la cesión del Establecimiento se realiza mediante la cesión de la firma.

De otro lado Ferrara dá al nombre una explicación económica, con las siguientes consideraciones: " Implica el nombre comercial una doble exigencia. La primera es la necesidad de una tutela absoluta del nombre, aún el caso de homonímia, porque no debe consentirse que el competidor lleve el mismo nombre para utilizar la clientela ajena ".

" En la segunda necesidad, es caso de transferencia de la hacienda, de que el sucesor utilice del mismo nombre comercial, para evitar realmente la dispersión de la clientela, a la que en su mayor parte, se debe el valor de la organización, y evitar realmente 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 ". (8)

En nuestra legislación conviene poner de manifiesto que en la mal llamada etapa de recapitulación y ajustes finales, se introdujeron modificaciones desmejorando notablemente la concepción inicial del proyecto de 1.958 y la adoptada por la Comisión Revisora. En efecto, entre los bienes presumidos por la Ley como integrantes del Establecimiento, a falta de estipulación concreta, la Comisión propuso: la enseña o el nombre comercial y las marcas de producción, de distribución y de servicios.

---

(8) FERRARA, Francisco. La Hacienda Mercantil. Pág. 164.

Estos enunciados fueron sustituídos por lo congrado en el Artículo 516 del Código de Comercio, pero debemos criticarlo, en primer término por excluír las marcas de distribución- y en segundo término por asimilar la enseña al nombre comercial, cuando en verdad no siempre significan lo mismo, pues lo primero (enseña) se define como un símbolo génerico o una expresión característica, plástica, figurativa, o nominativa. Cuando es nominativa puede ser una divisa, un lema, un eslogan o una leyenda a la cual se le atribuye capacidad de identificación; o también como lo señala el Código de Comercio, el signo que utiliza una empresa para identificar su Establecimiento; sin embargo, interpretando el concepto, diríamos que no solo se refiere a empresas; nombre comercial, es también el empleado por los clubes, etc. En cambio ateniendonos a lo dicho por el código de comercio " Se entiende por nombre comercial el que designa al empresario como tal ". El mismo inciso primero del Artículo 516 del Código de Comercio sigue señalando los demás signos marcarios y por ello decimos, "os de producto una marca", cuando identificamos un bien material que resulte de la actividad comercial, industrial o agrícola, mediante la transformación de la materia; o como lo precisa el Artículo 583 del Código de Comercio. "Se entiende marca de productos todo signo que sirva para distinguir los productos de una empresa de los de otra", ya sea denominaciones, palabras, dibujos, cifras, sellos, etc.

- ADQUISICION DEL DERECHO AL NOMBRE.

El derecho sobre el nombre se adquiere por el uso, sin embargo para efectos probatorios y de -

publicidad, se puede solicitar que la División de Propiedad In - dustrial tome nota de que alguna persona cree ser propietario de un nombre, para lo cual expide un certificado de depósito que - apareja las siguientes consecuencias:

1. No constituye un derecho sobre el nombre.
2. Hace presumir que el uso comenzó en el día de la presenta - ción de la solicitud.
3. Hace presumir que los terceros conocen la existencia del + nombre desde la fecha en que el certificado de depósito sea publicado en la gaceta de propiedad industrial.

- <u>EL TRIBUNAL FRANCES LE ATRIBUYE AL NOMBRE LAS SIGUIENTES FUN - CIONES</u>:

a) Puede ser la forma que utiliza el comerciante para- suscribir sus compromisos.

b) Puede ser la enseña, se trata de un elemento que - tiende a servir de vinculación sobre la cli ntela,- puede ser cedido; en tratándose de las enajenacio- nes se sobre entiende, salvo acto en contrario.

- <u>REQUISITOS</u>:

El nombre comercial debe ajustarse a estos princi - pios:

1. <u>Verdad</u>.- Se manifiesta en el contenido del nombre; la ley- exige que esto sirva de identificación del empre-

sario indicando en consecuencia a la persona que-
responde bajo aquella firma.

2. Novedad.- Supone que el nombre sea diferente al usado en el comercio, es decir que no puede ser confundido con otro.

- COMO SE ADQUIERE.

De acuerdo con nuestra legislación colombiana el derecho sobre el nombre se adquiere por el primer uso sin necesidad de registro. Sin embargo, puede hacerse la solicitud de depósito y si ésta reune los requisitos de las marcas — — se ordenará la concesión del certificado de depósito y se publicará.

No obstante, si el nombre ya estuviere depositado - para las mismas actividades, la Oficina de Propiedad Industrial- rechazará la solicitud.

- NATURALEZA JURIDICA.

Carnelutti y Casanova niegan al nombre comercial su calidad de bien con protección jurídica y por ende no conciben que sea objeto de derechos reales. Concretamente Casanova afirma que no existe el derecho de propiedad al nombre, ya- que carece de relación con el objeto independientemente y exclusivamente, cosa que caracteriza a la propiedad.

Otros Autores afirman que el nombre es un bien con-

protección jurídica y basan sus tesis en la teoría del dominio.

Ferrara sostiene que hay una verdadera propiedad -- sobre un bien inmaterial, que constituye un bien instrumental, - que responde a una necesidad, que tiene una economía como lazo - en la clientela y posee protección "erga hommes".

Nuestra legislación le reconoce al nombre comercial- un depósito, como hemos dicho, más no un derecho. Ese depósito- se extinge con el retiro del comercio, por parte del titular, la terminación de la explotación del ramo del negocio para el cual- se destine o la adop-ción de otro para la misma actividad. (Artículos 605 y 610 del C. de Co.).

El nombre Comercial solo puede transferirse con el- Establecimiento de Comercio o la parte del mismo designada con - ese nombre, pero el cedente puede reservarlo para sí al ceder - el establecimiento. La cesión deberá hacerse por escrito.

- PROTECCION AL NOMBRE COMERCIAL.

La Ley 5a. de 1.936, en su Artículo 16 establecía las siguientes prohibiciones:

a) Prohibición de hacer o adoptar el nombre comercial idéntico o engañoso o semejante al adoptado por otro fabricante, industrial, comerciante o agricultor dedicado al mismo ramo.

b) Prohibición de hacer, registrar o depositar una marca - cuyo elemento distintivo principal esté formado por todo o parte esencial del nombre comercial legal y anterior - mente adoptado y usado por otra persona natural o jurídi ca domiciliada o establecida en cualquiera de los esta - dos contratantes y dedicado a la fabricación o comercio- de productos o mercancías de la misma calidad a que esté dedicada la marca.

Nuestro actual Código de Comercio establece las siguientes prohibiciones:

ARTICULO 608.- "No podrá utilizarse como nombre comercial una denominación que sea contraria a las- buenas constumbres o al orden público, o que pueda engañar- a los terceros sobre la naturaleza de la actividad que se - desarrolla con ese nombre".

ARTICULO 607.- "Se prohibe a terceros el empleo de un - nombre comercial o de una marca de produc tos o servicios, que sea igual o — similar a un nombre comercial ya usado para el mismo ramo de negocios, salvo cuando se tra ta de un nombre que por la leu le corresponde a una persona, caso en el cual deberán hacerse las modificaciones que evi - ten toda confusión que a primera vista pudiera presentarse".

Las infracciones a tales prohibiciones están sancionadas y el perjudicado por el uso de un nombre comercial podrá -

acudir ante el Juez civil de la localidad y el juicio se tramitará por el procedimiento abreviado establecido en nuestro Código de Procedimiento Civil. (Artículos 415 a 421.)

6.4 EL ROTULO.

Es el signo distintivo del local y resulta de la colocación de una placa a la entrada del mismo; su contenido puede reproducir el nombre, firma del comerciante o el nombre propio, o referirse a la situación del Establecimiento, puede también constituír aunque es raro, una figura; el rótulo ha de ser original y tener capacidad sistintiva y novedosa. El derecho sobre el Rótulo se adquiere por su creación, la cual normalmente tiene lugar con la colocación de la placa o con la propaganda anterior a la apertura del negocio.

El comerciante retirado no puede impedir que lo use cualquier persona o sea el primero que lo ocupe, no tiene derecho tampoco consecuencialmente a pedir indemnización.

6.5 LAS MARCAS DE PRODUCTOS Y DE SERVICIOS.

Se quiere con la marca proteger a los establecimientos de comercio contra la posible competencia desleal y garantizarle a los propietarios el exclusivo derecho sobre el dominio o control de un nombre, muestra, emblema o distintivo, respectivamente.

El concepto "Marca", ha sido analizado o visto desde diversos puntos de vista. Así tenemos:

La Ley Española de 1.902, la define a la marca: "Se entiende por marca todo signo y medio material, cualquiera que sea su clase y forma, que sirve para señalar los productos de la industria y el trabajo, que con el objeto de que se las nonozca y distinga sin que pueda confundirse con otras de la misma especie".

Breuer Moreno dice a este respecto " La marca es un signo característico con que el industrial, el comerciante o el agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola ",agrega: " La marca se identifica con el producto que distingue y desde luego cuanto mayor es la difusión y aceptación de ese producto, mayor valor adquiere aquella por su titular.

"Simultáneamente la marca sirve para propender a esa difusión, pues que fácilmente es recordada por la clientela". (9).

Para Vivante la marca se considera como todo signo o medio material, cualquiera que sea su clase y forma y que sirve para señalar, distinguir de los similares, los productos de la industria, el comercio y el trabajo.

Ahora bien, en nuestra legislación anterior no se

definía las marcas y solo se ocupa de ella en su artículo 583 - del Código de Comercio, Capítulo II. "Signos distintivos", pero no da un concepto integral de ella debido a que se ocupa separadamente sobre las marcas de producción o productos, marcas de - servicios, y de las marcas colectivas. A la primera y segunda - definición corresponde el criterio que caracteriza a los productos de una empresa respecto de los otros y la tercera tiene encuenta el origen y control ejercido en la utilización de la marca. (Numerales 1,2,3 del citado Artículo).

En la actualidad la marca se tramita ante la oficina de Propiedad Industrial, en donde se presentará un memorial - en el cual se indique el nombre y domicilio del solicitante, la- descripción de la marca con la enumeración clara y completa de - los productos o servicios para los cuales solicite el registro y la reproducción de la marca.

Para mayor claridad y amplitud del tema, eljurista- David Rangel Medina, da un concepto sobre la marca dice: "La - marca consiste en el signo distintivo usado especialmente por el industrial, productor o su concesionario para distinguir los pro ductos salidos de su empresa o creados por el fabricante y para- determinar el Establecimiento, fábrica, o taller que los elaboró". (10).

---

(9) BREUER MORENO, Fndo. Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio. Pág. 31-32.

(10) RANGEL MEDINA, David. Tratado de Derecho Marcario. Pág. 246

6.6 LA PATENTE DE INVENCION.

Denominamos con esta expresión el derecho de explotación exclusiva que concede el Estado por un cierto tiempo, al Autor de un invento que tenga aplicación industrial la cual puede consistir en la creación de un nuevo producto, o en la elaboración de un procedimiento nuevo para la fabricación de - productos ya conocidos. Acertadamente afirma el profesor Gabino-Pinzón:

"La patente no puede significar, en ningún caso una concesión o privilegio estatal, sino un título que acredita este hecho ante terceros, el derecho del inventor, sea para la utilización- o para la defensa de tal derecho ". Vale decir, la patente viene a ser como la materizalización del acto administrativo por el - cual se reconoce la existencia de una situación jurídica subjetiva o individual.

En lo tocante al Establecimiento de Comercio, cuando se presenta el caso de su enajenación,culaquier patente vinculada a él se entenderá, salvo estipulación en contrario, transmitida - con él.

De otro lado la Ley 31 de 1.925 en sus Artículos 1 y 4 equiparan los conceptos de invento y descubrimiento, pero en - verdad como lo anota el Jurista Agustín Ramella, son distintos: - " El descubrimiento supone una cosa ya existente, la invención, a su vez, supone una cosa nueva que no existe con anterioridad. - Por lo primero, se pone de manifiesto, se reconocen objetos, fenómenos y propiedades de los cuerpos, cuya existencia no estaba aún

comprobada, pues había escapado a la observación ajena; por lo segundo se crean nuevos efectos técnicos con la idea de satisfacer necesidades económicas, cambiando y utilizando fuerzas de la naturaleza". (11).

Un ejemplo, creo, nos daría luz a este respecto: Se descubre por una persona que la utilización de determinada planta tiene cualidades medicinales excepcionales contra la cura del cáncer.

Nos hallaríamos, pues, ante un descubrimiento que no sería factible de patentarse pues no concede privilegio alguno. Ello es debido a que para la utilización de dicha planta en forma efectiva no se hace necesario un proceso adicional o químico; en el caso de que sea necesario dicho proceso, en el producto (planta) dicho invento sí sería susceptible de explotación exclusiva de su autor, aunque no el remedio mismo que de allí resultó; en Colombia las drogas no son patentables, dígase lo mismo de los descubrimientos de carácter científico.

Con todo mucho ha discurrido la doctrina en torno a esta cuestión, pues por lo general las diversas legislaciones no definen la invención, limitándose a hacer una enumeración de lo que es susceptible de patente, o a declarar que tienen derecho a la —— —— tutela jurídica las que son nuevas y susceptibles de aplicación industrial.

---

(11) RAMELLA, Agustín. Tratado de la Propiedad Industrial. Pág 58.

En nuestra legislación no se define, como dijimos - antes, la patente, únicamente se trazan las pautas para llevar a ella.

La patente no solo cobija ese derecho exclusivo del autor del invento a ponerlo en práctica y obtener provecho sino- que ese derecho o facultad se hace extensiva a la producción y - comercio del producto al cual se refiere el invento.

6.6.1. REQUISITOS PARA LA OBTENCION DE LA PATENTE.

a) La invención debe ser nueva, es decir, que - antes de la demanda la patente no haya sido- divulgada en forma que pueda recibir aplica- ción.

b) Que antes no se haya presentado demanda so - bre la misma invención ni concedido patente- válida.

c) Que la patente no sea ilícita o contra las - constumbres mercantiles.

d) Que la patente tenga aplicación industrial.

6.6.2. MODO DE ADQUIRIR LA PATENTE DE INVENCION.

La solici

tud de patente deberá presentarse ante la Oficina de Propiedad - Industrial y deberá contener el nombre, el domicilio, y la residencia del solicitante y del inventor, si fuere el caso, título de la invención, descripción completa de la invención, detalles completos del alcance de la novedad. Artículo 543 del Código de Comercio.

- DURACION DE LA PATENTE DE INVENCION.

El término máximo de duración de la Patente de invención no podrá exceder de doce años. - Inicialmente solo se concede por ocho años, que se contarán desde la fecha de la resolución que adjudica el derecho a la invención. El titular de la patente deberá tener derecho a prórroga por cuatro años más; hay que demostrar sin embargo que se está explotando la invención, o que se ha explotado en el último año.

- PROTECCION LEGAL DE LA INVENCION.

El derecho exclusivo conferido por la patente comprende tanto la fabricación o explotación como la prohibición a los terceros de explotar la invención patentada, esta última determinada en el Artículo 552 del Código de Comercio.

6.7 DEL DERECHO AL LOCAL EN RAZON DE LA ENAJENACION DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

La importancia de este elemento -

es evidente, esencialmente en el comercio, pues la prosperidad del Establecimiento de Comercio depende en gran manera del local, ello - por razones, que como se verá en esta exposición, no son solo sobre la clientela lograda sino también de las dificultades de conseguir otros en sectores comerciales etc.

Es un derecho al local, así denominado al derecho - del empresario arrendador de gozar de ciertos derechos emanados de su calidad de tenedor del local donde tiene establecido su - fondo.

Radica su importancia en el avance y progreso creciente del comercio y que requiere locales apropiados y de los - que no siempre es su propietario quien les da valor económico, - sino que incrementa su valor el negocio próspero que los apresti gia. A este respecto y con mejores palabras el profesor Gabino-Pinzón hace resaltar este hecho: " La situación de un local, la clientela que lo frecuenta, el prestigio o buen nombre que se le haya dado por el empresario, la dificultad de la misma consecución de locales similares etc., son circunstancias que influyen- decisivamente en la apreciación de este elemento o derecho que - le comunican un innegable valor económico. Tenemos que entratándose de una clientela de barrio, aparece como esencial este elemento incorporal, porque si encontramos además los otros elementos que hayan valorizado al establecimiento, nos obliga afianzar- esta necesidad el hecho de las tradicionales "primas de locales" siendo la excepción el caso del vendedor ambulante".

Tan evidente es esta realidad que hoy por hoy, las-

legislaciones modernas tienden o se orientan a mantener la unidad del establecimiento Mercantil, regulando y protegiendo al empre - sario (arrendatario) que ordinariamente explote el local, que de- no hacerlo, se verían privados de un elemento esencial del Esta - blecimiento que podría evocarlos a su liquidación o en el mejor - de los casos ceder a las pretensiones del arrendador.

6.8 DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES MERCANTILES DERIVADOS DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DEL ESTABLECIMIENTO, SIEMPRE QUE NO PRO VENGAN DE CONTRATOS CELEBRADOS EXCLUSIVAMENTE EN CONSIDERA- CION AL TITULAR DEL ESTABLECIMIENTO.

Estos derechos y obligaciones nacidas, como es cla - ro, de la actividad del Establecimiento de Comercio, también for- man parte de los elementos de él y por tanto se puede negociar so bre ellos. Asi el Establecimiento de comercio puede ser adaquiri do en razón de la enajenación del mismo, en dicha circunstancia - los contratos que se hayan celebrado en razón de ella harán parte del Establecimiento, siempre y cuando no hayan sido concedidos en consideración de la persona propietaria del negocio o Estableci - miento de comercio.

Este principio consagrado en nuestro Códigoha sido - inspiración de lo previsto sobre esta materia en el Código Italia no que orientado en la idea de la empresa como actividad por orga nizada y relativamente estable consagra normas tendientes a impe- dir la disgregación de la unidad económica formada por el Estable: cimiento.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

Es así como nuestra legislación establece la sustitución del adquirente del establecimiento de Comercio, en tratándose de los contratos pendientes, todo ello con el fín de que se realice una verdadera sustitución de patronos, que supere o mejore la prevista en el derecho laboral vigente; en los contratos de trabajo tenemos su mayor aplicación. (Ver parte Quinta).

6.9 LA CLIENTELA.

Pese a que el Código de Comercio no la menciona en el Artículo 516, trataremos de explicarlo y darle la gran importancia que en la realidad comercial tiene.

La clientela no es una realidad material, ni un vínculo directo, determinado y concreto, sino que ante una acción del Establecimiento, hay la reacción que se produce en el ambiente a través actitudes concretas de las personas con el negocio, que son por su índole de permanencia objeto y elemento del Establecimiento. La clientela, está representada por un conjunto de relaciones jurídicas que originan una legítima expectativa fundada en la experiencia.

En los hechos, la clientela se manifiesta en el grupo más o menos coherente y más o menos homogéneo de personas o entidades que comercian con una empresa.

Tiene significación jurídica por las circunstancias

de que las personas se vinculan jurídicamente con el Establecimiento.

Es la clientela, como un bien inmaterial o incorporal, inconcréto que se va formando con la actividad del Establecimiento de comercio en mayor o menor grado, según las mayores o menores ventajas que él ofrezca al público; y no obstante su carácter de bien incorporal puede ser objeto de apreciación pecuniaria, porque, cuanto mayor es su volumen mayor será su valor.

La clientela está constituída por el conjunto de personas que mantienen con el Establecimiento Comercial relaciones mercantiles habituales, en forma personal o por intermedio de terceros corredores, comisionistas, etc., o por correspondencia. Es elemento esencial para la existencia del Establecimiento comercial, al que va indisolublemente unido, por lo cualcuando se enajena el mismo, se toma en cuenta la clientela paradarle un valor pecuniario específico que forma parte del precio.

" Se ha formulado la pregunta de si tiene el comerciante derecho a su clientela. Sería aventurado afirmar, rotundamente, que el tiene derecho o le asiste facultad alguna sobre sus clientes, dada la notoria libertad personal de estas para elegir el Establecimiento Comercial donde surtirse (salvo caso de existir una exclusiva de venta sobre determinado artículo), pero si puede el comerciante ejercer ante su competencia el derecho de impedir le sea desalojada, alejada o arrebatada su clientela, por medios fraudulentos, de competencia desleal; (por actos de confusión, denigración, usurpación, etc.), y es sólo en este ca-

so o en este sentido que es viable y admisible hablar de "Propiedad de la clientela", y protección jurídica de la misma (12).

6.10 DE LA FAMA COMERCIAL.

Dicha expresión más conocida entre los norteamericanos y en gran medida en nuestro medio comercial como good-will o aviamento, es la aptitud de la empresa merced a la acertada organización de sus elementos, para rendir beneficios económicos. Se trata de una aptitud objetiva para obtener el resultado económico perseguido.

Según clara opinión del jurista Mario Casanova la clientela es: "Público al que la Hacienda de sus productos o presta sus servicios. Depende de la organización de la Hacienda objetivamente considerada, del lugar en que está la sede de la actividad mercantil como por ejemplo ocurre con negocios situados en el centro de la ciudad. Otras veces, por el contrario, es el nombre comercial, cargado de prestigio o la persona del titular los que influyen sobre la formación y continuidad de la clientela, otras en fín pueden ser decisivas la personalidad de un colaborador". (13)

El fenómeno de fama comercial, según opinión del Jurista Emilio Langlé produce: "... la explotación una vez recibida el impulso inicial del empresario, continúa marchando incluso cuando aquel falta".

---

(12) LANGLE, Emilio. Manual de Derecho Mercantil. Pág. 40

En este sentido la empresa aviada, comparábase por Carnelutti, con un vehículo que, por la fuerza de la inercia corre por sí después de recibir el primer impulso; como también con la cuerda del reloj, que acumula energía humana. El nuevo propietario que quiere conservar el aviamento, dice, se esconde en vez de mostrarse y continúa los procedimientos del antiguo.

La capacidad de rendimiento de la empresa aviada tiene gran importancia, puesto que representa riqueza. Es esto tan relevante que algunos insignes maestros como Lehmann, Vivante y otros, vieron en el aviamento el elemento esencial de la empresa, juzgando accesorios los demás. En la fijación del precio, el aviamento puede ser valorado muy alto y con independencia de los elementos materiales. Es en fín una nueva riqueza.

También se le niega a la fama comercial la posibilidad de determinarsele un precio o valor ante el mercado de la oferta y la demanda, puesto que por ser un elemento o producto muy peculiar de la empresa, no sería suceptible de valoración en serie y de hallarse un artículo idéntico que lo sustituya, no sujeto a competición, pues no existen pluralidad de ofertas.

6.10.1. DIVERSAS TEORIAS.

Para Alfredo Rocco: "El Establecimiento de Comercio no es una simple reunión de capitales y de trabajo sino, la organización de ellos para los fines productivos, y esto nos explica que el valor económico del Estableci -

cías, un local bien situado y dispuesto en que se ejercite el - comercio.

b) El valor del trabajo, capacidad de los directores técnicos,- empleados y operarios del Establecimiento.

c) Empuje dado a la organización (habitualidad y confianza al - público).

De donde aviamente es la capacidad de la Hacienda,- por su composición y empuje dado a su organización económica para producir beneficios al empresario. (15).

6.11. EL DERECHO A IMPEDIR LA DESVIACION DE LA CLIENTELA Y PROTECCION DE LA FAMA COMERCIAL - DE LA COMPETENCIAL DESLEAL.

Ni el código Francés, ni los que en el se fundamentan como el italiano, contemplaron lo relativo a la competencia- desleal. Uno de los primeros países que se preocuparon pro regular esto fué Alemania con su Ley 27 de Mayo de 1.898 y reconocida luego jurisprudencialmente por Francia e Italia, con el principio de que nadie puede causar daño a otro bajo pena de repara-

---

(14) ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil, Pág. 238

(15) CARNELUTTI. Valor Jurídico de la Nociene de la Azienda Comerciale. Pág. 156.

ción.

A partir de entonces se notó una tendencia a considerar la competencia desleal y reprimirla legalmente. Fue así como el convenio celebrado en la Haya el 6 de noviembre de 1.925 se dispuso sancionar: " Todo acto contrario a los usos honrrados en materia industrial o comercial ", señalando como ejemplo el descrédito de los productos ajenos y el crear confusión entre los propios y los del consumidor.

Por su parte el Derecho Español, la define así en su artículo 131: " Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse de las ventjas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente ley ".

Por su parte la Convención General Interamericana reunida en 1.929 en Washingtón sobre protección marcaria y comercial y adoptada por la Ley 59 de 1.936, considera como acto de competencia desleal: " Todo acto o hecho contrario a la buena fé comercial o al normal y honrrado desenvolvimiento de la actividad industrial y mercantil, será considerado como competencia desleal y por tanto injusto y prohibido ".

En nuestro país la competencia desleal viene siendo estudiada y protegida desde la Ley 31 de 1.925, dicha ley la definía en los siguientes términos: "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 confu

sión , tiende a desacreditar un establecimiento rival ".

La anterior definición se superó más luego por la L Ley 155 de 1.959 que ha dicho en su Artículo 10: "Constituye - competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial, y al honrrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas ". Esta- figura de la competencia desleal está reglamentada en el artículo 75, enumera las conductas que constituyen competencia desde - al.:

1. Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un- competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios.

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

3. Los medios o sistemas encauzados a obtener la desviación - de la clientela siempre que sean contrarios a las constum - -bres mercantiles.

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

5. .....
6. .....
7. .....
8. .....

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 buenas-constumbres mercantiles.

Este último numeral deja abierta la posibilidad de-que hay otros hechos que la pueden constituír también, pero según lo expresado "procedimientos similares" y que sean "realizadas - por un competidor" en detrimento de otros o de la colectividad- y "siempre" que sean contrarios a las buenas constumbres mercantiles. Es decir, al juez es quien tiene que promover en su despacho un proceso ordinario para declarar y condenar al comerciante o industrial por competencia desdeal. Claro está encuadrado el hecho dentro de los requisitos mínimos.

El perjudicado por actos de competencia desdeal - tiene acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y para que se conmine al infractor a fín de que no vuelva a realizar tales actos desdeales o ilícitos. Para el caso de retención se aplicarían multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos o la pena accesoria de arresto. Si se dictáre sentencia condenatoria se impondrá la pena accesoria de prohibición para ejercer el comercio de dos a diez años, según lo previsto en el Artículo 16 - del Código de Comercio. El demandante puede igualmente solici - tar medidas cautelares de las previstas en el Artículo 76 del - mismo Código. Como dijimos antes, el proceso a seguir es el ordinario que será de mayor, menor o mínima cuantía (Artículo 396- del Código de Procedimiento Civil).

El Artículo 77 del Código de Comercio, por su parte,

prohibe la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal a otros productos o distribuidores.

Se establece una presunción de que la propaganda comercial, que tienda a establecer la competencia desleal a otros productos o distribuidores, lo es, cuando se hace por medio de rifas, bonos, sorteos y otros medios a pagarse, también, en dinero o en especie, y señala los casos:

1) Si se trata de artículos de primera necesidad.
2) Cuando sean productos o servicios sometidos a controles sanitarios.
3) Cuando el valor de los productos o servicios en el mercado o su calidad se afecten por el costo de las bonificaciones.
4) Cuando se incentive al consumidor por medio de azar.

La violación de este artículo será sancionado por el respectivo alcalde municipal, de oficio o a petición de la persona que acredite los hechos, con multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos ($50.000.oo) convertibles en arresto.

6.12 LAS MERCANCIAS EN ALMACEN O EN PROCESO DE ELABORACION.

Con el nombre de mercancías se conocen las cosas muebles corporales en cuanto constituyen un objeto de comercio. Un objeto puede ser una cosa en sentido civil en manos de una persona y mercancía en manos de otra, según su destino. Las mercancías deben conside-

rarse como cosas fungibles. Sin embargo Vivante anota que hay - mercancías no fungibles las que por naturaleza tienen caracte - res distintos a los demás y por ende no equivalen ni se sustituyen mutuamente. EJEMPLO: Los objetos de arte.

Con el nombre de material existente se designan - los objetos de muebles que sirven para la explotación del Esta - blecimiento, los materiales en proceso de elaboración tienen más importancia en la industria que en el comercio. En caso de ce -- sión el vendedor es libre de excluírlos parcial o totalmente,

La diferencia entre cosas y mercancías, según Vivante, es más de forma que de sustancias; la palabra mercancía sirve solo para fijar el particular destino de las cosas en el co - mercio; esto es, el valor en cambio de las cosas, en contraposición al valor en sí.

La mercancía se caracteriza por ser una cosa adquirida por obra de la especulación y consumo de ella. En síntesis - las cosas adquieren el carácter de mercancía en un momento de su trayectoria.

Queriendo para mayor comprensión y riqueza concep - tual del tema, justo es traer la acertada opinión del jurista Marcos Satanowsky quien tercia sobre el tema de la manera siguiente: " Las mercancías o productos son elementos corporales destinados al tráfico de fondo, jurídica o naturalmente capaces de circulación, una cosa que se encuentra todavía en manos del productor - es un producto o simple cosa en el sentido general, se convierte

en mercancía solo cuando viene a ser objeto de comercio y deja de ser tal cuando sale del comercio y entra a formar parte del patrimonio del consumidor. Ninguna cosa es en si mercancía. El dinero además de ser una medida de valor puede aparecer como mercancía. —— ——, como objeto de una operación mercantil por los banqueros y por la banca. Solamente en este último concepto entra en el derecho comercial, como una cosa mercantil, es objeto de los derechos reales de carácter mercantil (dominio, prenda, usufructo) y de la posesión." (16)

- IMPORTANCIA DE LAS MERCANCIAS.

Las mercancías y el material existente en cualquiera de sus formas son elementos indispensables para que el Establecimiento de Comercio rinda utilidades, constituye base esencial de su actividad, su incorporación obedece a un dinamismo económico.

6.13. LOS CREDITOS DEL EMPRESARIO.

Los créditos del empresario. - Los créditos pueden ser intuitus rei o intuitus personae. Al realizarse la transmisión del Establecimiento el vendedor puede poseer créditos personales y los de su actividad comercial.

---

(16) SANTANOWSKY, Marcos. Tratado de Derecho Comercial. Pág. 165.

A falta de estipulación expresa en la convención, los créditos personales aunque registrados en la Contabilidad se presumen que no han sido transferidos.

En nuestra antigua Legislación, dispersa por decirlo menos, los créditos del empresario no se consideraban como formando parte del Establecimiento Comercial.

La nueva Legislación al respecto de la enajenación del Establecimiento en bloque hizo necesaria la inclusión de los créditos ya que el adquirente del Establecimiento se hace responsable de aquellos, existentes en los libros de Contabilidad del tradente.

Otro de los motivos que impulsó a la comisión Redactora del Código de Comercio de incluírlo como uno de los elementos del Establecimiento, era la falta de amparo para los acreedores del empresario, pues estos ya eran frecuentemente víctimas de ventas simuladas o traspasos aparentes, quedando desprotegidas sus acreencias.

Al incluírse los créditos como parte de los elemento del Establecimiento y siendo su enajenación en bloque, se aseguró al acreedor la solvencia de sus acreencias haciendo responsable de ellas hasta cierto tiempo al tradente y hasta la solución de la deuda al comprador del Establecimiento, siempre y cuando reposen en los libros de Contabilidad dichos créditos; y continuarán siendo deudas del empresario anterior, aquellas que-

no figuren en los libros de Contabilidad o sólo hayan sido con - cedidas en calidad de la persona a quien se otorgaron.

6.14 LOS MOBILIARIOS Y LAS INSTALACIONES.

Es otro de los elementos esenciales del Establecimiento de Comercio, en la mayoría - de ellos como los expendios de mercancías, los elementos materiales son mobiliarios en su totalidad y con las instalaciones in - dustriales o comerciales se convierten en el elemento económicamente productivo y adquiere su mayor valor al entrar hacer parte integrante e importante de la economía del Establecimiento. Comprenden las maquinarias, herramientas, los muebles destinados - como accesorios del Establecimiento sin propósito de su realización comercial pues no están destinados al tráfico normal de fondo, se utilizan para la actividad del empresario ya como material de oficina, de transporte o de maquinaria destinadas para la industria.

./.

CAPITULO II.

6.15 DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE LOS LOCALES COMERCIALES.

Expresamente trato de último este elemento del Establecimiento de comercio, en un capítulo especial por juzgar que es de gran interés su estudio y amplia su regulación, como también en razón de que los propietarios de los Establecimientos de Comercio, mejor diríamos empresarios, no son propietarios de los locales en que ellos se asientan para desarrollar su actividad. Actividad ésta que es hoy el vértice de donde emane la planificación y desarrollo de la actividad comercial. Era por tanto necesario que ése inquilino, dueño del Establecimiento pudiese disponer del local sin menoscabo de la empresa o protegerse del propietario del local que pretendiese dar por terminada una situación empresarial.

6.15.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ARRENDAMIENTO.

NOCION DE ARRENDAMIENTO.

Es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa durante cierto tiempo, y esta a pagar, como contra prestación un precio determinado. La parte que proporciona el goce se llama arrendador, y la parte que da el precio, arrendatario. Para el caso presente se le conoce como inquilino, cuando se trata de locales comerciales.

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO.

El contrato de arrendamiento, por excelencia es:

a) Bilateral: Ambas partes, arrendador y arrendatario, se obligan recíprocamente, la primera a proporcionar el uso y goce de la cosa y la segunda, a pagar el precio.

b) Consensual: Se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes sobre la cosa y sobre el precio. No se requiere que la declaración de la voluntad esté revestida de solemnidad externa alguna, es decir no exige condiciones ad-solemnitaten actus, pero normalmente se rige por el contrato escrito, otorgado ante testigos, con el pago de los impuestos de timbre ante la Administración de Hacienda Nacional.

c) Oneroso: Tanto el arrenddador como el arrendatario persiguen utilidades, gravándose recíprocamente, el primero con la renta o precio y el segundo con el disfrute de la cosa, siendo a la vez conmutativo por cuanto de antemano se precisan los alcances de las prestaciones.

d) De ejecución sucesiva: El contrato se realiza periódicamente y consiguientemente las obligaciones se cumplen sucesivamente y pesan durante el transcurso del arriendo y

de ésta característica se deriva que no se hable de resolución, sino de terminación y reconciliación, cuando ha empezado a ejecutarse.

e) Conmutativo: No propiamente en el sentido que a éste término le asigna el artículo 1.498, respecto a que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa, que se mira como equivalente a lo que otra parte debe dar o hacer a su vez, sino porque desde su formación cada parte puede apreciar más o menos con exactitud el valor de las ventajas que consigue y el valor de los sacrificios a hacer para alcanzar las ventajas.

6.15.2. DE LA ANTIGUA REGULACION SOBRE ARRENDAMIENTO.

Antes de que se expidiese el nuevo Código de Comercio está materia de los arrendamientos de los locales comerciales no estaba específicamente regulada así: el Código Civil hacía mención sobre el arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios (Art. 2028 a 2035) pero la materia se incorporaba a la reglamentación del contrato de arrendamiento Artículos 1973 a 2035. Primaba en el Código Civil, en lo que hace al arrendamiento, la libre voluntad de las partes contratantes.

Sin embargo en el año de 1.956 por medio del Decreto 1070 de mayo 9 se inició la integración de la legislación Co-

lombiana a la corriente mundial que restringe la libertad de la voluntad para fijar las cláusulas de los contratos de arrendamiento.

Así, este Decreto determinó la congelación de los arrendamientos al precio que tuviesen el 31 de diciembre de 1.955 como también que no era posible exigir la entrega de la finca aun que se hubiese vencido el término de duración del contrato, si el arrendatario cubría oportunamente con el canon, salvo que el propietario hubiese de ocupar el inmueble para su propia habitación o negocio o para demolerlo.

Este Decreto cobijaba solo a los edificios situados en ciudades capitales de Departamento o aquellas que sin serlo tengan más de 50.000 habitantes, y no distinguía entre los locales destinados a habitación y los locales destinados al funcionamiento de actividades comerciales.

Al Decreto 1070 de 1.956 siguieron otros que, lo aclaraban, excepcionaban, reglamentaban o regulaban como el 1616- el 1849, el 1943, todos de 1.956, el 699 de 1.957, el 210 de 1.958, etc. y un sinnúmero de resoluciones tales como la 245 de 1.956 del antes Ministerio de Fomento.

Estos Decretos mencionados fueron elevados a la categoría de legislación permanente por la ley 141 del 16 de Diciembre de 1.961, y por tanto quedaron incorporados a la legislación del País como normas comunes y corrientes.

6.15.3. ALCANCES DEL DECRETO 1070 de 1.956 Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA.

Este Decreto congelaba el canon de arrendamiento al valor que tenía al 31 de Diciembre de 1.955, valor este que no era factible de variarse ni aún con la voluntad conjunta de ambas partes; rige por lo tanto solo para contrato de arrendamiento celebrados con anterioridad al 1º. de Enero de 1.956, o entre el 31 de Diciembre de 1.955 y el 9 de Mayo de 1.956, para los inmuebles que estuviesen arrendados a 31 de diciembre de 1.955. Si se pagó canones mayores voluntariamente por el arrendador, tiene derecho a que se le devuelva el exceso (Decreto 699 de 1.957).

A este respecto hay dos excepciones:

a) La de los inmuebles que sean de propiedad de entidades de beneficencia y asistencia pública, cuyos cánones de arrendamiento se descongelaron a partir del 16 de mayo de 1.964 por disposición del Artículo 1º del Decreto 1148 de 1.964.

b) Los inmuebles que a 31 de Diciembre de 1.955 "se hallaron administrados por una entidad de crédito, mediante contrato de anticresis legalmente celebrado, y cuyo canon de arrendamiento se hubiere fijado al propietario en consideración exclusiva a las cuotas de amortización que éste deba pagar a dicha Entidad por razón de los créditos que le hubierensido otorgados", los cuales tampoco están sometidos a congelación por disposición del Artículo 1º. del Decreto 1.849 de 1.956.

Por otro lado de acuerdo con la Jurisprudencia, la congelación no cobija a los arrendamientos celebrados con posterioridad al 9 de Mayo de 1.956; pero ello no significa, sin embargo que el arrendador pueda a libremente y por su sola voluntad aumentar los cánones, pues dado el arrendamiento vencido el término de duración del mismo (pues éste no es motivo de terminación del contrato Artículo 2º. Decreto 1070 de 1.956), el arrendamiento podrá continuar ocupando el inmueble siempre que se trate de locales comerciales ocupados por más de dos años a título de arrendamiento.

6.15.4. UBICACION DEL TEMA SOBRE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES.

Ya en concreto, lo atinente el tratamiento dado por el legislador al arrendamiento de los locales comerciales, es una innovación dentro de la legislación colombiana, lo tratan básicamente los Artículos 518 a 524 del C. de Comercio y en relación más directa con ella el numeral 5º. del Artículo 516, en calidad de disposiciones generales el Artículo 2º y otros.

No se halla en el Nuevo Código de Comercio un tratamiento autónomo al contrato de arrendamiento sino que lo trata como un elemento más del Establecimiento mercantil que hemos venido estudiando. Así de acuerdo con el numeral 5º. del Artículo 516: "..... se entiende que forman parte de un Establecimiento de Comercio. 5) Los contratos de arrendamiento etc.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

Además no se perciben en el Código de Comercio una- regulación específica y paralela del arrendamiento comercial - frente al arrendamiento civil, a pesar de existir arrendamientos típicamente comerciales previstos en el numeral 2º del Artículo- 20 del Código de Comercio, en el cual se cita ciertos contratos- de arrendamiento como mercantiles o de comercio, y la del numera 4º. del mismo artículo que los da también el calificativo de mercantiles los contratos que se refieran a las operaciones de a - rrendamiento sobre Establecimientos de Comercio, sino que, apenas se da tratamiento o regulación especial al arrendamiento de- locales en que funcione el Establecimiento de comercio, que es - distinto al arrendamiento del Establecimiento en sí.

Hecha ésta consideración es claro señalar, por tanto, que conforme a lo dicho por el Artículo 2º. del Código de Comercio, para el que a falta de norma comercial se atenderá a las disposiciones civiles, la regulación de los arrendamientos co - merciales en general, es la del Codigo Civil adicionada y reformada, con obligaciones y derechos específicos que son de excepción y constituyen, la denominada por la doctrina francesa como: "Propiedad- comercial" y definida por ella como "una restricción a los derechos del arrendador en beneficio del arrendatario que ha creado- una nueva riqueza sobre el bien arrendado". Este fenómeno fue - consagrado por primera vez en la ley 30 de Junio de 1.926, modificada en diversas ocasiones, y en las cuales se ha inspirado nuestro legislador colombiano.

La reglamentación del Código de Comercio no define- en parte alguna lo que se entenderá por locales comerciales, pero sí los regula en las normas ya citadas. De allí, si lo que-

se arrendó, fué el Establecimiento de Comercio, por ejemplo un - almacén, fábrica, ese arrendamiento no está sometido a las nor - mas del Artículo 518 a 524 (arrendamiento de locales comerciales) sino a las propias del arrendamiento comercial que son las nor - mas del Código Civil; pero sin olvidar que el arrendamiento del- Establecimiento, no del local, es siempre solemne a las luces - del Artículo 533 del Código de Comercio en relación con el 526 d del mismo Código.

6.15.5. RAZON DE SER DE LA REGULACION SOBRE ARRENDAMIEN- TO DE LOCALES COMERCIALES.

Dos criterios sirvieron de pauta o punto de partida al legislador para regular los a - rrendamientos de los locales comerciales. Antecedentes estos, a exponerse a continuación, que permiten juzgar con buen criterio- al legislador pues muestra que comprendió una situación actuante de la vida del comercio y entró a protegerla ya en forma especí- fica.

"Al decir de la Corte Suprema de Justicia en Senten cia del 18 de noviembre de 1.971, estos fundamentos son:

a) El reconocimiento de una riqueza que el comerciante creó con su esfuerzo, como es la buena fama comercial, la de la clien tela, etc., que no sería justo dar a disfrutar al propieta - rio del local que nada tuvo que ver en ello.

b) La defensa de la estabilidad del Establecimiento del comer -

cio con sus valores intrínsicos y los humanos y sociales - vinculados a los contratos de trabajo respectivos".

"El legislador, pues como se ve ha entrado a tute - lar una especie de derecho de propiedad sobre una riqueza inmate rial creada por el comerciante, frente al derecho de propiedad - sobre el local por parte del propietario de este; y esta calificación de "propiedad" y de "propiedad comercial" que asombrará - los civilistas no están definitivamente inexacta como podría parecer, si se atiende a que es una categoría nueva que no alcanza a explicarse con las reglas tradicionales y generales del dere - cho de las obligaciones sino que requiere que se vea en ella una- concepción diferente a la púramente contractual del arrendamiento, que en este caso se justifica por la protección a la empresa".

"De ahí que al tratar sobre los arrendamientos de - los locales comerciales diga Rippert:

Algunos civilistas habían sostenido en otros tiempos que el arrendatario tiene un derecho real; pero lo que era i - nexacto analizando el código civil se convierte en verdadero en - la nueva legislación; el propietario que permite por contrato la instalación de una explotación industrial o comercial en su in - mueble, le da cierta afectación en provecho de un tercero, sin - que sea permitido distruírla sin motivos justificados; existe - en definitiva un conflicto ante dos derechos y el derecho de la- propiedad inmobiliaria cede ante el derecho del explotante". (16)

6.15.6. DEL LOCAL COMERCIAL, OBJETO DEL ARRENDAMIENTO.

No todas las cosas o bienes susceptibles de arrendamiento de que habla el Código de comercio en su Artículo 516, al señalar los establecimientos de comercio están regulados por la legislación mercantil, sino que únicamente regula el arrendamiento de inmuebles ocupados para Establecimientos de comercio, así de manera expresa lo indican las normas consignadas en éste estatuto Artículos 518 a 524.

La dicha regulación tiene una razón clara, pues en últimas lo que se pretende proteger para el arrendatario no es propiamente el local, sino el Establecimiento de comercio, el cual, como se ha venido insistiendo a lo largo de esta tesis, es un conjunto de bienes destinados al logro de una finalidad económica, un conjunto de bienes de los que el arrendatario-empresario dispone y destina a los fines de su actividad. Así por ejemplo, un almacén es un Establecimiento de comercio pues existe un conjunto de bienes tales como, las materias primas, máquinas, útiles, útiles e instalaciones, nombre comercial, marcas etc. que el comerciante, fabricante ha organizado con destino al fin económico de producir ciertos artículos.

Como se comprende, la ley mercantil de especiales alcances a los arrendamientos de inmuebles comerciales. Los saca de la reglamentación ordinaria, y les imprime un tratamiento distinto, con criterio proteccionista al arrendatario-empresario.

6.15.7. DE LA CESION, SUBARRIENDO Y ALTERACION DEL DESTINO DEL LOCAL.

El Código Civil Colombiano en su artículo 2004 señala expresamente que, "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido;....". Al contrario el Código de Comercio en su Artículo 523 y en tales circunstancias, permite que el arrendatario de locales comerciales pueda ceder y subarrendar.

La facultad para llevar a cabo la cesión, el subarriendo y la alteración del destino del local, la tiene el arrendatario por el solo hecho de ser el titular del Establecimiento de Comercio que funciona en el local arrendado. Para el caso que tratamos el tiempo no tiene importancia alguna para el surgimiento del derecho. Lo que sucede en éste evento y ateniéndonos a que el contrato de arrendamiento es uno de los elementos del Establecimiento, ocurre que el arrendatario del local que es el empresario mercantil, simplemente está en la situación de disponer de uno de los elementos de su Establecimiento, como puede hacerlo, por ejemplo, cuando vende una mercancía u otro elemento cualquiera de él.

---

(16) COMENTARIOS AL CODIGO DE COMERCIO. Volumen II. Pág. 202.

6.15.7.1. DE LA CESION DEL ARRENDAMIENTO.

Cesión es el - traspaso de bienes, derechos, acciones a otra persona por acto - entre vivos.

El Artículo 523 del Código de Comercio en su Inciso Tercero la prevee y determina: " La cesión del contrato será - válida cuando la aubrice el arrendador o sea consecuencia de la enajenación del respectivo Establecimiento de Comercio ".

De lo allí contemplado es claro anotar que hay dos eventos a considerar sobre la cesión:

Se cede, ya, válidamente - Por Enajenación del Establecimiento: Hay en este caso una cesión a cargo del arrendatario sin que medie la autorización por parte del arrendador, y - por el cual el cesionario consiguió el local por enajenación, es decir, venta, regalo, en fín se hace ajeno en general el Establecimiento de Comercio. Como consecuencia de ésta enajenación cesa la responsabilidad futura del cedente ligado, como es obvio,- por un contrato inicial.

Para que la cesión tenga validez ante el arrendador es necesario notificarle la cesión "por escrito o verbalmente según que el contrato conste o no por escrito", como lo dispone el Artículo 888 (éste mismo artículo señala como se hace la -

cesión entre el arrendatario anterior y el nuevo arrendatario).

Por autorización del arrendador. Si el establecimiento se traspasa o entrega por razón distinta a la enajenación es decir si se presta o arrienda el Establecimiento de Comercio no puede cederse el arrendamiento sin la autorización del arrendador.

Refiriéndose a éste aspecto de la cesión por autorización del arrendador, el jurista José Alejandro Bonivento afirma: "... aparentemente es una norma opuesta al principio general que consagra la ley mercantil para la cesión de los contratos, porque el Artículo 887 del Código de Comercio impuso un criterio amplio para la transferencia de los derechos que emanan de un contrato, estableciendo su validez "sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido". Empero el mismo Artículo 887 conviene en la sustitución negocial " si por la ley o por las estipulaciones de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución". Constituye en consecuencia, la exigencia del Artículo 523 del Código de Comercio, una limitación o prohibición a la regla general sobre la cesión de los contratos, desde el momento mismo que para la validez de la operación requiere la autorización del arrendador". (17).

La autorización de que trata puede ser expresa o tácita, así, cuando claramente el arrendador autoriza la cesión, es expresa por ejemplo: firma el contrato cedido; es tácita cuando en cualquier forma no se opone a ella; Por ejemplo: cuando -

se le informa, no hace protesta alguna y recibe del nuevo arrendatario los cánones de arrendamiento. Puedo también pactarse en el contrato una expresa autorización de ceder que haga el arrendador.

Cabría preguntarse si sería posible que el arrendador pueda ceder el contrato de arrendamiento sin el consentimiento del arrendatario. Las disposiciones del Código de Comercio y específicamente el Artículo 522 del mismo no prohibe este derecho del arrendador y por tanto se deben considerar las normas generales consignadas en el Artículo 887, concluyendo diríamos que el arrendador puede disponer de la totalidad o parte de las relaciones derivadas del contrato sin estar sometido a la autorización del arrendatario. Unicamente será necesario que se ajuste a los términos que sobre la cesión imponen los Artículos 887a 896 del Código de Comercio. No hay cesión en los contratos de ejecución instantáneo.

6.15.7.2. DEL SUBARRIENDO.

Subarriendo es el arriendo que hace a su vez el arrendatario del local comercial que ocupa. El subarriendo se halla previsto en el Artículo 523 del Código de Comercio para los locales comerciales así: "El arrendatario no-

---

(17) BONIVENTO FERNANDEZ, José A. Los principales contratos civiles y suparalelo con los comerciales. Págs. 255.

podrá, sin autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma tal ——— ——— que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato".

De la norma prevista es claro que para subarrendar un local comercial o inmueble en forma total, requiere de una autorización que bien puede ser expresa o tácita. La primera tendría ocurrencia cuando directamente conviene el arrendador en el subarriendo y en tal sentido se lo manifiesta al arrendatario. Será tácita cuando convenga en el uso y goce de un tercero de la cosa arrendada sin expresar su voluntad en sentido contrario.

En cuanto a la autorización tácita, constituye un aspecto que difiere de la reglamentación civil, por cuanto ésta exige autorización expresa (Artículo 2004). Al establecer que tácitamente se puede convenir en el subarriendo, está ampliando sustancialmente la posibilidad del disfrute de la cosa por un tercero. Baste con la adquiescencia del arrendador para que se entienda aceptado el subarriendo total.

Cuestión por cierto novedosa e interesante es la que prevee el Artículo 523 en su Inciso II, que dice así: "El arrendatario podrá subarrendar hasta la mitad los inmuebles, con la misma limitación", pero sin dar al local una destinación distinta a la prevista en el contrato, que lesione los derechos del arrendador; y con las mismas limitaciones de uso expresadas

en la parte primera de esa norma. Puede en consecuencia, el - arrendatario permitir el uso hasta la mitad del inmueble sin necesidad de obtener autorización expresa o tácita del arrendador- por mandato de la ley.

Valga la pena un ejemplo para comprender lo último- Si en un lugar elegante de comercio como sería el Centro Comer - cial " UNICENTRO ", en el cual sus locales comerciales son casi- producto de la fantasía por el lujo y buen gusto, y para el caso, uno de ellos destinado a los productos de arte, el arrendatario- podrá subarrendar hasta la mitad de su local para la venta de un producto similar pero sin que sea posible montar un expendio de- producto alimenticios.

6.15.7.3. DE LA ALTERACION DEL DESTINO DEL LOCAL.

La pre- vee el Código de Comercio, en el también mismo Artículo 523, que venimos tratando por el cual el arrendatario está en posibilidad de variar la finalidad del dicho local pero con la condición de- que no se perjudique los derechos del arrendador.

Este derecho que posee el arrendatario de variar el destino del local no lo tiene por razones de tiempo de uso del - mismo, como sucede con la renovación que veremos más adelante, - la cual necesita como condición la ocupación por dos años del lo- cal a título de arrendamiento, pues las normas que regulan el a-

rrendamiento son de interpretación restrictiva y en ellas para - obtener la renovación exige la norma legal el transcurso de dos- años.

Si el cambio de destinación del local es total, - venta de electrodomésticos a venta de automóviles por ejemplo, - pienso que se da existencia a otro Establecimiento, y que para - el caso de la renovación se empesarían a contar los dos años. - Si con el cambio o alteración de la finalidad del local se afectan los intereses del arrendador, habría lugar a hablarse de incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, que sería justa causal para su terminación. Pero como las normas legales no- determinan cuando la modificación del destino del local ha afectado los derechos del arrendador, la corresponderá al Juez su decisión. De allí que es aconsejable que en el contrato se haga - constar las circunstancias que impliquen perjuicio a los dere - chos del arrendador.

6.15.8 LA RENOVACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

6.15.8.1 LA RENOVACION, DIFERENCIA CON LA PRORROGA Y - RECONDUCCIÖN TACITA.

La renovación consiste en- el derecho que el arrendatario ocupante de un local comercial - tiene a continuar en su arrendamiento, pero no en igualdad de - condiciones.

De lo dicho se entenderá que la renovación no es — prórroga del contrato, es decir no habrá igualdad de condiciones

económicas como en esta, se entiende que ha viariado el contrato que venía rigiendo, tal: el plazo, la destinación, el precio, - etc. Estas condiciones pueden ser iguales o distintas a las del contrato precedente, a voluntad de los contratantes.

Se comprenderá de lo expuesto que las partes han de llegar a un nuevo acuerdo.

No se deberá confundir la renovación con la llamada por el Código Civil como reconducción tácita, que no es otra cosa que la prórroga tácita del arrendamiento la cual se supone - por excepción cuando reuna todos los requisitos y condiciones - del Inciso tercero del Artículo 2014 del Código Civil, de lo contrario no habría reconducción y el contrato terminaría. En la - reconducción tácita el contrato continúa con las mismas condiciones de antes, pero por un tiempo no mayor de tres meses, y siempre que el arrendador haya recibido voluntariamente el canon de- arrendamiento o si las partes hubiesen señalado claramente, y - por cualquier medio inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo.

La reconducción se diferencia con la renovación en- que en ésta no han de continuar necesariamente las condiciones- originales; así también, no es necesario la aceptación del arrendador que para que se de, pues, puede ser aún contra su voluntad y por último, el plazo de nueva duración no se limita a tres meses.

6-15.8.2. DERECHO A LA RENOVACION.

Preceptúa el Artículo 518 del Código de Comerio: "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 la renovación del contrato al vencimiento del mismo...". Se trata aquí es de le figura de la renovación legal de los contratos siempre y cuando se den ciertas condiciones o supuestos.- A saber:

1. Que la ocupación sea a título de arrendamiento.
2. Que Micho local haya sido ocupado por no menos de sos años- y de manera consecutiva.
3. Que haya sido ocupado con un mismo Establecimiento, comercial.
4. Que no exista ninguna de las causales de renovación que menciona el Artículo 518.
5. Que si la causal de no renovación es alguna de las contempladas en los numerales 2 y 3 del Artículo 518, al menos seis meses antes del vencimiento del contrato no se haya informado al arrendatario de la decisión de no renovar.

6.15.8.3 REQUISITOS PARA QUE SEA POSIBLE LA RENOVACION.

1) Que el local se haya ocupado a título de arrendamiento.

Para que sea posible esta renovación es necesario que la ocupación del local haya sido a título de arrendamiento.-

Quedaría por fuera la ocupación del local por usufructo o por - comodato (préstamo), caso en los cuales la duración del contrato estará sometido a las normas que regulen dichos fenómenos. A mi entender tendrá que ser por plazos mayores o menores de dos años que prevee el arrendamiento.

2) Que el local haya sido ocupado por un término no inferior a dos años y de manera consecutiva.

Hay dos - cuestiones a tratar:

a) El asunto de tiempo de duración ha dado lugar a diversas - disquisiciones sobre su interpretación. Así, se pregunta - qué sucede si el contrato de arrendamiento se pactó por un - año ?.

Al respecto el Código de Comercio no dice nada y ante ésta circunstancia habría que acudir al Artículo 2º. del mismo Código por el cual, a falta de norma comercial se aplicarán - las disposiciones de la Ley Civil. En consecuencia, como el Decreto 1070 de 1.956 quedó incorporado a la Legislación Civil, - las normas del dicho decreto rigen la llegada del plazo en tales arrendamientos, siempre que se trate de locales comerciales situados en capitales o ciudades de más de cincuenta mil habitantes. Entonces tendríamos, en tales circunstancias, que el contrato que inicialmente se pactó por un año se convierte en un - contrato a término indefinido, hasta cuando se hayan cumplido - los dos años de ocupación a título de arrendamiento.

b) Otro asunto que cabe preguntarse es cómo se cuenta los dos- años de ocupación a título de arrendamiento ?.

Para contar los dos años para renovar es necesario que és - tos hayan transcurrido con posterioridad a la vigencia del Código de Comercio o bastan que se hayan cumplido dentro de la vigencia del mismo ?.

Después de conciensudos y discutidos conceptos hay- claridad a éste respecto y se puede afirmar sin temor a equivo - carse, naturalmente apoyado en decisiones jurisprudenciales que- posteriormente se anotan, que, el término de dos años que la Ley comercial consagra para efectos de adquirir el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento sobre los locales comerciales es independiente de la fecha en que el contrato se haya - celebrado. Lo que es lo mismo a decir que para efectos de la - renovación del contrato es necesario que hayan transcurrido, en- posesión del local a título de arrendamiento, dos años y que - pueden haberse cumplido tanto, antes de la vigencia, o entre la- vigencia o con la vigencia del Código de Comercio.

Para reafirmación de lo dicho al respecto cabe seña lar, lo que trae a cuento el comentarista del Código del Comercio Don Gonzalo Jiménez Gómez, para el cual no existía una opi - nión unánime dentro de la doctrina, sobre si los contratos de arriendo de locales comerciales celebrados con anterioridad al - primero de Enero de 1.972, fecha en que empezó a regir el Código de Comercio, estaban o no sometidos alas normas del Código de

Comercio. Así la Sección Jurídica de la Gobernación de Antioquia en providencia de 23 de Mayo de 1972 sostuvo que era posible aplicar a dichos arrendamientos las normas del Código de Comercio; al contrario la Superintendencia de Industria y Comercio en providencia de 31 de Julio de 1.972 revocó esa decisión y afirmo que las normas del Código eran aplicables solamente a aquellos contratos celebrados a partir de la vigencia del Código de Comercio. A lo cual el Tribunal Superior de Medellín en sentencia del diecisiete de Octubre de mil novecientos setenta y dos coincidió con la providencia de la Sección Jurídica de la Gobernación de Antioquia, señalada adelante.

Más luego, y por resolución 734 de Octubre 1º. de 1.973 la Superintendencia de Industria y Comercio modificó su posición anterior afirmando que las normas del Nuevo Código de Comercio, en lo que toca con arrendamiento de locales comerciales, son de aplicación inmediata y, en consecuencia, cobija aún a los contratos de arrendamiento de locales comerciales, celebrados con anterioridad a la vigencia del Código de Comercio, si aún subsiten.

Así hoy en día, continúa el citado comentarista, es unánime, el criterio de la aplicación inmediata de las normas sobre arrendamientos, de modo pues que son normas de orden público y así lo definió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del dieciocho de noviembre de mil novecientos setenta y uno. Son de aplicación inmediata de acuerdo con el Artículo 18 de la Ley 153 de 1.887 que dice: "Las leyes que por motivos de moralidad,

salubridad o utilidad pública, restrinjan derechos amparados - por la Ley anterior, tienen efecto general e inmediato". Al - criterio expuesto no es posible oponer la norma del Artículo - 2036 pues ella solo cobija a los contratos mercantiles celebrados con anterioridad a la vigencia del Código para conservar " su validez y sus efectos", pues los contratos de arrendamiento de locales comerciales no eran contratos mercantiles a pesar de la norma del Artículo 21 del código viejo, sino contratos civiles. Al efecto el viejo Código hablaba que eran mercantiles - las obligaciones de los comerciantes, pero la obligación es la fuente de los contratos no él, de donde los contratos de arrendamiento de locales comerciales (no regulados en el Viejo Código de Comercio ni mencionados en la enumeración de actos de comercio) permanecían dentro de la esfera del contrato civil.

Lo anterior significa que no es aplicable a los contratos de arrendamiento de locales comerciales la norma del Artículo 2036 del Código de Comercio sino el 18 de la Ley 153 de - 1.887, ya enunciado, por el cual son de aplicación inmediata las normas de orden público. Más luego en 1.974, se volvieron a escuchar nuevamente opiniones divergentes a lo ya expuesto, y les correspondió en turno al Consejo de Estado por sentencia del 20 de Agosto, y al Tribunal Superior de Bogotá, en noviembre de - 1.975 que afirmaron que las normas sustantivas sobre arrenda - mientos de locales comerciales no son aplicables a contratos celebrados con anterioridad a la vigencia del Código de Comercio, es decir al 1º. de Enero de 1.972. Aparte de los dichos casos- la Jurisprudencia ha sido unánime en aceptar la aplicación inmediata de las normas comerciales al arrendamiento de locales co-

merciales.

3. Que el local haya sido ocupado con un mismo Establecimiento de Comercio.

No es dable para la solución del tema que tratamos, nuevamente volver a tocar lo que es un Establecimiento de comercio pues lo hemos venido tratando a lo largo de ésta tesis y tenemos ya una clara concepción del mismo.

Respecto de esta exigencia se comprende que un Establecimiento permanece siendo el mismo cuando su " razón social" o fín para el que fué propuesto continúa siendo la misma. De donde, si sobre un mismo local comercial se han dado durante un período de dos años actividades comerciales totalmente diversas, que individualmente, como es obvio, no podrían tener un lapso como el dicho, no se podría pedir o tener el drecho a renovar.

4. Que no existe ninguna de las causales de no renovación del contrato que menciona el Código de Comercio en su Artículo 518.

Este aspecto lo trataremos un poco más adelante por cuestiones metodológicas del desarrollo de este tema.

5. Que no se haya informado con seis meses de anticipación al vencimiento del contrato de arrendamiento que-

no se va a renovar por los motivos expuestos en los - Numerales 2 y 3 del Artículo 518.

A éste respecto es clarísimo el Código del Comercio el cual en su Artículo 520 dice: " En los casos previstos en los Ordinales 2º. y 3º. del Artículo 518, causales de no renovación del contrato de arrendamiento el propietario deshauciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, - so pena de que este se considere renovado....."

Es decir es una resultante de la decidia o descuido del arrendador, pues el no dar tanto, el aviso oportunamente, y negarse, posteriormente, a la renovación del contrato, surge para el arrendatario no ya que se renueve, sino aún más grave que éste quede automáticamente prorrogado, tanto en el tiempo originalmente pactado como en el valor de los cánones de arrendamiento y las mismas cláusulas.

Una excepción a lo allí prescrito la constituye la- última parte del Artículo 520 por el cual el local que va a - ser demolido u ocupado por disposición de autoridad competente- que puede ser el caso de una expropiación o demolición de un - bien por motivos de utilidad pública o interés social, casos en el cual no se fija término al desahucio.

6.15.8.4. EFECTOS DE LA RENOVACION.

Como el Código de -

Comercio no los determina es necesario acudir al Código Civil - para saber los efectos de la renovación. Así el Artículo 2015- dice: " Renovado el arriendo, las fianzas, como las prendas o- hipotecas, constituídas por terceros, no se extenderán a las o- bligaciones resultantes de su renovación ". De lo dicho es cla ro que las garantías que respaldaban el arrendamiento original- desaparecen cuando el contrato ha sido renovado, y para un nue- vo respaldo, es obvio que serán necesarias nuevas garantías.

6.15.8.5. DIFERENCIAS AL MOMENTO DE LA RENOVACION.

Exis- tiendo las condiciones para ser posible la renovación y ante la situación de que el arrendador y arrendatario han de llegar a - un nuevo acuerdo, puede ocurrir que las partes no lo logren; an te la circunstancia anotada es de imperiosa necesidad acudir an te el Juez para que por medio del proceso verbal, con interven- ción de peritos, decidir sobre los puntos en que no hubo acuer- do conforme lo dispone el Art. 519 del Código de Comercio.

De donde se puede concluír que la renovación no es- plena, desde el instante mismo que permite la intervención del- Juez para dirimir las diferencias y, sobre todo, con el fín de- que los peritos fijen la renta o precio a regir durante el tér mino prorrogado. Por tanto las condiciones allí fijadas para - el disfrute del inmueble no son necesariamente, bajo las mismas condiciones contractuales iniciales.

6.15.8.6 PLAZO DE RENOVACION.

La ley mercantil no señala el término para gozar de la renovación del Contrato. Pero es difícil pensar y aceptar renovaciones superiores o inferiores a las fijadas como término al contrato inicial, es decir por idéntico período al inicialmente pactado. Consultando el espíritu de la Ley a éste respecto cabría señalar que el plazo será igual al del contrato inicial, como lo señala el Artículo 520.

6.15.8.7 NO RENOVACION DEL CONTRATO.

El Código de Comercio señala las causales para no renovar el contrato de arrendamiento, pero cuando se hayan cumplido dos años de ocupación del inmueble. Se entenderá que las causales señaladas en el Artículo 518 no son causales para que el contrato termine y son las que regían a 31 de Diciembre de 1.971, las cuales continúan rigiendo.

6.15.8.7.1. CONDICIONES PARA NO RENOVAR.

Las determina el Artículo 518 así:

a) El arrendatario haya incumplido el contrato. Se configura éste hecho cuando se ha violado alguna de las cláusulas -

pactadas en el contrato, tal por ejemplo: se ha subarrendado en forma total sin autorización del arrendador. En éste caso se ha lesionado los derechos del arrendador.

Para que se configure el hecho de la violación de las cláusulas es necesario que éstas no se hayan pactado de tal forma que se lesione los derechos del arrendador.

Es sanción de ley, y no hace, falta, a diferencia de las otras causales el desahucio.

Este causal puede esgrimirse al momento de la negativa a renovar el contrato. Las controversias se dirimen ante el Juez Civil de Circuíto.

b) El propietario necesita el inmueble para su propia habitación.

Casi que esta causal es la más sencilla de alegar pues basta demostrar el hecho de que se necesite el local para ese menester. Sin embargo podría haber lugar a discrepancias si se trata de una bodega. Se ventilará por el procedimiento verbal.

Es necesario para alegarla el previo aviso de desahucio.

c) El propietario necesita el local para un Establecimiento "propio", destinado como es obvio a una actividad que sea sustancialmente diferente a la que el arrendatario ha destinado su local.

Se desprende de el contenido de esta disposición legal evitar que el propietario del local se vaya a beneficiar de la clientela del anterior Establecimiento. Pues es idea generatriz del Código al regular los Establecimientos de Comercio en cada uno de sus elementos, se pretende proteger principalmente la riqueza inmaterial que el comerciante ha creado con su Establecimiento y por ende del local, como lo vimos al tratar el derecho al local. Esos elementos inmateriales o riqueza inmaterial se hallan representados en la buena fama, good will, la clientela.

El Artículo 522 sanciona la utilización del local en forma similar: "... deberá indemnizar al arrendatario de los perjuicios causados.....". Para que sea efectiva la negativa a renovar el contrato es necesario que el arrendador haga saber al arrendatario su decisión de no renovar el contrato, con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de su terminación. Constituye este un aviso de desahucio, que a pesar de que la norma no lo señala, conviene realizarlo por escrito y dejar constancia de su recibo para efectos probatorios.

d) Cuando el inmueble va a ser reconstruído. La ley permite invocar esta causal y como consecuencia de ella se puede--

redistribuír al Establecimiento. La reconstrucción implica que el inmueble permanece en esencia, que lo diferencia de la demolición.

Esta causal hace necesario el desahucio.

e) El inmueble ha de ser reparado: con esta causal de no renovación se pretende evitar que el inmueble sufra deterioros mayores que vayan a ser gravosos para el arrendador pero en razón de:

— Sea necesaria para poner el inmueble en buen estado. con buen criterio se asimila a las " expensas necesarias"- o las " mejoras necesarias " contempladas en los Artículos 815, 965, y 1.993 del Código Civil. Definidas por sentencia de la Corte Suprema de Justicia el día 17 de Noviembre del año de 1.947 como " Las que se hacen en la casa para - impedir su pérdida o deterioro, como las reparaciones realizadas en un edificio que amenaza ruina y la calzada que- se hace en una heredad " aún si se tratase de mejoras útiles o voluptuarias creo se podría invocar la no renovación.

— Que no sea posible ejecutar la mejora sin la desocupación entrega del local.

Se hace necesario el desahucio.

f) El inmueble va a ser demolido por su estado de ruina o - para la construcción de obra nueva.

Es una causal por alegar enteramente de carácter objetivo pues salta a la vista la necesidad de derruirse un- inmueble, que ni presta los necesarios servicios y sí constituye un peligro inminente para quienes de él " disfrutan " como para la comunidad en general.

Es necesario en primer término la ruina y el deseo- de demolerlo lo que configura esta causal de no renova - ción.

La demolición para levantar una obra nueva es tam - bién un motivo para no renovar y ante las eventuales con - troversias valdría la pena aportar como prueba los planos- de la edificación, ya aprobados. No basta el deseo de demoler sino que es necesario que esté condicionada a la deconstruírse.

El simple deseo, el mero querer del arrendador no - es causal de no renovación. Esa voluntad ha de fundarse - en la necesidad del arrendador, en hechos del arrendatario o en circunstancias inherentes al inmueble mismo porque este se encuentra afectado en beneficio del arrendatario comerciante. De lo dicho es claro concluír el carácter objetivo de éstas causales.

6.15.8.7.2. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR EN RAZON DE LA RENOVACION.

Como consecuencia de haberse alegado la no renovación y conseguida ésta, el arrendador adquiere la obligación de poner en práctica los motivos por los cuales no se quiso renovar y, como es obvio, nos referimos a los asuntos de los numerales 2º y 3º. del Artículo 518: necesite el inmueble para habitarlo o para un Establecimiento suyo; así como también por razones de demolición, reconstrucción, reparación o construcción de una obra nueva. El arrendador está obligado:

1. Por determinación del Artículo 522: el arrendador tiene un plazo de tres meses desde la fecha de la entrega para ocupar el local o para iniciar la demolición o la reconstrucción o reparación en su caso. Así en ese lapso y respectivamente: la ocupación definitiva, para la segunda que al finalizar ese plazo se haya iniciado ésta y, para la tercera estén ya iniciados.

2. Otra obligación para el arrendador consiste, no ocupar el local para Establecimiento similar.

3. No darlo en arrendamiento, obligación esta última que corresponde o corre a cargo del Juez el determinar hasta cuando rige esta obligación ateniéndose a la co-stumbre comercial (Artículo 3º y 7º del Código de Comercio) y los principios generales del derecho y la equidad. (Artículo 5º y 8º.

Ley 153 de 1.887). En razón de ésta limitación a la facultad de arrendar, hay un hecho innegable a tratar que hay - que tener presente y es el relativo al derecho de preferencia que obtiene el antiguo arrendatario cuando se le negó - la renovación por motivos de reconstrucción, reparación o - nueva construcción. El Artículo 521 así lo determina.

6.15.9 DEL DERECHO DE PREFERENCIA EN EL ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES.

Lo estipula el Artículo 521 del Código de Comercio y, de acuerdo con el cual el arrendatario tiene derecho a gozar del arrendamiento con preeminencia a cualquier otro arrendatario, de los locales reparados, construídos o re - construídos, y que en razón de estos hechos, hubo de desocupar. Es una preferencia a favor del antiguo arrendatario, y a cargo del arrendador, sobre el arrendamiento de los locales. El a - rrendador para cumplir con ésta obligación debe informar al a-- rrendatario sobre su decisión de arrendar el local nuevo, reparado o reconstruído, donde antes funcionaba el Establecimiento de Comercio del arrendatario, información con antelación de por lo menos sesenta días hábiles (sin tomar en cuenta los dominicales y festivos Artículo 829) y los cuales se cuentan desde la - fecha que ha de entregarse físicamente los locales, para que el arrendatario a su vez informe al arrendador si está interesado o no en arrendar. Por su parte con no menos de treinta (30) días hábiles antes de la fecha mencionada, el arrendatario ha de- informar sobre su decisión de arrendar; de no hacerlo así, desa'

parece su derecho, quedando el arrendador el libertad para a - rrendar sus locales. Si el arrendador informa de su voluntad - de arrendar el local, queda obligado a éllo, y no existiendo a- cuerdo entre las partes sobre el valor de canon, será necesario la decisión de peritos para que lo fijen, pues en ocasiones se- fijan precios exorbitantes para el arrendamiento.

Ahora bien, es muy factible que los locales recons- truídos o la nueva edificación sean en número inferior a los an teriores, dispone el código que los arrendatarios más antiguos- que decidan arrendar excluyen a los más nuevos. Sin embargo si el arrendatario con derecho de preferencia más antiguo no acep- ta o no ejercita su derecho no es razón para que se crea libera do de esa obligación el arrendador, pues necesita que tanto los arrendatarios antiguos como los nuevos no ejerciten su derecho. La oferta del arrendador por tanto debe hacerla a todos los a - rrendatarios.

Para el caso que tratamos es claro suponer que la - relación contractual anterior ha terminado y, que con el dere - cho de preferencia no se mantiene de hecho una relación contrac tual sino que su razón de ser, en últimas, es amparar al propie tario que por cierto tiempo ha explotado un Establecimiento de- comercio en determinado lugar para que continúe, superadas las- dificultades iniciales, en el uso y goce del inmueble.

6.15.10. DEL DERECHO A LA INDEMNIZACION.

Indemnizar consiste -

en el resarcimiento de los daños o perjuicios causados a alguien en su persona o en sus bienes. De tal modo que esta obliga - ción estará a cargo del arrendador y a favor del arrendatario - por los perjuicios ocasionados a éste, en razón de la negativa- del primero a renovar el contrato de arrendamiento. Comprende- esta indemnización no solo los gastos que su retiro del local - haya causado el arrendatario, tales como, gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajado- res despedidos con ocasión de la clausura o traslado del Esta - blecimiento y el valor de las mejoras necesarias, y útiles que- hubiere hecho en los locales entregados; sino también las ganan- cias que no recibió por causa de entrega del local. En fín el- daño emergente y el lucro cesante contemplado en el Artículo - 1614 del Código Civil que comprende la indemnización.

Esta obligación de indemnizar establece el Artículo 522 cuando:

a) Dentro de los tres meses siguientes a la fecha de entrega- del local cuyo arriendo no se renovó, no da iniciación a - los trabajos de reparación, reconstrucción o demolición. - Hay dudas respecto a la prueba de la finalidad de demoler - para construír nuevamente, pues ante la ley, con que se ini- cien las obras y no con concluírlas bastaría para que la in- demnización no sea posible. Otra cosa sería el fraude a la ley, o el abuso del Derecho.

b) Si se entregó el local y dentro de los tes meses siguientes

no se le da a éste el destino señalado en la negativa a renovar, cual es el que se ocupe el local. Es decir que la ocupación sea la verdadera causal para no renovar.

c) Si se arrienda el local o se lo utiliza para otro Establecimiento de comercio en el cual se desarrollen actividades similares a las que tenía el arrendador. Para el caso que tratamos sugiero volver a considerar lo dicho en un tema anterior " obligaciones del arrendador en razón de la no renovación ".

6.15.11. DE LA LICENCIA ADMINISTRATIVA PARA EXIGIR LA ENTREGA DEL INMUEBLE.

Para que el arrendador pueda proceder a exigir la entrega del inmueble y poner término al contrato de arrendamiento, es menester la licencia administrativa. La norma que así lo exige se halla plasmada en el Dcto. 1070 de 1.956 en su Artículo 2º. se reglamentó posteriormente el dicho Artículo por el Dcto. 1616 del mismo año, en razón de la exigibilidad de entrega para ocupar el inmueble para su propia habitación o negocio, y la Resolución 245 de 1.956 en lo que hace con la exigibilidad de entrega del local para demolición. Más luego y en el año de 1.958 y por Dcto. 210 atribuyó a los Gobernadores de los Departamentos y al Alcalde del Distrito Especial de Bogotá la función de conceder la licencia respectiva; las decisiones que estos tomen serán apelables en efecto suspensivo ante la Su

perintendencia de Industria y Comercio, conforme a la Reforma - Administrativa de 1.968 (Artículo 25, Dcto. 2974 de 1.968).

Posteriormente, y ante la escalada del costo de la- vida, el gobierno nacional en el afán de evitar que ella continúe, al menos en cierto modo, dictó el Dcto. 2770 de 1.976 de - Diciembre 27, sobre control de precios del arrendamiento en las áreas urbanas, como también el Dcto. 63 de 1.977 de 14 de Enero que reglamenta al anterior y por el cual se expiden otras disposiciones.

A raíz de la expedición de los dichos decretos, por el cual se dictan disposiciones sobre el control de precios de- los arrendamientos, se han divulgado algunas opiniones acerca - de la interpretación de las normas mencionadas en el sentido - de que la congelación del precio de los arrendamientos de bienes urbanos debe aplicarse únicamente a los inmuebles arrendados para habitar y no a los locales comerciales cuyos contratos de arrendamiento están regulados por el Código de Comercio.

Ante dichas opiniones, el Ministerio tanto de Ha -- cienda como el de Desarrollo Económico consideran de fundamental importancia subrayar el alcance exacto de la medida y abundar en las razones de orden legal y de interés público general- que orientan la norma hacia el estricto control del arrendamiento de todos los bienes raíces urbanos sin excepción alguna, in..

clusive de aquellos locales dedicados al comercio.

Las disposiciones contenidas en el Dcto. 2770 se fundaron en la norma contenida en la Ley 7a. de 1.943, que otorga amplias facultades de intervención al Presidente de la Re-pública para regular el precio del arrendamiento de locales y habitaciones. Estas facultades son ilimitadas en el tiempo y se ejercen por medio de decretos con fuerza de ley. Los voceros del Gobierno dicen que no puede afirmarse válidamente que el Dcto. 2770 de 1.976 y su reglamentario el 63 de 1.977 al disponer la congelación del precio del arrendamiento de bienes urbanos, inclusive los locales comerciales, está contraviniendo las disposiciones del Código de Comercio sobre esta clase de contratos - por el contrario dicen: los decretos en cuestión protegen el derecho del inquilino a continuar en el uso y goce del inmueble después de haberlo ocupado por el término que el mismo Código señala, y asegura, dentro de la vigencia del contrato la estabilidad del canon inicialmente pactado, es decir, ampara el derecho de los arrendatarios para que no se modifique el canon durante todo el término de vigencia del contrato respectivo.

El Dcto. 63 de 1.977 y en lo que al tema me compete, trata de la licencia administrativa en sus artículos 9°, 10°, - y 14.

Según el artículo noveno, se podrá exigir la entrega

del inmueble cuando el propietario haya de ocupar el inmueble para su propia habitación o negocio, o para demolerlo y efectuar - nueva construcción o para reconstruírlo o repararlo. " En estos casos el arrendador deberá solicitar la licencia respectiva...."

El Artículo décimo, a su vez señala los requisitos - para solicitar la licencia.

Razones para no exigirse la licencia administrativa respecto a la restitución de inmuebles no renovados.

Cabría preguntarse, que norma ha de aplicarse si - no han transcurrido aún los dos años de ocupación a título de arrendamiento con un mismo Establecimiento Comercial.?.

Este vacío lo vino a colmar el Dcto. 63 de 1.977 - del cual se desprende la necesidad de la licencia administrativa para proceder al lanzamiento. Al respecto la norma señala - en su Artículo noveno, inciso cuarto, lo siguiente: " Los arrendatarios de locales comerciales que no se encuentren en las condiciones previstas en el Artículo 518 del Código de Comercio, quedarán amparados por lo dispuesto en este Artículo. Una vez- cumplido el término de dos (2) años de ocupación, para solicitar la entrega del inmueble se aplicará la dispuesto en el citado artículo 518 ". De su lectura es claro comprender que el inquilino que haya pactado un arrendamiento por menos de dos años

se acogerá a lo previsto en el artículo noveno del Decreto 63 - de 1.977. Así, si ha cumplido el contrato, en la forma dicha,- habiendo cancelado oportunamente los canones de arrendamiento - no se le podrá exigir la entrega del inmueble.

Se exceptúa de lo dicho sobre la entrega, cuando el propietario del local lo necesite (por un término mínimo de seis meses (6)) para su propia habitación o negocio, o haya de demo - lerlo para efectuar una nueva construcción o para reconstruírlo o repararlo con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin - su desocupación. "En estos casos el arrendador deberá solici - tar la licencia respectiva al Gobernador, intendente, Comisario o Alcalde Mayor de Bogotá, quien mediante resolución motivada - autorizará o negará la licencia. Contra esta providencia procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario que la- expidió y el de apelación ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

La licencia está, repito, es necesaria para poner - término al contrato de arrendamiento, como lo señala el Decreto 1070 de 1.956 Artículo 2º. y el actual decreto reglamentario 63 de 1.977 Artículo 9º. como se dijo antes. No se puede exigir - la licencia administrativa para poner término al contrato de a- rrendamiento de los locales comerciales apelando a las causales 2 y 3 enunciadas por el Artículo 518 del Código de Comercio, - por cierto muy parecidas a las del Artículo 2º del Decreto 1070 puesto que las causales que señala el estatuto mercantil son pa

ra no renovación.

Además, la licencia administrativa está consagrada- solo para los contratos sometidos al Decreto 1070 de 1.956, - pues así lo disponen las normas del Decreto 1616 de 1.956 y la- Resolución 245 de 1.956. Nuestro estatuto comercial separa de- dicho régimen a los contratos de arriendo sobre locales comer - ciales ocupados a título de arrendamiento para cuya exigibili - dad por no renovación, en virtud de lo dicho en los numerales 2 y 3 del Artículo 518, exige desahucio en los términos que deter mina el Artículo 520.

El desahucio dado con la anticipación deseada, no - basta para iniciar el juicio de lanzamiento, pues también es me nester el requerimiento de que habla el Artículo 2007 del Código - Civil para poner término a la renovación contractual. Como lo- dispone el Artículo 519 del Código de Comercio, las diferencias que ocurran al momento de la renovación del contrato de arrien- do se decidirán por las formas del procedimiento verbal. Esto- es: dentro del procedimiento verbal deberán aclararse los as - pectos encontrados para que sea posible la renovación o no del- contrato. Es allí mismo, donde se aportarán las pruebas condu- centes para acreditar las pretensiones, aspiraciones o posicio- nes de las partes.

La norma comercial solamente se refiere a la renova ción de los contratos y no a la congelación de los precios de -

los arrendamientos, no siendo pertinente la analogía.

En razón de lo expuesto, ha dicho y repetido la Superintendencia de Industria y Comercio, es el caso concluír que con la vigencia del Dcto. Ley 410 de 1.971 (Código de Comercio) este despacho y consiguientemente las Gobernaciones y Alcaldía- Mayor de Bogotá han perdido su competencia para conceder Licencias administrativas, cuando estas se refieran al arrendamiento de inmuebles para Establecimientos de Comercio, debido al cambio fundamental que se operó en el procedimiento,—— —— puesto que la Licencia de arrendamiento ha sido reemplazada por el- desahucio de 6 meses. En consecuencia para aquellos contratos- de arrendamiento de locales comerciales cuya vigencia se extien da, dentro de los límites del Dcto. ley 410 de 1.971, este se - aplicará en toda su extensión. (Jurisprudencia y Doctrina, To- mo II. Nº 14.) El artículo 524 del C. de Co. es una excepción de los principios generales que sobre tránsito de legislación - establecen las disposiciones de arrendamientos de inmuebles pa- ra Establecimientos de Comercio, forzosamente se ha de concluír que es ésta una norma de aplicación inmediata; estatuye de mane ra concreta y específica el concepto de orden público dentro de las normas que rigen el arrendamiento de los locales comercia - les.

A este respecto el Tribunal Superior de Pasto en - Sentencia del 27 de Abril de 1.977. Acta 259 dice: ".... sin - desconocer el carácter tradicional de que la Ley produduce efec tos para el futuro, dejando a salvo los derechos adquiridos -

(Artículo 30. C.N.) están inspiradas en razones de orden público en motivos de interés social que por voluntad expresa de la misma carta política, prevalecen sobre el interés particular o privado y esta es la gran razón por la cual el arrendamiento de inmuebles urbanos destinados a locales comerciales, se gobiernan por las disposiciones normativas contenidas en el Código de Comercio, y no por la legislación anterior".

"Tales disposiciones, según doctrina reiterada de la Superintendencia de Industria y Comercio y acogida generalmente en los estrados judiciales, están signadas por las siguientes características:

"A los mencionados contratos y a las controversias que de ellos se desprendan, se les aplican las normas pertinentes del Código Civil en cuanto no pugnen con las mercantiles". Por consiguiente, en manera alguna admiten la aplicación de los Decretos sobre congelación de arrendamientos, esto es, en los Decretos 1070 de 1.956, 1616 de 1.956. 2770 de 1.976 y 63 de 1.977".

"No sobra advertir en este punto, continúa diciendo el Tribunal, que los dos últimos decretos invocados se encuentran subjudice, pues han sido acusados ante el Consejo de Estado y ante la Corte Suprema de Justicia, por vicios de inconstitucionalidad y lo que es más importante, el Tribunal Superior de Medellín, mediante providencia del pasado 17 de Febrero, de-

cidido la excepción de inaplicabilidad del estatuto sobre a - rrendamientos por considerar que el viola en forma manifiesta,- la Constitución Nacional y en consecuencia dá cumplimiento a la norma de inaplicabilidad consagrada en el Artículo 215 de la - Carta.

Para concluír y compartiendo las opiniones de la Superintendencia y las del Tribunal, diría que, la congelacion de arrendtos de bienes inmuebles para establecimientos de Comercio, se suplió en el Código de Comercio por el derecho de renovación del comerciante arrendatario, sin que en ningún momento se permita la absoluta libertad de contratación. En segundo término, y de a - cuerdo con lo anterior, la licencia administrativa como requisito para iniciar el proceso de lanzamiento, en ningún caso se - requiere en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles - para los Establecimientos comerciales.

./.

PARTE TERCERA

7. NATURALEZA JURIDICA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

7.1 DIVERSAS TEORIAS.

Por que poseemos suficientes elementos de juicio creemos llegado el momento de formular y absolver éste interrogante. ¿ Qué naturaleza jurídica tiene ése conjunto de elementos heterogéneos llamado Establecimiento ?.

Creo que cualquier pronunciamiento que se haga sobre la naturaleza del Establecimiento de Comercio debe tener necesariamente como base el conocimiento de las diversas teorías que a través del tiempo han formulado, tratando de dilucidar este asunto, los diferentes tratadistas. Por ello nos proponemos a analizarlas a continuación.

Es el Establecimiento de Comercio por su carácter especial, el que más pugna ha ocasionado entre los tratadistas acerca de su naturaleza jurídica, conduciendo a teorías que se disputan la supremacía sobre este tema. Así, unos autores ven en él un patrimonio autónomo afecto a un fín especial; otros lo califican como una organización. Hay quienes afirman que se trata de un negocio jurídico, y por último, otros no dejan de sostener que se trata de una unión de elementos o una simple pluralidad de elementos heterogéneos.

7.1.1 TEORIA ATOMISTICA.

Explican la formación del mundo -

por la formación fortuíta de actos.

Según ella, el Establecimiento es una reunión de elementos de diversa índole que no alcanza a formar un todo dotado con una economía propia y que por consiguiente, no se le puede atribuír cualidades más que a sus elementos o componentes; no es una realidad, sino una ficción. Se niega pues la universalidad, se trata de explicar la naturaleza jurídica del Establecimiento según el sujeto individualmente considerado. Acepta sí la unidad de destino.

Bayart, dice que "por el hecho de prestar servicios, dados de un mismo modo, los bienes que componen el fondo de comercio no dejan de ser distintos y múltiples, conserva cada uno su naturaleza, en realidad no hay sino elementos distintos que tienen un carácter común, la unidad del Fondo de Comercio. Esta no es sino la idea abstracta y general que nos formamos sobre las características comunes de estos bienes diversos".

- Crítica.

Hay que anotar que, implícitamente se le niega la realidad jurídica al Establecimiento, y supone desde luego desconocer la fuerza de gravitación de los hechos económicos que en el campo del derecho penetran día a día con mayor fuerza, y que el derecho, que debe aparejarse con la evolución y el progreso, debe tener expresión jurídica entratándose de estos fenómenos. -

De allí que las leyes frente a esta realidad, pretenden protegerlo al máximo tanto en sus elementos como en un todo.

7.1.2. TEORIA DE LA PERSONALIDAD O DEL ENTE MORAL.

Fueron sus sostenedores los tratadistas alemanes Endeman, Momsem, Voldendorf, Tabor, Hassempflug. Sostuvieron que el Establecimiento no es un mero conjunto de medios de producción, sino una entidad con vida, con nombre propio, caracteristcias, funciones y crédito, nacionalidad, domicilio y sobre todo un patrimonio propio. Es decir, se concebía como un nuevo ûujeto, como una personalidad jurídica independiente de la persona del titular.

A este respecto, Endeman afirma que la casa comercial tiene una función propia que no depende del capricho del principal y a ella y no al principal, los dependientes consagran sus fuerzas, aquel no es más que el primero de sus empleados. Es el Establecimiento y no el comerciante quien inspira confianza a la clientela debiendo reconocérsele capacidad de obligarse y de adquirir derechos. Nace, crece y muere en virtud de vicisitudes propias. Es así como los sostenedores de ésta teoría consideran que las deudas no pasan del titular al sucesor que no las asume, sino que la empresa tiene deudas propias y las conserva, cambia solamente el primero de sus empleados.

Entre la fortuna personal del comerciante y el pa-

trimonio comercial ninguna confusión sería posible.

Vivante, criticando esta tesis replica que si se considera que el Establecimiento no depende enteramente de su dueño, cualquiera, en cualquier momento puede disponer de él a su voluntad. La afirmación de Endeman resulta fantástica en lo que se relaciona con su presunta autonomía. En nuestro sistema Legislativo, (hay que tener presente que escribe en 1.928) como en el sistema alemán, la Casa Comercial no se reconoce como persona jurídica distinta del comerciante que la explota, ni los usos, ni los intereses comerciales invocan esta abstracción puesto que los comerciantes suelen dirigirse para todos los negocios de la casa comercial a cualquier empresario como propietario del mismo, a él mirando su rectitud y solvencia al conceder el crédito.

Desde el punto de vista jurídico, la personalidad es un conceptoabstracto que sirve para indicar que a determinadosseres se les atribuya capacidad para ser titulares de derechossubjetivos. En el caso del Establecimiento, no hay lugar a dudas que es el comerciante el verdadero sujeto, como quiera queél responde con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas a raíz de la actividad del mismo y cualquiera ejerce los poderes jurídicos que emanan de él.

Además, el Establecimiento se halla a merced del titular, este dispone arbitrariamente su ampliación o reducción,-

o determina su liquidación, es ni más ni menos, un bien patrimonial objeto de derechos.

7.1.3. TEORIA DEL PATRIMONIO SEPARADO.

Teoría ésta sustentada por los tratadistas Krukrman y Becker donde se lo denominó Zweckvermogen.

Esta teoría no reconoce de modo alguno al Establecimiento de Comercio la existencia de personalidad jurídica. Ellos explican el problema, diciendo que es la noción de afectación, la que viene a darle al Establecimiento una vida jurídica propia, haciendo de éste una clase de patrimonio menor, en mucho parecido a la Merc Peculiaris de los Romanos (consistía en que una persona que estaba al cuidado del jefe de familia, con cía de la afectación comercial de una fracción del peculio de él, y con el cual se satisfacían las deudas contraídas por y con el cual se satisface-esa persona hasta concurrencia del valor de la misma fracción y a prorrata de la respectiva deuda).

Esta teoría no tiene acogida en los países Latinoamericanos, porque implica el desdoblamiento de la masa de bienes y choca abiertamente con la unidad e indivisibilidad del patrimonio, principalmente dominante en las legislaciones de éstos países. De allí que la firma se halle, personificada, que es el elemento esencial y característico del Establecimiento

de Comercio en el derecho alemán.

Generalmente el término patrimonio, es usado con -- falta de propiedad para indicar un conjunto de bienes, en vez - de un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas. Cuando se dice que el deudor responde con todo su patrimonio se indica solamente que lo hace con sus bienes (Derechos apreciables en dinero).

- Patrimonio separado.

La evolución de la responsabilidad en materia comercial se manifiesta con la admisión voluntaria establecida por el comerciante de separar o limitar unos bienes determinados para un fin especial.

Es así como se habla de patrimonio separado para referirse a dos o más masas de bienes singulares que sin dejar de pertenecer al mismo sujeto, están de por sí separados.

Generalmente el patrimonio es uno solo, no se conciben varias masas que tengan por titular un sujeto, por que aunque las mantenga separadas por razón de comodidad o experiencia administrativa, ellas a los ojos de la ley forman una masa única. El sujeto responde a todas sus deudas con todos sus bienes.

La noción de patrimonio separado es útil en cuanto-funda estas posibilidades:

a) Atribuír o reservar ciertos bienes a un exclusivo destino, quedando excluída toda otra finalidad.

b) Reservan a un cierto grupo de acreedores un determinado -- núcleo de bienes sobre los cuales pueden ellos satisfacerce con exclución de cualquier otro acreedor: los demás a - creedores quedan por fuera, solo con los bienes restantes- del grupo especial, en caso de quedar, pueden satisfacerse subsidiariamente.

- Principios comunes del patrimonio separado.

1) No puede ser dedicado a fines diversos de los propios, -- por ende no puede ser enajenado, ni usufructuado por su titular para fines extraños.

2) Cumplida su función, los bienes que lo integran vuelven - al patrimonio del titular.

La legislación Colombiana admite en opinión del profesor Arturo Valencia Zea, estos patrimonios separados:

- Peculio profesional o industrial.

- La herencia.
- La sociedad de gananciales en relación con los bienes pro - pios de cada Cónyugue.
- El patrimonio o bienes de familia.

- Crítica.

En mi opinión, el Establecimiento de Comercio no es un patrimonio separado, su titular responde de las obligaciones contraídas en el ejercicio del negocio y de las extrañas a este, con todo su patrimonio. Los acreedores del Establecimiento no tienen un privilegio especial en relación con los demás acreedores, y por tanto con los elementos que lo integran, los que representan garantía común de los acreedores mercantiles y civiles, salvo causas legítimas de preelación (la hipoteca). Por otra - parte, en el patrimonio separado la cohesión de los distintos elementos es púramente artificial ya que se trata solo de una - creación legal encaminada a proteger determinados intereses extrínsecos, en cambio en el Establecimiento se produce una íntima conexión económica de los distintos elementos, la cual opera dentro de un régimen uniforme a que está sometida la figura.

7.1.4. EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO COMO UNIVERSALIDAD DE HECHO.

Según esta teoría el Establecimiento de Comercio está compuesto de un cierto número de elementos que, -

no obstante su reunión, conservan su individualidad propia. Es- decir pese a conservar su individualidad cada elemento, se consideran como una universalidad. Esa característica universalidad de hecho resulta siempre de una situación provocada por la- voluntad de la persona humana.

La mayor parte de los autores franceses entre ellos Lyon, Cleam, Renault, y Ferrara y la Jurisprudencia dn su su - conjunto consagran esta opinión.

Veamos lo expuesto por los autores a este respecto: Vivante anota: "La pluralidad y heterogeneidad de los elemen - tos constitutivos del Establecimiento de Comercio, no son incompatibles con la idea de conjunto organizado de bienes susceptibles de ser, considerados, evaluados o enajenados unitariamente o en bloque. En la práctica del comercio los Establecimientos- fabriles o mercantiles son objeto de frecuentes operaciones o - negocios, y lo que se vende o arrienda no es cada uno de sus - distintos elementos sino el conjunto de todos ellos, con la organización que les ha dado el empresario" por eso, agrega: " - los expositores se han puesto más o menos de acuerdo para concebir el Establecimiento de Comercio como una universalidad de hecho". (18).

---

(18) VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Pág. 495.

Dice Rocco:"El Establecimiento Mercantil entero, - depende de la voluntad del propietario, que puede perfectamente, cuando quiera, cambiar el destino no solo del conjunto de cosas, sino del conjunto de bienes que constituyen el Establecimiento; puede liquidar y vender la hacienda cuando le plazca y pueda - disminuírla o aumentarla cuando le convenga; puede destinar al- Establecimiento cosas que constituyen su patrimonio privado, o- separar del Establecimiento bienes para destinarlos a éste últi mo o para venderlos; y todo esto demuestra evidentemente que el Establecimiento es una simple Universitas Facti, de cuya composición y vida resuelve la voluntad del propietario". (19).

De estas dos exposiciones se hace resaltar, que los elementos corporales e incorporales del Establecimiento configu ran, pues, una universalidad simplemente de hecho, la cual funciona y existe sin autonomía alguna dentro del derecho.

7.1.5. EL ESTABLECIMIENTO COMO UNIVERSALIDAD JURIDICA.

Se considera al Establecimiento de Comercio como un conjunto de derechos y cosas que no pierden su unidad pero que sin embargo se consideran como universalidad. Esta uni

---

(19) ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Pág. -- 240.

versalidad jurídica resulta siempre de una creación de la Ley.-

" Decir que Establecimiento Mercantil es una universalidad de hecho es ya un notable avance, porque en reconocer una situación real, que se desarrolla y produce nuevas situaciones en la vida del comercio; pero es una posición demasiado negativa, que se limita a analizar la cuestión por su aspecto económico y a la luz del derecho positivo, vigente, sin hacer una labor de doctrina en busca de soluciones adecuadas para los problemas jurídicos a que da origen esa universalidad de hecho. Porque esta necesita de un régimen especial, que salve su unidad económica y la proteja, para facilitar su conservación y su movilidad en la vida del derecho". Por esto se hizo necesario considerar al Establecimiento de Comercio como una "Universalidad jurídica " caracterizada como lo dice Bensa "por la separación de manera absoluta entre el patrimonio comercial y el patrimonio civil de la persona que ejerce el comercio y que ha creado un Establecimiento de comercio". Dicha separación tiene consecuencias notables: como sería respecto de las relaciones con la responsabilidad del propietario del Establecimiento. Así este no quedaría obligado por las deudas contraídas por él en la explotación del Establecimiento, sino hasta concurrencia del valor mismo y por consiguiente, si su activo comercial no llegare a alcanzar para cubrir su pasivo, los acreedores no podrían reclamar el pago con bienes pertenecientes al activo social (20).

Es así como todos los elementos del Establecimiento, tanto corporales como incorporales, que tienen una común -

destinación en el Establecimiento (unos en función de otros) - y que pueden determinarse y aún separarse, se deben aceptar en- el derecho de la misma manera como se presentan y operan en la- vida económica; de allí que la ley no les de un régimen distin- to a cada uno de ellos, evitando con ello la disgregación. A - este respecto José Gabino Pinzón afirma, citando a Vivante: "Pa ra evitar esa disgregación del Establecimiento que no puede me- nos de producir la liquidación de la empresa, hay, pues, necesi - dad de organizar ese "conjunto de cosas y de derechos, reunidos por obra de la ley para un común destino de explotación y ga - rantía", que constituye la universalidad jurídica". (21).

- Crítica.

En razón de lo dicho no es difícil concebir que un Es- tablecimiento de comercio, como universalidad jurídica, necesi- tará sus elementos para mantenerse también como unidad económi- ca del Establecimiento, pero no es tan claro pretender que a una unidad económica del establecimiento corresponda necesariamente una unidad jurídica. Lo que sucede, en últimas, es que haya u- na unidad funcional, esta interdependencia funcional es lo que- le da valor jurídico y económico. Punto de vista este en que se - argumentan los de la teoría de la organización, y que adelantán dome a una conclusión diría que es la más adecuada a nuestro ré gimen, como se verá en su oportunidad.

(21) GABINO PINZON, José. Introducción al Derecho Comercial. Pág. 155.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

Los argumentos de las teorías de la Universalidad de hecho como la de la universalidad jurídica pueden resumirse, en síntesis así:

1) Mantener la integridad de la empresa para beneficio de los acreedores.

2) Lo importante en el Establecimiento son los bienes de valor indefinido y mirados en forma unitario.

3) El Establecimiento no desaparece por el uso, queda subsistiendo pese al cambio de valores.

4) En virtud de la subrogación unos elementos suplen a otros.

5) La coordinación de esos elementos conlleva una direción o-- jefatura y la salida de este nada significa.

6) Sus elementos se hallan unidos por nexos jurídicos y económicos.

7.1.6. TEORIA DE LA UNIVERSALIDAD JURIDICO-ECONOMICA.

Tiene en Mossa, Carraca, Rotondi y Casanova, a sus defensores y, consiste en considerar al Fonde de Comercio "una formación jurídica que corresponde a otro de orden económico".

Se fundamenta la tesis en el hecho de que el Fondo o Establecimiento de Comercio perdura como tal, no obstante alternarse las personas que lo dirigen, que lo posean o desenvuelvan su acción.

Cambia frecuentemente hasta en el género, en razón de los nuevos recursos de la técnica o de las transformaciones que sufra, ya desde el punto de vista social (reforma estatutaria, de constitución, o de dirección etc.) o por los bienes que por su acción produzcan o formen parte de su patrimonio, pero se sostiene como ante de derecho y de comercio.

Para tal efecto Francisco José Garó expone su opinión al respecto, en su derecho comercial, parte general: "Las nuevas legislaciones han considerado estos Establecimientos de Comercio como entidades jurídicamente individualizadas con relación a los demás bienes del mismo propietario; el complejo está unido por un nexo jurídico-económico de tal modo que solo excepcionalmente alguno de sus elementos pueden enajenarse aislados o separados de él, es decir sin afectar el todo. - por consiguiente, se entiende que, se impone reconocer que se está en presencia de una realidad jurídico económica y que en consecuencia, resulta absurdo, ante la más elemental lógica y frente a los principios que rigen la materia, sostener, que es una mera "universalidad de hecho" al igual que si se trata de un rebaño o de una biblioteca".

Los críticos a la tesis anterior sostienen que no

es necesario encuadrarlo en una u otra de las universalidades clásicas; afirmando para tal efecto que si la elección fuere necesaria, primaria la universalidad de derecho, pero advirtiendo, claro está, que no se trata de una universalidad de cosas.

7.1.7. TEORIA DE LA ORGANIZACION O PROPIEDAD INCORPORADA.

Sus sostenedores fueron Escarra, Ripert, Pisko, e Issai.

Esta teoría parte de la idea de la organización de los elementos del Establecimiento, y la centra a su vez en el concepto de coherencia funcional: "Cada elemento encuentra en los demás su propio complemento y concurre a proporcionárselo a los demás. Así la Empresa o Establecimiento Mercantil, constituye una cosa compuesta, un aspecto organizativo y otro funcional o económico". Esta teoría a mi parecer es la más aceptable y parece ser que es lo que más se acopla con la definición del Artículo 515 de nuestro Código de Comercio.

A pesar de que al hablar de esta teoría se vió un aspecto organizativo y otro funcional, es obvio, que se trata de un todo, de una unidad. Al respecto afirma Emilio Langlé:-

"... el derecho positivo español conoce la existencia de la empresa como un todo y permite que sobre él puedan crearse relaciones jurídicas". (22).

Por su parte el Profesor Garríguez expresa: "La empresa es una organización económica de elementos heterogéneos: cosas corporales, derechos de variada índole y relaciones materiales de valor económico, que no son cosas ni derechos. Los elementos de la empresa parecen unidos por el vínculo ideal del destino económico único, idea organizadora". (23).

7.2. NATURALEZA JURIDICA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO, SEGUN NUESTRA LEGISLACION.

El Establecimiento de Comercio ya no es un conjunto cualquiera de bienes, sino un conjunto organizado, dotado de una unidad —— ——— funcional que deriva precisamente de la unidad de destino de tales bienes y que crea entre ellos una verdadera fuerza de atracción. No se trata, desde luego, de una verdadera universalidad jurídica, puesto que el Establecimiento sigue formando parte del patrimonio del empresario, sin entrar a constituír un patrimonio autó

---

(22) LANGLE, Emilio. Manual de Derecho Mercantil Español. Pág. 33.

nomo o separado, cuyos activos estén especialmente afectos al-
pago de las obligaciones contraídas en desarrollo de la empre-
sa, ya que de todas estas responde el empresario no sólo con -
los bienes del Establecimiento, sino con los demás de su patri-
monio. Significaría pues una manera de aplicar la teoría de -
las universalidades de hecho, pero no desprovista de relevan -
cia jurídica, pues no es posible determinar los activos desti-
nados al desarrollo de la empresa, solamente, sino también las
obligaciones contraídas directamente en razón de la misma par-
te para transmitir los unos y los otros al empresario adqui -
riente.

La teoría del Establecimiento como "ente moral o-
teoría de la personalidad", tiene aplicación en nuestra legis-
lación pero a través de algunas de las fórmulas societarias. -
Igualmente la teoría del patrimonio separado (es la afectación
la que le da vida jurídica propia al Establecimiento de Comer-
cio) tiene aplicación igualmente mediante la fórmula societa -
ria , ya que entre nosotros no es aplicable ésta como en otros lu-
gares como, Alemania. Según la cual un mismo empresario que -
emprende y controla actividades diferentes vincula a cada uno-
de ellas porciones de su capital, las cuales son estimadas ju-
rídicamente como patrimonio separado.

En forma directa, al ciudadano Colombiano no le -
es posible separar una parte de sus activos para destinarlo a-
un Establecimiento comercial específico, el cual responderá -

hasta el monto que se le haya asignado. En cambio puede hacer lo usando de la fórmula societaria "Sociedad Limitada" por e - jemplo, cosa similar ocurre con la teoría de la universalidad- jurídica.

8. CARACTERES GENERALES DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

Como- síntesis, de lo dicho en tratándose de la teoría para explicar la naturaleza jurídica del Establecimiento y ubicación del mismo, conviene dejar muy claro los rasgos principales de él.

a) Unidad de objetivo.

Hay un vínculo que unifica ese com - plejo número de elementos heterógenos, unión ideal, no mate - rial por el empresario, hasta formar una realidad que es objeto de relaciones jurídicas. Surge el Establecimiento cuando - esa unidad se explota. Se puede enajenar en bloque siempre - que haya venta, permuta, donación, prenda, usufructo, etc. de- un Establecimiento; se debe preferir la venta en bloque como - unidad económica y que por cierto le da mayor valor económico- y jurídico.

b) Heterogeneidad.

se halla integrado por un conjunto de- -

bienes que tienen su naturaleza intrínseca, es decir propia, - que puede ser material como inmaterial. Así: bienes corporales, tales como, muebles, mercancías: bienes incorporales: marcas,- patentes, etc. Hay bienes estables y permanentes como el nombre y otros que se pueden sustituír, como las mercancías, por- estar involucrados dentro del dinamismo económico del Establecimiento.

Los bienes que se utilicen dentro de la empresa - le pueden pertenecer al titular del Establecimiento (empresa - rio) en forma total o parcial y puede recaer tanto sobre bie - nes corporales como sobre incorporales. De allí que puede dar se un local en arrendamiento o usufructo.

c) Individualidad.

Ese conjunto heterogéneo de bienes, no - implica unificación física integral, en el sentido de que es - tos bienes pierdan su individualidad al dar vida al cuerpo.

Continuan esos bienes siendo distintos y cada uno de esos bienes pueden ser objeto de diversos derechos, indepen dientemente, a pesar de su destino económico unitario.

Hay entre esos elementos, sí, interdependencia -

funcional y esto es lo que les da mayor valor.

d) Ese conjunto de bienes no incluye inmuebles.

A este res - pecto cabe señalar que, el Establecimiento es un bien mueble - y no se lo podría considerar como inmueble, puesto que el Esta blecimiento de Comercio no es accesario del inmueble. Para - que los muebles por naturaleza sean reputados como inmuebles - es necesario que estén en beneficio e interés del inmueble prin cipal, y en el Establecimiento lo principal es el equipo (mue- ble).

Se podría pensar que fuesen inmuebles por desti - nación según la norma del Artículo 658 las maquinarias y equi- pos del Establecimiento de Comercio, en fín sus elementos, - que se hallaren adheridos al piso o paredes, pero no es así - puesto que para ello es necesario que esos muebles sean:

1) Accesorios, pero ocurre que el Establecimiento de Comer - cio no es accesorio del inmueble o local donde se asien - ta, como dijimos.

2) En beneficio e interés del inmueble principal, pero su - cede que el equipo, sus bienes, son lo trascendente y no- el inmueble.

3) Que se dediquen al uso, cultivo del inmueble, y el empresario cuando inmoviliza la maquinaria, por ejemplo, lo hace por cuidado; y además ese enclave es transitorio.

e) Es un bien incorporal.

El Establecimiento está constituído por elementos tanto corporales como incorporales, con existencias autónomas y el titular tiene el derecho a que se le respete cada uno de esos elementos, tanto separados como integrados, tal es el caso de la competencia desleal, que ya vimos, artículos 75 y 76, caso en el cual se pone de manifiesto la protección de los elementos ya integrados en el Establecimento en sus marcas y patentes.

Ese carácter incorporal del Establecimiento no impide que sobre él sea posible el arriendo, hipoteca etc.

f) Medio funcional e instrumental de la empresa.

Tanto el Establecimiento (medio), como la empresa (fín), suponen la presencia real o presunta del empresario, este organiza la pluralidad de elementos con el fín de obtener una mayor productividad.

9. PROTECCION LEGAL DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

9.1 EN SU UNIDAD ECONOMICA.

Un aspecto de suma importancia del Establecimiento de Comercio es la de mantener su unidad, es decir, evitar que los diferentes elementos que lo integran se disgreguen por las operaciones que puedan recaer en él. Naturalmente se comprende que si esa unidad de explotación organizada, se desintegra, en éste caso, el Establecimiento que le sirve para realizar los fines a la empresa, se tiene por aniquilada la producción en el ramo a esté dedicado.

Lógicamente que no toda disgregación o separación de elementos en el Establecimiento implica su desaparición de la vida económica, pero ello sí es posible, si se trata de aquellos elementos que mantienen vinculada a la clientela, puesto que para este caso, serían los esenciales, sin los cuales no es posible lograr el desarrollo del Establecimiento.

De las operaciones que pueden recaer en el Establecimiento y que dan lugar a terminar con su unidad económica de explotación, encontramos especialmente las ventas forzadas sin descartar las voluntarias, las particiones de bienes comunes y la partición de herencias. Sobre estos fenómenos jurídicos se muestra inquietud en las legislaciones por aplicar leyes sustantivas y de procedimiento, tendientes a conservar la-

organización unitaria del Establecimiento. Así tenemos lo que- el Código Italiano trae alrrededor de la Empresa, como unidad-- económica organizada con relativa estabilidad; señala:

1. Prohibición para el enajenante, de iniciar, durante los -- cinco años siguientes a la enajenación, toda nueva empre-- sa o actividad que, por su objeto, su ubicación o cualquier otra circunstancia pueda desviar la clientela del Establecimiento enajenado. Artículo 2527 Código Italiano.

2. Sustitución del adquirente del Establecimiento en los contratos celebrados, para el desarrollo de la empresa y que- no se hayan dado exclusivamente en consideración a la persona del enajenante. Artículo 2558 C. Italiano.

3. Solidaridad del enajenante y del adquirente respecto de -- las deudas contraídas en interés de la empresa a que está- destinado el Establecimiento, si ellas constan en los li - bros obligatorios de contabilidad. Artículo 2580 C. Ita - liano.

4. Prohibición de transferir el nombre comercial separadamente del Establecimiento, para cuya denominación se esté utilizando. Artículo 2560 C. Italiano.

La ley Mejicana sobre quiebras persigue idénticos fines al instituír que "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 tuviese varias sucursales, o por la complejidad de su actividad pudieren hacerse enajenaciones parciales de conjuntos de bienes susceptibles de una explotación unitaria, se procederá a ello;

3. Enajenación total o parcial de las existencias de la empresa, mediante la 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". (24).

En nuestra legislación, siguiendo a muchas extranjeras, tenemos tanto en el Proyecto de Código de Comercio de 1958, como en la legislación vigente, reflejo de la ley mexicana de quiebras, como se puede deducir del siguiente artículo "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. Si no pudiere ha - cerse en tal forma, se efectuará la enajenación separada de - sus distintos elementos".

"En la misma forma se procederá en caso de liquidación de sociedades propietarias de establecimientos de comercio y de particiones de establecimientos de que varias personas sean condueñas". (Artículo 517 del Código de Comercio).

También encontramos la influencia de la legislación italiana en la colombiana a este respecto de la unidad - del Establecimiento, y dice: "El enajenante y el adquirente - del establecimiento responderán solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta elmomento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre - destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad". (Artículo.528 del Código de Comercio); curiosamente la anterior disposición que se halla en el Código Italiano en forma idéntica a la señalada anteriormente como muestra, se encuentra complementada por lo dicho en el estatuto francés a este respecto, que señala los requisitos valederos de la enajenación en que se protegen a los acreedores - del enajenante.

9.2. <u>EN SUS BIENES CORPORALES</u>.

Como venimos aceptando, la dis-

gregación de los diversos elementos que conforman el Establecimiento implica su muerte económica, y más cuando sea uno esencial que ligue a la clientela; no menos salta a nuestro entender la imposibilidad de hablar de Establecimiento sin bienes corporales o materiales. El campo de la economía es el de los bienes y servicios, los primeros nos muestran la realidad tangible, posible de valoración económica.

Entonces tenemos que si la legislación no se orienta a proteger esa realidad estaríamos restándole al Establecimiento su objetivo, cual es el de proporcionar la comunidad de bienes y servicios. Encontramos entre los bienes corporales unos que conforman el activo fijo del Establecimiento y que no se destinan a la especulación, sino para la actividad del comerciante, bien como material de oficina, ora como transporte, ya como maquinaria de industria; en cambio las mercancías o productos, que conforman el activo en circulación tienen naturaleza corporal, en cuanto su destinación sea la especulación, no se incluyen los títulos valores, ni el mismo dinero, pues no está el Establecimiento dedicado al trato con ellos.

9.3. EN SUS BIENES INCORPORALES.

Bajo este punto tendríamos que pretender abarcar una serie de derechos fundamentales a protegerse.

Las normas deben velar porque los elementos incorporales no se disocien y mantener vivo el Establecimiento, regularmente con medidas que van desde la prevención, pasando por la protección del comerciante, hasta la sanción cuando se ha quebrantado el derecho o privilegio que se tenía con la explotación.

Los países se han preocupado por legislar sobre este aspecto para que la competencia desleal no quiebre la unidad del Establecimiento, lo propio se ha hecho cuando los derechos sobre las invenciones se han usurpado, en esta última modalidad hay lugar a las acciones del caso para el logro de la protección.

./.

PARTE CUARTA

10. ADMINISTRACION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO.

10.1. CONCEPTO PRELIMINAR.

El Establecimiento de comercio como un conjunto organizadoy en constante cambio, necesita para su perfecto desarrollo y marcha una persona que esté al frente de él y le imprima el impulso necesario para que pueda salir adelante y cumplir los objetivos que se ha propuesto.

Cuando el Establecimiento es de características reducidas, bastará para dirigirlo o administrarlo que su titular se encargue directamente de tales labores; en otros casos, la complejidad del Establecimiento hará indispensable un mayor número de personas para el desempeño de esa labor, pero sujetas en todo o en parte a su patrón, y gozarán de una relativa independencia. Dichas personas en el ejercicio de sus funciones crean relaciones de hecho como de derecho, frente a su mandante y a la clientela, igual cosa aquel a esta; surge entonces la administración que pudiéramos llamar indirecta y conocida legalmente como contrato de preposición.

10.2. CONTRATO DE PREPOSICIÓN.

La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un Es-

tablecimiento de Comercio o de una parte o ramo de la activi - dad del mismo. En este caso, el mandatario se le llamará Factor.

El contrato de preposición es una forma de mandato comercial por disposición legal, a falta de disposiciones - comerciales se aplicarán las del Código Civil. Además el Artículo segundo del Código es muy claro en darle prelación a la legislación civil sobre la constumbre mercantil en caso de que no haya claridad, o existan vacíos en la legislación actual.

10.2.1. EL FACTOR.

Es la persona encargada de la administración de un Establecimiento mercantil o fabril. Los italianos lo consideran como: "aquel propuesto por el titular para el ejercicio de una empresa comercial"; los chilenos, por- su parte, lo definen con criterio más amplio: "gerente de un- negocio o establecimiento comercial o fabril.... que lo dirige o administra según su procedencia y por cuenta de su mandante".

10.2.1.1. NOMBRAMIENTO DEL FACTOR.

El factor es un mandatario y para que adquiera ese carácter requiere de un po-

der que, como dice Gabino Pinzón: "Constituye el título de - que legitima para el empresario los actos del factor y determi na, no propiamente las facultades que corresponden al adminis- trador, sino las limitaciones impuestas por el empresario a - las facultades legalmente inherentes al mandato".

Nuestro Código dice al respecto en su Artículo - 1333: "La preposición deberá inscribirse en el registro mercan til (Artículo 28 numeral 6); no obstante, los terceros podrán- acreditar su existencia por todos los medios de prueba. La re- vocación deberá también inscribirse en el registro mercantil,- para que sea oponible a terceros; la no inscripción en el regis tro implica que el contrato no produce efectos, se sancionará- con la inoponibilidad del acto frente a terceros que contrata- ren con el factor.

Entre los Italianos existe igualmente la formali- dad del registro (Artículo 2206), dicha formalidad tiene como- fín el que los terceros conozcan las limitaciones impuestas al factor, pues de lo contrario este se considera que goza de la- representación en general y aquellos que no son inoponibles a los que con él hubieren contratado.

10.2.1.2. QUIENES PUEDEN SER FACTOR.

En primer têrmi-

no toda persona, así como también los menores con dieciocho años cumplidos, los quebrados no sancionados penalmente, aún antes de obtener su rehabilitación; según lo dispone el Artículo 1334.

10.2.1.3. FACULTADES DEL FACTOR.

En general, la tendencia de las legislaciones es la de otorgarle al factor las más amplias facultades en el desarrollo de sus funciones. Nuestro Código en su Artículo 1335 expresa: "Los factores podrán celebrar o ejecutar todos los actos relacionados con el giro ordinario de los negocios del Establecimiento que administren, incluyendo las enajenaciones y gravámenes de los elementos del establecimiento que estén comprendidos dentro de dicho giro, en cuanto el preponente no les limite expresamente dichas facultades; la limitación deberá inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros". En síntesis, el factor, salvo las limitaciones de ley o las señaladas en el poder, puede realizar todas las operaciones inherentes a su cargo. Existe un principio general de derecho que expresa como "la naturaleza del negocio determina la extensión de los poderes para conseguir los objetos del mandato".

10.2.1.4. LIMITACIONES AL FACTOR.

Estas tienen dos mo-

dalidades.

a) Le está vedado ejecutar los actos que expresamente se le han prohibido en el contrato de preposición. El factor se encuentra autorizado para realizar o ejecutar todos los actos relacionados con el cargo que aceptó y que tengan que ver con el giro ordinario de las negociaciones del Establecimiento. Artículo 1335.

b) Los factores no podrán, sin autorización del preponente, negociar por su cuenta o tomar interés en su nombre o el de otra persona, en negociaciones del mismo género de las que se desarrollan en el Establecimiento administrado.

En caso de infracción de ésta prohibición, el preponente tendrá derecho a las utilidades o provecho que obtenga el factor, sin obligación de soportar la pérdida que pueda sufrir.

10.2.1.5. MANERA DE OBRAR DEL FACTOR.

Es cosa natural en la forma o figura del mandato, dentro de la cual la preposición solo constituye una variación, que el mandatario ejecute los actos que se le encomienden y cuyas consecuencias hacen siempre

relación a su comitente como si el mismo hubiere intervenido.- Pero el mandatario puede presentarse ante los terceros obrando en dos formas; en su propio nombre o en el nombre de su mandante.

Al respecto el Código dice:

Artículo 1.336: "Los factores deberán obrar siempre en nombre de sus mandantes y expresar en los documentos que suscriban que lo hacen "Por poder". Obrando en esta forma y dentro de los límites de sus facultades, obligarán directamente al preponente, aunque violen las instrucciones recibidas, se apropien del resultado de las negociaciones o incurran en abuso de confianza".

Cuando el factor obra en su propio nombre en actividades que no se relacionen con las actividades del negocio, siempre será él el responsable. Sin embargo, el Código siente algunas presunciones táxativamente señaladas en la norma, a saber: Artículo 1.337: "Aunque los factores obren en su propio nombre, obligarán al preponente en los casos siguientes:

a) Cuando el acto o contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento administrado y sea notoria la calidad del factor de la persona que obra.

b) Cuando el resultado del negocio redunde en provecho del -

preponente, aunque no reunan las condiciones previstas en el ordinal anterior.

PARAGRAFO.- En cualquiera de estos casos, los terceros que contraten con el factor podrán ejercitar sus acciones contra este o contra el preponente, más no contra ambos.

Entonces, los terceros pueden, por tanto, optar por ejercer la acción contra el factor que contrató en su nombre, o bien contra el patrón, aunque éste no haya intervenido, ni en su representación se haya actuado, siempre y cuando haya sido la causa principal el negocio. En el primer caso el factor no puede excusarse de la obligación. En el segundo, cuando los terceros dirigen su acción contra el patrón podrán hacerlo solo cuando demuestren que él se benefició con el negocio.

10.2.1.6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FACTOR.

El factor tendrá derecho a la remuneración, según norma prevista en el Artículo 1.264 del Código de Comercio, que dice: "El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos".

Así mismo según lo dispuesto por el Artículo 1.338 del dicho código, los factores tendrán a su cargo las siguientes obligaciones: "..... el cumplimiento de las leyes fiscales y reglamentos administrativos relativos a la empresa o actividad a que se dedica el establecimiento administrado, lo mismo que las concernientes a la contabilidad de tales negocios, so pena de indemnizar al preponente los perjuicios que se le sigan por el incumplimiento de tales obligaciones". Es decir deberá informar de la marcha del negocio, rendir cuenta detallada y justificada de su gestión por medio de la contabilidad, el pago de los impuestos etc.

10.2.2. LOS DEPENDIENTES.

El contrato de preposición puede tener por objeto, según la noción que dábamos al principio del presente tema, o la administración general de un Establecimiento de Comercio o solamente una parte de él o de las operaciones propias de la empresa. En el primer caso, es el ya analizado sobre el factor, el segundo caso contempla la limitación del objeto del contrato, el cual impone restricciones a las facultades o funciones del administrador, que no sustituye propiamente al empresario, frente a los terceros, sino que colabora con él en determinada acción o ramo de su actividad, como simple ejecutor o bajo la dirección inmediata del propietario, por esto el administrador ya no recibe el nombre de factor, sino el de simple dependiente del comercio.

10.2.2.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DEPENDIENTE.

Las facultades del dependiente resultan de la subordinación a su patrón, y son más limitadas que las del factor. Sus actos hacen relación con la gestión interna del Establecimiento y ciertos actos jurídicos para los cuales requiere autorización especial. Los dependientes cuya labor consiste en la venta de mercancías por mayor o al detal se entiende autorizados para efectuarlas siempre que el acto se realice en el Establecimiento y sea de contado, pudiendo expedir el saldo correspondiente, siempre que firme a nombre de su patrón. Sin embargo, el acto es válido aunque se omita alguno de los requisitos mencionados si el recibo otorgado por el dependiente estuviere escrito por el patrón o por otra persona autorizada por él.

Por otro aspecto del dependiente puede obligar a su comitente con las personas con quienes éste lo haya dado a conocer como tal ya por circulares como autorizado para firmar su correspondencia o ejecutar algunas operaciones de su tráfico, siempre y cuando que los contratos se suscriban a los actos o negociaciones que se le hubiere confiado.

El dependiente puede asumir varias modalidades,-- según la forma en que desarrolle sus actividades; así se denomina "sedentario" el que habitualmente las ejerce en el Esta-

blecimiento, "ambulante, que atiende la clientela en el domi - cilio de la Hacienda, "agentes viajeros" los que recorren el - país vendiendo mercancías por cuenta de la empresa que repre - sentan.

Como comprendemos de lo dicho, es pues el depen - diente una persona que no es un representante directo del pa - trono, de allí que las relaciones que entre ellos surjan co - rresponderá reglarlas o regirlas al contrato de trabajo, pues- to que existe la subordinación, o dependencia continua, el tra bajo personal, salario etc. De allí que su estudio coresponde rá al código sustantivo del trabajo.

./.

PARTE QUINTA

11. ENAJENACION DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

11.1 INTRODUCCION.

Desde que hizo su aparición en el campo del derecho la noción de Establecimiento de Comercio, reconociéndose lo que en realidad era un hecho palpable, fue de gran importancia dentro de ésta materia, lo relativo a la enajenación del mismo. Asunto este que ha dado lugar a problemas de diversa índole, así, sobre la actividad del empresario en relación a los créditos o deudas, obligaciones etc. además del aspecto que en concreto respecto de cada uno de los elementos integrantes de la Hacienda se refiere.

Por otro lado se manifiesta el interés de proteger la unidad y organización constituída por el Establecimiento, dándole la protección necesaria y, evitar la disgregación de sus elementos, esto es lo que se refiere especialmente a las enajenaciones en bloque. Esta clase de enajenación en bloque facilita la conservación del Establecimiento de comercio e impide consiguientemente, la desintegración de la empresa a cuyo servicio se encuentra organizado, pero pueden crear, sin embargo, problemas especiales no solo en relación con los acreedores del enajenante, sino también respecto del adquirente mismo. Estos problemas son, por lo demás, de difícil solución -

en la práctica, porque en el país como en muchos otros países- solamente se dispone de reglas consuetudinarias y estas como - obras de los comerciantes mismos, que las van elaborando con - sus actos, no siempre aseguran ese equilibrio jurídico que de- be haber entre los intereses de los contratantes y de los ter- ceros.

En Colombia el Decreto 410 de 1.971 o mejor llama do Código de Comercio trata sobre este aspecto.

El titular de la empresa o Establecimiento tiene- sobre este un derecho de propiedad y por consiguiente puede - disponer de él, como a bien tenga, siempre que no lesione de - recho ajeno ni el bien común (Artículo 30 de la Constitución - Nacional y 16 del Código de Comercio). Puede efectuar toda se rie de negocios jurídicos: lo transmite: por venta, permuta, donación, herencia o legado, lo da en usufructo, arrendamiento o en prenda. Esto nos deja ver claramente que el Estableci - miento de Comercio es cosa mercantil.

El establecimiento puede transmitirse bien intervi vos (traspaso o cesión) o mortis causa (herencia o legado).

11.2. OBJETO DE LA ENAJENACION.

El primero de los problemas -

que presentan estas enajenaciones en bloque es, en cada caso, la determinación del contenido de la venta. Francia ha resuelto este problema al decir que a falta de estipulación expresa de los contratantes, una venta debe incluír por lo menos, la enseña, el nombre comercial, el derecho a que no sea desviada la clientela, el arrendamiento del local y el aviamento.

Nuestra legislación ha resuelto el problema diciendo: "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 la integran". Artículo 525 del Código de Comercio.

Para una mayor compresión o individualización de los elementos en el acto de la enajenación a fín de que el comprador pueda tener certeza de lo que se le transfiere, o sea, cuales son los elementos integrantes del Establecimiento, el Código condiciona tal requisito a los libros de contabilidad sin perjuicio de un inventario que por separado se debe efectuar.

11.3. FORMALIDADES DE LA ENAJENACION.

Si la enajenación tiene por objeto el Establecimiento en bloque, por lo menos con todos los elementos necesarios, para que no pierdan ni su unidad

ni su aptitud para las actividades del empresario, y no propiamente cada uno de esos elementos aisladamente, debe haber una- consiguiente unidad en las formalidades del caso. Para lo que es una sola enajenación por el objeto de ella y la intención - de las partes sea también un solo acto jurídico cumpliendo con una sola formalidad o con la menor cantidad posible de formalidades. Lo principal de estas formalidades puede ser la ins - cripción en el Registro Público de Comercio, debidamente organizado, que cumpla las funciones de único medio de publicidad- mercantil, dejando a salvo solamente lo relacionado con la tradición de los inmuebles que ocasionalmente pueden incluírse en la enajenación como en el caso de una fábrica". (25).

a) La enajenación de un Establecimiento de Comercio, a cualquier título podrá hacerse en su estado de unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran.

b) La enajenación se hará constar en documento privado reconocido por las partes o por escritura pública ante funcionario competente para que produzca efecto entre las partes.

---

(25) GABINO PINZON, José. Introducción al Derecho Comercial- Pág. 289.

c) La enajenación deberá ser inscrita en el Registro Público de Comercio a fín de que produzca efectos..... Artículo - 526 del Código de Comercio.

Según disposición del Artículo 26 del presente es tatuto comercial se determina la obligación del registro del - Establecimiento de Comercio así como la inscripción de todos - sus actos.

La enajenación como un acto del Establecimiento - la prevee el Artículo 20 Numeral 4º.

11.4. EL DOCUMENTO EN LA ENAJENACION DEL ESTABLECIMIENTO.

Ex - presa el Artículo 526C.vigente: "La enajenación se hará cons - tar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, para que produzca- efectos entre las partes". En mi concepto, la redacción de es te Artículo no obtuvo la uniformidad y simplicidad en las so - lemnidades en cuanto a enajenación del Establecimiento mercan- til se refiere. Como ya lo expusimos , siendo un complejo he- terogénoe de elementos, mal podría pensarse en operaciones se- paradas y acomodadas al régimen de cada bien, asunto que va en contra de la agilidad exigida en la actividad comercial. El - proyecto de 1.958 en su Artículo 44 tuvo la misma intención -

al sostener: "La enajenación se hará constar en documento auténtico, so pena de nulidad; y deberá además, ser inscrito en el Registro Público de Comercio, en la forma que se prevee en este Artículo del Código para que produzca efectos respecto de terceros".

"Si en la enajenación se incluyen inmuebles, la tradición de estos se sujetará a las reglas que para el efecto prevee el Código Civil, Artículo 756 C.C. En tal caso, la escritura en que se haga constar la enajenación de los inmuebles podrá servir para hacer constar de la del Establecimiento". El mismo propósito se expuso en el Código de Comercio actual como se vió de lo dicho en el Artículo 526 ya expuesto.

El ponente del proyecto de 1.958 formuló estas observaciones: "El escrito, dice el texto, será siempre documento auténtico. Anotó que esta frase no expresa lo que el propio proyecto quiso disponer. El "pocumento auténtico", según lo define el Código Civil, es siempre un "documento público"; Un instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades por el competente funcionario. Otorgado ante el notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública dice el Artículo 1758 de Código Civil". (26).

Contra esa identidad señalada por el Código Civil

(Artículo 1.758) entre documento auténtico y documento público, tercia en el tema el Doctor Antonio Rocha, de la manera siguiente: "Aunque el Código Civil hacía sinónimo al instrumento público del auténtico, era para el efecto de definir, pero no es lo mismo público que auténtico; un documento público es siempre auténtico pero un documento auténtico no es siempre público. La autenticidad se refiere al hecho de haberse otorgado realmente un documento por las personas y la manera que en él se expresa, es decir, a que es cierto que lo firmó y autorizó quien aparece suscribiéndolo o prohijándolo, o que su existencia es cierta. La publicidad como el nombre lo indica, significa que ya no es reservado entre los interesados sino ciertamente otorgado para todos." (27).

Es bueno destacar que la escritura pública y documento privado a que hace mención el Artículo 526 del Código de Comercio es una solemnidad ad-subtantium actus, en la enajenación del Establecimiento de Comercio, su omisión quita todo efecto al negocio realizado. En cambio no sucede lo mismo con la inscripción, que preceptúa el Artículo 28 Inciso 6°. del Código de Comercio, pues su omisión le quita la publicidad y por consiguiente no produce efectos respecto de terceros.

---

(26) CARRIZOSA PARTO, Hernando. Pliego de ediciones al Proyecto del Código de Comercio. Pág. 5.295.

(27) ROCHA, Antonio. Derecho Probatorio. Pág. 227-

11.5. SITUACION DE LOS ACREEDORES Y DEUDORES DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

11.5.1. RESPECTO DE LOS CONTRATOS PENDIENTES.

No es difícil comprender la razón por la cual el estatuto comercial vigente suprimió esta institución tan fundamental, como es la de los contratos pendientes al momento de celebrarse la enajenación. Sin embargo, creo que el criterio adoptado por la comisión fué la de considerar contempladas estas situaciones en los artículos 516 Incio 5º. y 528 del Código de Comercio.

El proyecto de Código de 1.958, como es conocido, sufrió reformas al año siguiente, por lo cual encontramos en la mayoría de sus artículos, una versión original y otras con sus enmiendas respectivas.

El Artículo 46 trataba de los contratos pendientes, en forma original decía: "El adquirente de un Establecimiento de Comercio se subrogará en los derechos y obligaciones del enajenante que se deriven de todos los contratos pendientes de ejecución total o parcial, los que se tendrán como prórrogables conforme a la Ley, salvo que de la intención de las partes aparezcan que se hayan celebrado en consideración a la persona del enajenante".

Las consideraciones del ponente para variar el -- texto fueron: "En mi concepto la redacción no expresa la intención que se tuvo al proponer este texto. Esta intención es la- de disponer que el adquirente asubroga al enajenante en todos - los contratos pendientes. Así, el adquirente ocupará no por voluntad expresa de las partes sino, por voluntad tácita de estas, derivada de la venta del Establecimiento, el lugar del enajenante, encargándose de cumplir las obligaciones de éste y quedando como titular de sus derechos. Por tanto no hay que hablar del- prórroga del contrato, porque prórroga supone prolongación del- término del cumplimiento del contrato, sino de reemplazar al - primitivo empresario que enajena, por el nuevo empresario que - compra el establecimiento con su clientela. Adelante propondré- según estas ideas, una modificación a los términos del Artículo" 428).

Estas consideraciones fueron tenidas en cuenta al- juzgar por el texto definitivo del mismo artículo, que fue el - siguiente; "El adquirente de un Establecimiento de Comercio que da subrogado en los derechos y obligaciones del enajenante que- se deriven de todos los contratos pendientes de ejecución, salvo que de la intención de las partes aparezcanque se celebraron exclusivamente en consideración a la persona del enajenante".

De otro lado Messineo al referirse al Artículo - 2.558 del Código Italiano, que fue la fuente de donde se sacó - el Artículo 46 del proyecto, dice: "La norma instituye la suce

sión ex-lege, por parte del adquierente, en los contratos que no sean intutie persona siempre que no haya pactado cuestión diferente entre adquirente y enajenante, aquel se sustituye de derecho en los contratos del Establecimiento que no tengan carácter personal, como la sucesión es ope legis, sin tener en cuenta la voluntad de las partes, tampoco es necesario el consentimiento del contratante cedido. Solo cuando se trata de excluír la sucesión, en caso de enajenación, se tiene en cuenta la voluntad de las partes". (29).

11.5.2. RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES PENDIENTES.

El Artículo 47 del Proyecto de Código de 1.958, en lo referente a las obligaciones pendientes señalaba:

"El enajenante y el adquirente responden solidariamente de todas las obligaciones pendientes que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad".

---

(28) CARRIZOSA PARDO, Hernando. Pliego de adiciones al proyecto de Código de Comercio. Pág. 5295.

(29) MESSINEO, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial Pág. 121.

La responsabilidad del enajenante cesará trascurridos tres meses desde la fecha de la inscripción en el Registro Público de Comercio; pero el enajenante deberá dar aviso por medio de carta certificada a sus distintos acreedores, de la enajenación del Establecimiento, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la enajenación. Dicho aviso se dará además por medio de carteles que se fijarán en las puertas y lugares visibles del establecimiento y de las distintas dependencias del mismo que estén habiertas al público".

"Si no se dan los avisos previstos en el Inciso anterior, la responsabilidad del enajenante no cesará sino cuando se extingan las obligaciones que estén pendientes al tiempo de la enajenación del Establecimiento".

El Artículo anteriormente transcrito es modelo del artículo 2560 del Código Italiano, pero el Inciso 2º. representa un avance en el sentido de ponerle término a la responsabilidad solidaria del enajenante, lo que no aparece en la legislación italiana.

En lo relativo a lo que afirma nuestro estatuto vigente sobre esta materia, el artículo 528 dice: "El enajenante y el adquirente del establecimiento, responderán solidariamente a todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades

a que se encuentre destinado el Establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de Contabilidad".

"La responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

Concluímos de lo expuesto, que se redujo aún más el término de solidaridad del enajenante, pues es una disposición que consulta las más elementales reglas de la lógica jurídica, debido a que no deja obligaciones irredimibles, por cuanto tiene operancia la prescripción.

Ahora bien, encontramos que en los Artículos 529 y 531 del Código de Comercio, se sanciona las inexactitudes de los asientos de los libros, consistente en dejar a cargo del enajenante las obligaciones, y restituír al adquirente la diferencia de valor que provenga de dicha inexactitud, todo esto tendiente a darle mayor seguridad y seriedad al contrato de enajenación del Establecimiento. Es necesario sin embargo, que el adquirente demuestre su buena fé exenta de culpa para que la obligación de responder no sea solidaria con el enajenante.

11.5.3 DE LAS OPOSICIONES DE LOS ACREEDORES DEL -

ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

Se presenta a menu
do que los acreedores del Establecimiento puedan ser burlados -
por las ventas simuladas o reales del mismo. Por ello es menes-
ter defenderse con la acción de oponerse a las enajenaciones -
cuando sean desfavorables o también por medio de la acción de -
congelación del precio de la enajenación hasta que no haya sa -
tisfecho a sus acreedores.

Además, la publicidad y solemnidad de que habla el
Código vigente sobre la enajenación del Establecimiento, expli-
ca la preocupación por favorecer al acreedor del mismo, cum -
pliéndose así un noble ideal del derecho comercial, cual es el-
favorecer a los terceros.

El Artículo 530 del Código de Comercio al hablar -
de las garantías que los acreedores pueden exigir para el pago-
de sus créditos, se señaló un plazo más reducido que el que se-
ñalaba el proyecto de Código de 1.958. El Código vigente sena-
la lo siguiente: "Los acreedores que se opongan tendrán dere -
cho 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".

"Este derecho solo podrá ejercitarse dentro de los

dos meses siguientes a la fecha del registro de la enajenación del Establecimiento".

En cuanto al término para ejercer la acción de oposición lo consagra el Artículo 528 en su Parágrafo cuando expresa: "El acreedor del enajenante que no acepte el adquirente como su deudor, deberá inscribir la oposición en el Registro Mercantil dentro del término que se le concede en este Artículo".

Los extranjeros se expresan sobre este punto de la siguiente manera:

Así Ferrara:

"La responsabilidad del adquirente, por las obligaciones inherentes a él, existe por ministerio de la ley, sin que las partes puedan evitarlo, pues no solo se miran sus intereses sino los del tercero. Hay una relación de accesoriedad entre las obligaciones y el Establecimiento, en la cual la primera sigue la suerte de la segunda en los trasnapasos". (30).

César Vivante: se manifiesta en sentido contrario cuando afirma:

"..... Los acreedores no pueden hacer valer nin-

gún derecho contra el comprador de la Casa de Comercio, por - que el contrato de compra venta que debiera constituír el título del derecho de aquellos, no habla a su favor, exceptuándose el ejercicio de la acción revocatoria". (31).

Finalmente hallamos la ley Argentina 11.267 que admite la oposición de los acreedores con facultad de retención- hasta concurrencia del crédito y con el depósito en bancos, de las sumas que cubre el valor de la deuda.

11.5.4. SITUACION DEL DEUDOR DEL ESTABLECIMIENTO.

Los - créditos constituyen derechos exigibles contra terceros: así- como por la enajenación del Establecimiento se puede dar oca - sión de sustituír al deudor, también es normal la sustitución- del acreedor, debido a que la ley es conciente de que los crédi- ditos puedan cederse o enajenarse como objeto de propiedad.

Un Establecimiento de Comercio posee obligaciones pendientes, pero la constumbre de la venta a plazos y los cré

(30) FERRARA, Francisco. La Hacienda Mercantil. Pág. 236.

(31) VIVANTE CESAR. Tratado de Derecho Mercantil. Pág. 8.

ditos insolutos dan realidad de créditos pendientes, que llega do el caso están representados en títulos valores u otros documentos.

El Artículo 516 en su inciso 3º. expresa: "Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un- Establecimiento de Comercio: las mercancías en almacén o en - proceso de elaboración, los créditos y los demás valores simi- lares". De esto se desprende que en principio los Créditos - del Establecimiento pueden sustituírse; es extraño sin embargo que el legislador no haya incluído el Artículo 5º. del proyec- to de 1.958, el cual facilitaba la transferencia del Establecimiento con sus créditos representados o no en títulos valores.

El Artículo 5º. del proyecto de 1.958 decía: " - Por el hecho de la inscripción de la enajenación en el Regis - tro público de Comercio, se tendrá por notificada la cesión de los distintos créditos transmitidos por parte integrante del - Establecimiento y que no hayan sido aceptados por los deudo - res o notificada en otra forma legal, cuando la ley exija esta formalidad".

Por lo cual en mi concepto considero aplicable el Artículo 1.961 del Código Civil al decir: "La notificación de be hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el - traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo-

la firma del cedente", lo anterior solo se lleva a cabo, claro está, cuando no se trate de títulos valores que exigen la notificación o la aceptación de un deudor.

11.6. EFECTOS DE LA ENAJENACION EN LOS TRABAJADORES DEL EMPRESARIO.

Una protección armónica de los intereses de los trabajadores y de los intereses del empresario que adquiere un Establecimiento, implica la necesidad de una verdadera y completa sustitución de patronos. Solo así es posible impedir la interrupción o suspensión de relaciones de trabajo que estén pendientes al tiempo de la enajenación del Establecimiento; por lo cual el adquirente puede seguir desarrollando normalmente la empresa a que está destinado elEstablecimiento, exactamente en las mismas circunstancias en que la haya estado desarrollando el enajenante.

El Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la llamada sustitución patronal, y dice: "Todo cambio de patrono por otro, por cualquier causa,siempre que subsista la identidad del Establecimiento es decir, que en cuanto este no sufre variaciones esenciales en giro de actividades o negocios".

"La noción de sustitución de patrono, según lo ex

presa Guillermo Camacho Enríquez, requiere que el Establecimiento mantenga su identidad y son irrelevantes los cambios de nombre, del local, de la clientela, etc. Se necesita que la explotación no varíe sustancialmente, que de una fábrica de alimentos no se pase a una producción automoviliaria". (32).

Lo dicho posee gran importancia para el Profesor Gabino Pinzón cuando al respecto expresa: "Una producción armónica de los intereses del empresario que adquiere un establecimiento de Comercio implica la necesidad de una verdadera y completa sustitución de empresarios. Solamente es así dable impedir la interrupción o suspensión de las relaciones de trabajo que estén pendientes al tiempo de la enajenación del Establecimiento; y solo así el adquirente puede seguir desarrollando, exactamente en las mismas circunstancias en que esté desarrollando - exactamente en las mismas circunstancias en que esté desarrollando-el enajenante".

11.7. DE LA ENAJENACION FORZOSA DEL ESTABLECIMIENTO.

Francia -

la había previsto en la Ley, a este respecto Ripert señala: - "Es una casualidad que se emplee el procedimiento de la venta forzada del Establecimiento, ya que el comerciante que no puede pagar a sus acreedores, lo más usual es que se lo declare en quiebra. La venta del Establecimiento se hace judicialmente y por intermedio del Síndico y con las formalidades de la ley-

de quiebras. Puede ocurrir la venta forzada del Establecimiento después del fallecimiento del deudor, siempre y cuando no - no se halle declarado en estado de quiebra. La ley concede la demanda de venta, tanto a los acreedores inscritos como a los- acreedores ejecutivos. La competencia le corresponde al Tribunal de Comercio del lugar en que se encuentre el Establecimiento- y, no puede ser derogada dicha competencia. Puede en la misma resolución pronunciar la condena y ordenar la venta, lo que hace suponer que el deudor es el propietario del Establecimiento (33).

Siguiendo las líneas anteriores, nuestro legislador ha previsto la enajenación forzada, según se desprende del contenido del Artículo 517 del Código de Comercio que se encamina a guardar la organización económica del Establecimiento - mediante esta clase de venta procurando que se haga en bloque- o en unidad económica.

---

(32) CAMACHO ENRIQUEZ, Guillermo. Derecho del Trabajo. Pág. 105.

(33) RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Pág. 403.

PARTE SEXTA

12. DE LA POSESION Y REIVINDICACION DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

12.1. LA POSESION.

Se la define como, la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño o el que se da por tal tenga la cosa por si mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. Artículo 762 Código Civil.

También se da, según otra consideración, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

Se ha sostenido que es imposible poseer un Establecimiento, dado su carácter de universalidad, el argumento no es firme, pues no cabe aplicar analógicamente las normas sobre la herencia, ya que pocos sostienen que sea él una "Universitas jure".

La Corte de Casación Francesa se pronuncia contra la posesión del Establecimiento recalcando su carácter incorporal.

Es inaplicable la posesión de los bienes incorporales, dice Ferrara por carecer de corporicidad el objeto. Además carece de significado ya que mientras en los corporales es el medio exclusivo para ejercer el derecho, en los incorporales el bien puede ser disfrutado, teóricamente, a un mismo tiempo por una cantidad indefinida de personas. Por ello dice que no habría lugar una tutela posesoria sobre objetos extraños como los incorporales y no sería posible adquirir la posesión por la prescripción adquisitiva, o la adquisición por terceros de buena fé que se fundan en ella.

Sin embargo, en concepto del mismo autor citado, el Establecimiento participa de estos derechos otorgada a las cosas corporales por tratarse de un bien incorporal unido en cierto modo a una situación de hecho. En lo que se refiere a los elementos del Establecimiento, estos tienen gran valor y la sustracción de los mismos normalmente coloca al sujeto en la imposibilidad de utilizar la organización.

Por lo anterior, se admite la posibilidad de una auténtica posesión respecto al Establecimiento con las correspondientes defensas legales. Nuestra legislación señala que son susceptibles de posesión todas las cosas que lo son de apropiación o de dominio. Las legislaciones modernas se inclinan por el concepto objetivo de la posesión y brindan protección a todo estado material de aprehensión de las cosas. No así en nuestro sistema en donde se consagra acciones posesorias

caracterizadas por el animus domini. Lo dicho implica menor amparo a la estabilidad objetiva y ciertas exigencias probatorias para establecer el aspecto subjetivo y volitivo materia de controversia.

De donde, y obviamente como lo señala el Artículo 776 del Código Civil de nuestra legislación, son susceptibles de posesión también las cosas incorporales, con las mismas calidades y vicios que las cosas corporales.

Se acepta que la posesión, del Establecimiento de Comercio implica:

a. Hace presumir el dominio
b. Que al poseedor se lo presuma dueño.
c. Da derecho a los frutos percibidos.
d. Sirve para adquirir el dominio por prescripción.

Muchos autores discuten la operancia de la prescripción adquisitiva.

12.2. LA REIVINDICACION.

Reivindicar es reclamar una cosa sobre la que se tiene derecho, en forma elementalmente dicha.

Existe gran desacuerdo entre algunos Tribunales del País acerca de si el Establecimiento de Comercio puede o no ser objeto de reivindicación. Así, el Tribunal Superior de Bogotá afirma, que a falta de posesión real, no se puede reivindicar puesto que no es posible la singularización de la cosa; esto es, que no es posible reivindicar el Establecimiento puesto que no puede existir posesión real de una cosa que no es singular.

La Corte por el contrario, sostiene en la sentencia en que casó la del Tribunal; "Si los derechos objetivos patrimoniales sobre cosas incorporales y los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, desaparece cualquier duda acerca de que el derecho de propiedad de los bienes incorporales legítima plenamente a su titular en su reivindicación, del propio modo que aparece claro como esos bienes incorporales (se refiere al Establecimiento de Comercio) son cosas que pueden reivindicarse".

Esta opinión encuentra sólido respaldo en la doctrina y armoniza perfectamente con los principios de nuestro derecho privado, por esta razón la comparto sin reservas.

Si con el correr del tiempo el Establecimiento de Comercio se torna en algo diferente a como era originalmente por virtud de la sustitución de los signos distintivos, por

la diferente actividad explotada, o por la distinta esfera - local de atención, se extinguirá el derecho del propietario so bre el Establecimiento, ya que jurídicamente ha desaparecido - uno y surgido otro. Según concepto de Ferrara se realiza allí una forma análoga a la especificación, conversión del derecho- de propiedad en acción no indemnizatoria, consecuencia que no- puede perderse de vista al ejercerse la acción reivindicatoria (Ins. 3º. Art. 732 del Código Civil). Los contratos pendien- tes que estén comprendidos en la reivindicación pasarán a pro- piedad de quien se beneficie con ellos. Pero el reivindicador no está siempre obligado a asumir tales contratos pues pueden- serle perjudiciales en un momento dado, también los cfeditos - quedan absorvidos en la reivindicación salvo la tutela de los- terceros de buena fé. El que reivindique el Establecimiento - responde sobre éste en los límites de la indemnización debida- al poseedor mismo.

En materia de prestaciones mutuas, el poseedor de buena fé tendrá derecho a retener el rendimiento que produce-- el Establecimiento, por aplicación análoga de los Artículos - 716 y 964 del Código Civil que se refieren a los frutos natura les; si la composición del conjunto en el Establecimiento Co - mercial es inferior a la que tenía originalmente, no responde- el poseedor de buena fé, sino en el caso de que haya lucro. - La responsabilidad se limitará al monto del enriquecimiento - (artículo 93 del Código Civil). El poseedor de mala fé está o bligado a devolver los rendimientos producidos por el Estable-

cimiento, responde incluso por aquellos que por su culpa o ne-
gligencia no pudo obtener. Si el contenido del Establecimien-
to en el momento de la restitución es inferior al original, -
responde también. Si fuere mayor, tiene derecho a indemniza -
ción por las mejores aportadas.

./.

CONCLUSIONES

1. Enjuiciado globalmente el Código de Comercio, consagra en materia de Establecimiento de comercio las más modernas orientaciones del Derecho Mercantil. No obstante los modelos que inspiraron a sus autores, presenta algunos vacíos inexplicables.

2. La noción de Establecimiento de Comercio contemplado en el Código, consulta las más rigurosas exigencias de la Doctrina.

3. Aunque en la práctica ocurra lo contrario, es lo cierto que la legislación nacional da pie para afirmar que el titular de un establecimiento no puede usar como nombre comercial sino su patronímico.

4. Entre los elementos del Establecimiento, enumerados en el Artículo 516, brilla por su ausencia la clientela. Empero siendo como es, elemento esencial y nó teniendo ésta disposición carácter taxativo no hay razón valedera para considerarlo excluído.

5. En Colombia el uso de la marca es obligatoria.

6. De acuerdo con los principios dominantes en nuestro derecho, el perjuicio ocasionado por la competencia desleal debe ser cierto, vale decir, debe lesionar efectivamente un derecho subjetivo, en consecuencia, se descarta la indemnización por los daños futuros eventuales.

Esta exigencia impide, en la práctica, que la citada acción contra la competencia desleal cumpla a cabalidad su cometido.

7. Según aparece regulado en la Legislación, la competencia desleal se funda en los principios generales que gobierna la responsabilidad subjetiva.

8. El derecho intelectual existe por sí mismo, y si se requiere el registro respectivo, es con fines especiales y diferentes. Al contrario no existe patente de invención como privilegio, ni marca de fábrica sin que el titular no haya efectuado el registro mediante el procedimiento que la ley determina.

9. Quien tome en arrendamiento un Establecimiento, está obligado a usar el nombre comercial de este.

10. En materia de arrendamiento sobre un local comercial po -

drá el arrendatario sin autorización expresa o tácita - del arrendador subarrendar hasta la mitad del inmueble - donde se encuentre el Establecimiento, derecho este no - consagrado en el inicial Proyecto de Código de año 1.958.

11. De las normas que prevee la posibilidad de la renovación- del contrato de arrendamiento sobre locales comerciales - por falta de deshaucio o aviso oportuno para no renovar,- salta a la vista que el derecho del arrendador a negarse- a renovar el contrato termina seis meses antes que la - terminación del mismo.

12. La razón de la indemnización, ~~———~~, a cargo del arrendador y a favor del arrendatario tiene por lógica justicia el que sea por motivos serios la negativa del primero a renovar y no por mero capricho o abuso del arrendador.

13. En materia de arrendamiento, también, la nueva reglamentación presenta vacíos pues no consagra el derecho de retención en favor del arrendatario, en el supuesto de no ser satisfecho por las indemnizaciones originadas en el incumplimiento del arrendador.

14. A mi modo de ver, la teoría del patrimonio separado, sus-

tentada por los alemanes, no es aplicable en Colombia en-
forma directa, sino a través de alguna de las formas so -
cietarias, dígase lo mismo de la teoría del establecimien
to como ente moral.

15. La razón de ser de la propiedad comercial reside en la in
tervención del Estado en orden a defender las activida -
des económicas organizadas.

16. Se dá relevancia a la unidad económica del Establecimien-
to respecto de las operaciones a efectuarse sobre ellos.

17. La responsabilidad solidaria del enajenante y del adqui -
rente de un Establecimiento, restringe las simulaciones -
ilícitas.

18. Es laudable que se señale un término a la responsabilidad
solidaria del enajenante, (dos meses) lo cual no ocurre -
en el Código Italiano.

19. La enajenación o adquisición de un Establecimiento Comer-
cial, según el caso, será siempre a título oneroso, si un
Establecimiento de comercio no es adquirido vrg., por com
pra, permuta, dación en pago, adjudicación en liquidación

de una sociedad, etc., sino por donación entre vivos, por- premio o bonificación, por herencia o legado, dicha adqui sición no es un acto de comercio, puesto que no se reunen las condiciones que confieren mercantilidad a la adquisi- ción. Pero igual cosa habría que predicarse de la enaje- nación si quien adquiere por un acto o título gratuito - continúa explotándolo, en cualquier forma, es indudable - que los actos y operaciones que realice quedarán regidos- por la Ley Comercial.

20) Tanto la escritura pública como el documento privado de - que hace mención el Artículo 526 del Código de Comercio - son solemnidades ad subtantium actus, no así el requisito de la inscripción en el Registro Mercantil, pues este, sim plemente, tiene por fin dar publicidad al acto, con las - consecuencias que conlleva.

21. Las disposiciones relativas a la enajenación respecto de- los bienes del establecimiento tienden a mostrar la volun tad del legislador, cual es la de preservar su integridad, a tutelar los derechos de los acreedores, pues pueden opo nerse a la negociación si no se les otorgan garantías su- ficientes de sus créditos, a dar publicidad al negocio.

22. Afirmamos que la venta forzada del Establecimiento, previs

ta en el Código de Comercio, se da cuando el deudor ha - muerto sin que antes se le haya declarado en estado de - quiebra.

23. El Establecimiento se puede reivindicar, pero cuando el - bien se torna en algo diferente a como era originalmente, el derecho de propiedad sobre él, desaparece para convertirse en una acción indemnizatoria.

./.

DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

INTRODUCCION

PARTE PRIMERA

1. NOCION GENERAL DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO Y BREVE RESEÑA HISTORICA.
2. NOCION ECONOMICA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.
3. NOCION JURIDICA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.
4. RAZON DE SER DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.
5. ESTABLECIMIENTO, EMPRESA Y EMPRESARIO.

PARTE SEGUNDA

CAPITULO I.

6. ELEMENTOS DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.
   - 6.1 De Orden Material.
   - 6.2 De Orden Inmaterial
   - 6.3 La Enseña o Nombre Comercial.
   - 6.4 El Rótulo.
   - 6.5 Las marcas de productos y de servicios.
   - 6.6 La patente de invención.
     - 6.6.1 Requisitos para la obtención de la Patente.
     - 6.6.2 Modo de adquirir la patente de Invención.

6.7 Del Derecho al local en razón de la enajenación del Establecimiento de Comercio.

6.8 De los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del Establecimiento- siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular del Establecimiento.

6.9 La Clientela.

6.10 De la fama Comercial.

6.10.1 Diversas teorías

6.11 El Derecho a impedir la desviación de la clientela- y protección de la fama comercial, de la competencia desleal.

6.12 Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración.

6.13 Los créditos del empresario.

6.14 Los Mobiliarios y las instalaciones.

CAPITULO II.

6.15 Del contrato de Arrendamiento sobre los locales comerciales.

6.15.1 Consideraciones generales sobre arrendamiento.

6.15.2 De la antigua regulación sobre arrendamientos.

6.15.3 Alcances del Decreto 1070 de 1.956 y Legislación complementaria.

6.15.4 Ubicación del tema sobre el Contrato de Arrendamiento de locales comerciales.

6.15.5 Razón de ser de la regulación sobre el arrendamiento de locales comerciales.

6.15.6 Del Local Comercial, Objeto del Arrendamiento.

6.15.7 De la cesión, subarriendo y alteración del destino del local.

6.15.7.1 De la cesión del arrendamiento.

6.15.7.2 Del subarriendo.

6.15.7.3 De la alteración del destino del local.

6.15.8 La Renovación del contrato de arrendamiento.

6.15.8.1 La renovación, diferencia con la prórroga y reconducción tácita.

6.15.8.2 Derecho a la renovación.

6.15.8.3 Requisitos para que sea posible la renovación.

6.15.8.4 Efectos de la renovación.

6.15.8.5 Diferencias al momento de la renovación

6.15.8.6 Plazo de renovación.

6.15.8.7 No renovación del contrato.

6.15.8.7.1 Condiciones para no renovar

6.15.8.7.2 Obligaciones del arrendador en razón de la no renovación

6.15.9 Del Derecho de Preferencia en el Arrendamiento de locales Comerciales.

6.15.10 Del Derecho a la Indemnización

6.15.11 De la licencia administrativa para exigir la entrega del inmueble.

PARTE TERCERA

7. NATURALEZA JURIDICA DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

7.1 Diversas teorías.

7.1.1 Teoría atomística.

7.1.2 Teoría dela personalidad o del ente mopal.

7.1.3 Teoría del Patrimonio separado.

7.1.4 El Establecimiento como universalidad de Hecho.

7.1.5 El Establecimiento como universalidad Jurídica.

7.1.6 Teoría de la Universalidad Jurídica Económica.

7.1.7 Teoría de la Organización o propiedad incorporada.

7.2 Naturaleza jurídica del Establecimiento de Comercio, según Nuestra Legislación.

8. CARACTERES GENERALES DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

9. PROTECCION LEGAL DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

9.1 En su unidad Económica.

9.2 En sus bienes corporales.

9.3 En sus bienes incorporales.

PARTE CUARTA

10. ADMINISTRACION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO.

10.1 Concepto preliminar

10.2 Contrato de preposición.

10.2.1 El Factor.

10.2.1.1 Nombramiento del Factor.

10.2.1.2 Quienes pueden ser factor.

10.2.1.3 Facultades del factor.

10.2.1.4 Limitaciones al factor.

10.2.1.5 Manera de obrar del factor.

10.2.1.6 Derechos y obligaciones del factor

10.2.2 Los Dependientes.

10.2.2.1 Derechos y obligaciones del dependiente.

PARTE QUINTA

11. ENAJENACION DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

11.1 Introducción.

11.2 Objeto de la enajenación.

11.3 Formalidades de la enajenación.

11.4 El documento en la enajenación.

11.5 Situación de los acreedores y deudores del establecimiento de comercio.

11.5.1 Respecto de los contratos pendientes.

11.5.2 Respecto de las obligaciones pendientes.

11.5.3 De las oposiciones de los acreedores del Establecimiento de Comercio.

11.5.4 Situación del deudor del establecimiento.

11.6 Efectos de la enajenación en los trabajadores del empresario.

11.7 De la enajenación forzosa del establecimiento.

PARTE SEXTA

12. DE LA POSESION Y REIVINDICACION DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

12.1 La Posesión.

12.2 La Reivindicación.

PARTE SEPTIMA

13. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

./.

B I B L I O G R A F I A

BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Editorial- Librería "Stella". Bogotá. 1.973.

BREUER MORENO, Fernando. Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio. Revista de la Universidad Javeriana. Bogotá. - 1.931.

CARNELUTTI. Valores jurídicos de la noción de la Azienda Comercial.

CARRIZOSA PARDO, Hernando. Pliego de Adiciones al Proyecto de Código de Comercio. Anales del Congreso. Bogotá. Diciembre de 1.959.

CAMACHO HENRIQUEZ, Guillermo. Derecho del Trabajo. Editorial Temis. Bogotá. 1.934.

COMENTARIOS AL CODIGO DE COMERCIO. JIMENEZ GOMEZ, Gonzalo. - Vol. II. Colección Pequeño Foro. Editorial Visión. Bogotá. 1.976.

CASANOVA, Mario. Estudios sobre la teoría de la Hacienda Mercantil.

FERRARA, Francisco. La Hacienda Mercantil. Trad. de José María Navas. Editorial. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1.950.

GARRIGUEZ, Joaquín. Instituciones de Derecho Mercantil. 5a. Edición. Madrid. 1.952.

LANGLE, Emilio. Manual de Derecho Mercantil Español. Casa Editorial Bosh. Tomo II. Madrid. 1.954.

MALARRIAGA, Carlos. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Editorial Tea. Buenos Aires. Tomo I. de 1.958.

MEZZERA ALVARES, Rodolfo. Curso de Derecho Comercial. Editorial Medina. Tomo I. Tercera Edición. Montevideo.

MESSINEO, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Edit. Jurídica. Europa América, Trad. de Santiago Sentis Melendo Buenos Aires. 1.955.

NARVAEZ, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Parte General. Editorial Litográfica Tipográfica. Bogotá. 1.971.

PINZON GABINO, José. Introducción al Derecho Comercial, Roque- de la Palma, editor. Editorial Temis. Bogotá. 1.966.

RAMELLA, Agustín. Tratado de la Propiedad Industrial. Madrid - 1.913. Tomo I.

RANGEL MEDINA, David. Tratado de Derecho Marcario. Bogotá 1.970

RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Trad. de F. de Solá Cañizares. Tipografía Editora Ta. Buenos - Aires. 1.954.

ROCHA, Antonio. Derecho Probatorio. Ediciones Rosaristas. Bo - gotá. 1.974.

ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil, Traducción - de Joaquín Garrigues. Revista de Derecho Privado. Madrid 1.931.

SANTANOWSKY, Marcos. Tratado de Derecho Comercial. Tomo III. Editorial. Tea. Buenos Aires. 1.957.

VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Traducción de - Miguel Cabeza y Anido. Madrid. 1.936.

CODIGO DE COMERCIO. Compilación de Jorge Ortega Torres. 4a. - Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1.975.

APUNTES DE CLASE. Tomados al Doctor. José Ignacio Narváez. - Establecimiento de Comercio. Bogotá. 1.976.

./.

AN
T
D347
P438
Ej.1.

20277

Pérez Delgado, Carlos

Del establecimiento de comerci

	VENCE
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	

AN
T
D347
P438
Ej.1.

20277