

EL CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO EN EL CÓDIGO TREINTA AÑOS DESPUÉS DE SU EXPEDICIÓN

CARLOS ANDRÉS LAGUADO GIRALDO⁹

1. Cinco precisiones históricas

1.1. El concepto de establecimiento de comercio¹, se ha ido refinando a medida que se ha ido reconociendo la existencia y la importancia de sus elementos. Primero se aceptó la entidad jurídica de las mercaderías, luego vino la inclusión de la clientela y de la confianza pública, para luego llegar al concepto unitario o de universalidad que aglutina estos elementos.

1.2. Gracias a la promoción del senador francés Cordelet, el 17 de marzo de 1838 se sanciona en Francia la ley de *Transferences du fonds de commerce*². *Fond de commerce* coincide en con el vocablo castellano que en Argentina se utiliza y traduce *fondo de comercio*. La Ley Cordelet, como se le llamó, respondía a la necesidad de regularizar la transferencia de esa complejidad

⁹ Abogado Javeriana, especialista en Derecho Comercial y en Derecho de Seguros de la misma universidad. LL.M. International Business Law de Erasmus Universiteit, Róterdam.

¹ El concepto tiene distintas acepciones según el país de que se trate; así, en Italia se denomina simplemente **establecimiento** o **azienda**; en México se le denomina **hacienda**; en Argentina, la Ley 11.867 lo llama indistintamente **fondo de Comercio o establecimiento Comercial**; en España, por no haber una regulación legal, algunos lo han denominado **negocio** (puede verse a **SÁNCHEZ CALERO**, Instituciones de Derecho Mercantil. Madrid, Editorial Revista del Derecho Privado, Décima edición. 1984. Pág. 106); otros utilizan términos como **industria, casa de comercio y tienda**; y hay quienes utilizan la palabra **establecimiento** (véase, V.gr. a **RODRIGO URÍA**, en Derecho Mercantil, Madrid, Imprenta Aguirre. 1976, Pág. 35). Por último, hay quienes utilizan el vocablo **empresa**, entre ellos **JOAQUÍN GARRIGUEZ**, en Curso de Derecho Mercantil. (Tomo I. México, Editorial Porrúa. 1977. Pág. 193y ss) y **MANUEL BROSETA PONT**, en Manual de Derecho Mercantil, (Madrid. Editorial Tecnos. 1974. Pág. 86), para quienes el concepto resulta ser más amplio que el de **negocio** pues comprende no solo sus elementos objetivos, sino también los subjetivos. En Uruguay se le ha denominado **casa de comercio** y en Francia **fonds de commerce**.

² **ZUNINO** Jorge O., Fondo de Comercio. Buenos Aires, Astrea. 1982. Pág. 2 y ss.

jurídica conformada por valiosas unidades mercantiles que integraban una amalgama indeterminada puesta a servicio del empresario. La normatividad solucionaba interrogantes como la responsabilidad del enajenante y del adquirente y los bienes que se entendían conformar la cosa objeto de enajenación.

1.3. En Colombia la institución se estudió sistemáticamente a partir del Proyecto de Código de Comercio de 1958, proyecto en cuyo Libro Primero, que trataba de *“los comerciantes y de las cuestiones de comercio en general”*, se abordó el tema como “una cuestión totalmente nueva en el derecho del país, que aun en los países más adelantados no ha sido regulada en forma completa y adecuada, a pesar de que son permanentes las operaciones que se hacen sobre establecimientos de comercio, especialmente ventas y aportes”.³ El espíritu de la Comisión Redactora fue el reglar una figura desconocida en nuestro derecho positivo, basándose en la necesidad de proteger este bien mercantil dado que “una actividad organizada y estable es más productora de riqueza que una labor ocasional y transitoria.”⁴

1.4. La Comisión Redactora del proyecto de 1958 persistentemente acudió al Código de **BARBERO** y **MESSINEO** (Codice Civile de 1942); a las leyes francesas de 1926 y 1946; al Decreto francés de septiembre de 1953, así como a la Ley Argentina Número 11.867 de 1934⁵.

1.5. El Código de Comercio vigente (el de 1971) adoptó casi en su integridad la propuesta que se formuló en el proyecto de 1958, salvo por la ubicación del tema, que vino a figurar en el Libro Tercero que trata *“De los bienes*

³ **MINISTERIO DE JUSTICIA**, Proyecto de Código de Comercio de 1958. Comisión Revisora del Código de Comercio. 1958. Pág. 28

⁴ **MINISTERIO DE JUSTICIA**, Op. Cit. Pág. 32

⁵ **MINISTERIO DE JUSTICIA**, Op. Cit.

mercantiles” y no en el Libro Primero destinado a resolver el universo “*De los comerciantes y de los asuntos de comercio*”.

2. Naturaleza jurídica del establecimiento de comercio

Al rededor de la naturaleza jurídica del establecimiento de comercio se han esbozado teorías que van desde las que lo califican como una persona jurídica hasta las que sostienen que es un negocio jurídico⁶. Sin que sea el objeto de este análisis, adentrarnos en las disquisiciones acerca de la naturaleza del establecimiento, vamos a esbozar la teoría que a nuestro sentir parece más lúcida. Hoy por hoy, parece uniforme la teoría según la cual, jurídicamente, el establecimiento de comercio es un objeto del derecho y, dentro de la teoría económica, un *factor de producción*.⁷

Fue tal vez **FRANCESCO FERRARA**, en su *Trattato di diritto civile*, quien primero sostuvo que el establecimiento de comercio es un bien nuevo, único y distinto que escapa de las categorías tradicionales de clasificación de los bienes. Años después confirmaría su teoría en la *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, en la cual afirma que la hacienda pertenece a “una modalidad autónoma que ha de reconducirse a categoría jurídica independiente, añadiéndola a la moderna sistemática: la de las *instituciones y organizaciones*...(porque)...la actividad humana combina y coordina elementos diferentes entre sí, de modo que todos, con su armónico funcionamiento, contribuyen a alcanzar un resultado final. Nacen instituciones o establecimientos que tienen individualidad económica y social propias”⁸.

⁶ Si se quisiera hacer una revisión amplia sobre el tema recomendamos la lectura de **FERRARA**, Estudios Jurídicos sobre la Hacienda Mercantil. Para una visión más sintética, que no superficial, puede estudiarse a **MEZZERA, Rodolfo**, en Curso de Derecho Comercial, Tomo IV. Montevideo, Fundación de cultura Universitaria. 5a edición. 1998. Págs. 11 y ss.

⁷ **GALGANO**, Francesco. Derecho Comercial. Bogotá, Temis, Tercera Edición. 1999. Pág. 94

⁸ **FERRARA**, Teoría Jurídica de la Hacienda Mercantil Pág. 116

Una visión reciente de la categoría propuesta por **FERRARA** puede ser la de **GALGANO**, quien ha considerado que el hecho de que el establecimiento pueda incluir bienes cuyo dominio no le pertenece al dueño del establecimiento, permite afirmar que el establecimiento es un *conjunto* de bienes de variada especie y de origen distinto, *conjunto* que no entra dentro de ninguna de las calificaciones que el derecho civil ofrece al momento de clasificar los bienes. No hay en el derecho civil colombiano una categoría de bienes integrada por bienes y derechos propios y bienes y derechos de propiedad exclusiva de un tercero. Por ello el establecimiento es una estructura novedosa en el sistema de derecho positivo, que la ley ha creado, para darle operatividad a las manifestaciones externas que se relacionan con las casas de comercio y para regular las operaciones jurídicas que se celebran sobre el conjunto de sus elementos.

La piezas normativas claves⁹ del derecho mercantil colombiano para definir la naturaleza jurídica del establecimiento son los artículos 515¹⁰ y 516 del C.Co. El primero, el Art. 515, utiliza de manera afortunada la palabra *conjunto*, de la cual se concluye que el establecimiento está compuesto por una amalgama, por la unión inescindible de bienes corporales e incorporeales, muebles e inmuebles, ajenos o de propiedad del comerciante. Así el establecimiento es la reunión¹¹ de diversos bienes, inclusive derechos, como se ve en la enumeración del Art.

⁹ Vale la pena anotar que el texto del Art. 515 del C.Co es sustancialmente idéntico al artículo 2555 del Codice Civile de 1942, que se redactó bajo la dirección de **MESSINEO Y BARBERO**, el último de los cuales fue defensor de la teoría de **FERRARA**, como se ve en *Le universalità patrimoniali*, Cfr. **FERRARA**, Op.Cit. Pág. 118.

¹⁰ El tenor literal del Art. 515 sería suficiente, creemos, para desdeñar las teorías atomistas (expuestas por **SCIALOJA** y **BARASSI**, entre otros), según las cuales el establecimiento es una reunión o una suma de bienes aislados y desconectados. **MEZZERA**, Op. Cit. Pág. 14, **FERRARA**, Op. Cit. Pág. 43.

¹¹ La jurisprudencia uruguaya ha calificado al establecimiento de comercio como una universalidad de hecho entendida como un conjunto de bienes que por su naturaleza, o la voluntad, reciben el mismo tratamiento, o se afectan al mismo fin. Se funda la jurisprudencia en el hecho de que sus normas no conduzcan a un tratamiento uniforme y homogéneo del conjunto de bienes. Véase a **MEZZERA**, Op. Cit quien citando jurisprudencia de los tribunales uruguayos afirma que el establecimiento de comercio o

516.¹² Tal variedad de valores, inaprehensibles materialmente, excluye la calificación del establecimiento dentro de cualquiera de las categorías de los bienes corporales y, por consiguiente, de los inmuebles. Más bien, podría ser, como afirma **FERRARA**, un bien incorporal.

3. Análisis de los elementos del establecimiento de comercio.

El artículo 516 C.Co enumera los bienes que forman parte del establecimiento de comercio¹³. Esta disposición legal consagra una presunción de hecho cuyo efecto es determinar la masa ideal de bienes que integran el establecimiento.

casa de comercio para ellos, es una universalidad de hecho. Anuario de Derecho Comercial No. 1, Pág. 94 y No. 7 Pág. 274

¹² Alguna vez se sostuvo que el establecimiento era una *universalidad de hecho*, entendida, conforme al Art. 816 del Codice Civile de 1942 como la pluralidad de cosas que tienen un fin unitario y pertenecen a la misma persona. Como se vio, el establecimiento incluye bienes ajenos al dueño, luego, no puede, de ninguna forma enmarcarse dentro de este genero.

El Art. 525 C.Co a cuyo tener “*La enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran*”, muestra que por orden del legislador, y no como consecuencia de su naturaleza, las cosas integrantes del establecimiento reciben un tratamiento homogéneo y en bloque. Podría alguien concluir que el establecimiento de comercio es una *universalidad de derecho*, entendida como un pluralidad de cosas que, en virtud de la ley, reciben están afectas al mismo fin, reciben el mismo tratamiento, o son objeto de un mismo efecto. Sin embargo, esta aproximación se queda corta pues, como bien anota **FERRARA**, al negar la viabilidad de la teoría general de la universalidad de derecho, tal concepción solo sería aplicable cuando el establecimiento fuera objeto de una operación jurídica, y no cuando el establecimiento estuviera jurídicamente inmóvil. Es decir que cuando el establecimiento esta quieto no podría asimilarse a una universalidad de derecho. El criterio del establecimiento como universalidad de derecho explica en buena parte los efectos de las operaciones sobre el establecimiento, pero no su naturaleza jurídica. El establecimiento de comercio es algo más que una universalidad de derecho.

¹³ Art. 516. Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

- 1o) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;
- 2o) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;
- 3o) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;
- 4o) El mobiliario y las instalaciones;
- 5o) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;
- 6o) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y
- 7o) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento,

La enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa, pues, el globo de bienes que compone el establecimiento de comercio se determina según la naturaleza y afectación de aquel, conduciendo a que la universalidad incluya, salvo pacto en contrario, todos y cada uno de los bienes y derechos que el establecimiento posee y requiere para el desarrollo de la empresa. Tal posición la promueve el artículo 525 C.Co que presume que la enajenación ---- y nosotros creemos que la regla es aplicable a todas operaciones sobre establecimientos ---- se hace en bloque o como unidad económica, si necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran. Así, la presunción de la que hablamos supone que la operación versa sobre todos los bienes y derechos que conforman el bloque, y, en especial, los enunciados en el Art. 516. Con todo, el principio de la libertad negocial permite particularizar los bienes que harán parte del negocio, y excluir aquellos que el enajenante pretenda conservar.

La innovación tecnológica ha creado un sinnúmero de bienes, V.gr títulos-valores desmaterializados, páginas web, que preocuparon la doctrina jurídica pero que hoy ya no presentan un problema caótico al momento de determinar su accesión a un establecimiento de comercio y ellos se explica pues, el derecho de la propiedad industrial, de los derechos de autor y de los títulos valores y en general, el derecho mercantil contemporáneo, contempla criterios suficientemente amplios para aprehenderlos e incluirlos dentro del listado del artículo 516.

Con las anotaciones previas podemos afirmar que los elementos del establecimiento son:

siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

- a. Los derechos derivados de la propiedad industrial e intelectual: Los numerales 1º y 2º del artículo 516 del C.Co sintetizan todos aquellos bienes mercantiles que se pueden catalogar como propiedad industrial e intelectual , los cuales deberán interpretarse a la luz de nuestro derecho subregional (Decisiones 486 y 351), del Convenio de la Unión de París, de los TRIP´S ¹⁴ y demás tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. Si bien el tenor de los numerales no englobó la totalidad de los géneros, como los géneros literarios, o fonográficos, para el caso de la propiedad intelectual, o las denominaciones de origen para el de la propiedad industrial, deberá entenderse que la protección cobija todos las especies de la propiedad intelectual e industrial.
- b. Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares: El numeral 3º del artículo 516 del C.Co se refiere, por un lado, a las mercancías, esto es, los elementos corporales e incorporeales destinados al tráfico del establecimiento. Cualquier cosa puede ser una mercancía: un zapato, una licencia de software, el mismo dinero, los servicios, V.gr, siempre que tengan una naturaleza y un fin comercializable . El concepto de mercancía¹⁵ hoy en día se identifica con un bien afecto a un fin, mas que con una categoría¹⁶ de estos, fin representado por la virtualidad de ser comercializado por un agente económico.¹⁷ La mercancía debe cumplir con algunos requisitos: corporalidad, movilidad , aptitud jurídica para el tráfico

¹⁴ **WIPO** International Conference on dispute resolution in electronic commerce, Geneva. 2000. **OMPI**. Oficina Internacional. Proyecto de disposiciones relativas a la protección de las marcas y otros signos distintivos en Internet. Ginebra. 2000

¹⁵ La convención de Viena de 1980 por la cual se reguló el contrato de compraventa internacional de mercaderías hace referencia a mercadería, pero en el sentido de *good*, que en español traduce *bien*. Luego, la órbita de interpretación contemporánea es mucho más extensa que la que se usaba antes y que identificaba mercadería con cualquier tipo de bien mueble y corporal, hoy en día, mercadería se acerca más al concepto de *bien (good)*, con la explicación que hemos hecho en el texto.

¹⁶ Sobre el concepto de mercadería revítese a **ELÍAS IZQUIERDO MONTORO** en Temas de Derecho Mercantil. Madrid. Montecorvo. 1971, Pag. 449 y ss.

¹⁷ Consúltese a **ZUNINO**, Op. Cit y a **SATANOWSKI** , **Marcos**. En Tratado de Derecho Comercial. Buenos Aires. Tea. . Tomo 3. 1968

y valor patrimonial propio, requisitos sin los cuales el bien deja de ser mercadería, sin perjuicio de ser un objeto de tráfico mercantil, como los títulos valores o los inmuebles¹⁸.

El Código contempló en un solo numeral a las mercancías, a “los créditos” y algo que llamó “valores similares”. Ha debido separar estas especies en numerales distintos pues entre ellas no hay un vínculo que amerite su reunión dentro del mismo renglón.

Cuando se refirió a los “demás créditos” hablaba de las relaciones jurídicas en las que el empresario figura como acreedor, verificables mediante una cuenta corriente, o mediante la rúbrica contable de cuentas por cobrar. No entendemos a que se refería el código cuando habló de valores similares, pues, fuera de la amplísima categoría jurídica de los créditos, que vendría a abarcar cualquier clase de obligación, no encontramos aquello que el código llama “valores similares”, expresión desafortunada que tal vez por tratar de no dejar nada por fuera, condujo a una imprecisión innecesaria e inentendible.

- c. Las instalaciones : El numeral 4º del Art. 516 habló de las instalaciones y del mobiliario. Mejor habría sido que el código solo hubiera hablado de instalaciones ya que el concepto jurídico de instalaciones, bien definido en la Ley Argentina 11.867¹⁹----- que como se vio, fue una de las fuentes para la Comisión del 58----- incluye todos aquellos elementos materiales que presentan la característica común de constituir el *activo fijo* del establecimiento por no estar naturalmente destinados a la venta²⁰. Tal comprensión abarca

¹⁸ IZQUIERDO MONTORO, Elías. Op. Cit.

¹⁹ En el mismo sentido véase la Ley Uruguaya del 24 de septiembre de 1928, Artículos 1 y 2.

²⁰ ZUNINO, El fondo de Comercio. Op. Cit. Pág. 114

bienes como las maquinarias (adheridas o no al local comercial), los automotores, los muebles y los útiles (como un calculadora o un computador).

- d. Derechos y obligaciones derivados de contratos anteriores a la enajenación : Los numerales 5 y 7 del Art. 516 incluyen dentro del establecimiento dos tipos de relaciones jurídicas de origen contractual; por un lado, incluyó las derivadas de contratos de arrendamiento, y por el otro, todos aquellos derechos y obligaciones derivados del objeto empresarial del establecimiento.

Si la actividad del establecimiento de comercio se desarrolla en un local comercial arrendado, y el esfuerzo y dedicación del empresario que está en frente de sus negocios da frutos y éxitos en el mercado, es justo que este esfuerzo se premie y proteja. Por tal razón se ha dispuesto que éste empresario tenga derecho a conservar el arrendamiento sobre este local comercial²¹.

Esta intención del legislador, viene a aplicarse con ocasión de los contratos de arrendamiento cuando el empresario arrienda un local que pertenece a otro y cuando siendo el local de propiedad del empresario, este lo enajena. El Código de Comercio ha dado especial atención al tema del arrendamiento, reguló los presupuestos, alcance y efectos del derecho a la renovación del contrato de arrendamiento del local comercial, tema que ha sido largamente estudiado y explicado por la doctrina nacional y extranjera.

Por otro lado tenemos todo el universo de relaciones jurídicas de carácter patrimonial fundadas en contratos, e inclusive actos jurídicos unilaterales, anteriores a la enajenación del establecimiento. Al decir de **ASCARELLI**: “ En la circulación de la Hacienda , están comprendidos los contratos en curso (art.

²¹ En este sentido puede verse a **GARRIGUES**, Joaquín. Op.cit. Pág. 179; y a **VELAZQUEZ**, Carlos Alberto. Op.cit. Pág. 359 y 360.

2558) para la explotación de la hacienda misma (y que no tengan carácter personal), ya que de otro modo ----- y piénsese en la importancia, para el funcionamiento de una hacienda, de los contratos de suministro----- la circulación de la hacienda no podría comprender todos los bienes que forman parte de ella.”²²

La regla general será que el enajenante de un establecimiento de comercio tenga contratos, no solo de ejecución sucesiva sino de ejecución instantánea, no cumplidos en todo o en parte. Puede tener, v.gr, contratos de agencia, de suministro, de distribución, estimatorios, celebrados en interés de la empresa para el desarrollo normal de las actividades a que está destinado el establecimiento, que no pueden o no deben interrumpirse o privarse de sus efectos obligatorios, para que la empresa no sufra solución de continuidad o interrupción²³. La ley, con razón obvia, excluyó los contratos llamados *intuitu personae* de este fenómeno. Se busca así preservar el inmenso valor dinámico del establecimiento, persiguiendo, una sustitución de empresarios más que una sustitución de empleadores.²⁴

El legislador olvidó, sin embargo, que las obligaciones pueden tener fuentes distintas a los contratos, como los actos jurídicos unilaterales, de los cuales podrían surgir relaciones jurídicas que también harían parte del establecimiento de comercio. Inclusive, podría darse el caso, y en la práctica es harto frecuente, de que la Administración Pública, mediante actos administrativos de carácter individual ---- que no contratos----- genere derechos, permisos o autorizaciones que indefectiblemente constituyen

²² ASCARELLI . Op. Cit. . Pág. 283

²³ MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit. Pág. 31 y 32.

²⁴ En el proyecto de 1958 se contemplaba explícitamente, superando en ello la legislación italiana, la transmisión de la facultad de prorrogar todos los contratos que se ceden y que dan lugar a ella. Finalmente el Código del 71 no la contempló expresamente, tal vez porque entendió que la prórroga es un derecho, como todos los derivados de la relación contractual que se transmite y que va incluido en

derechos que deben conformar parte del acervo del establecimiento, y que no obstante, no fueron tenidos en cuenta por la ley comercial. Afortunadamente, con criterio lógico y sentido común la práctica los comerciantes ha entendido que tales relaciones jurídicas se trasladan con el conjunto de bienes organizados²⁵.

- e. El derecho a impedir la desviación de la clientela y protección a la fama comercial: Establecido, sin suerte, en el numeral 6º de la norma en cita se ha pretendido incluir dentro de los elementos del establecimiento el derecho a evitar la fraudulenta desviación de la clientela.

Se entiende por clientela “el flujo de adquirentes de servicios o bienes producidos por la hacienda, flujo que tiene su causa en los factores del aviamiento, cuanto la hacienda sea explotada”²⁶.

Lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 516 del C.Co. se refiere no al derecho a ser propietario de la clientela en sí misma, puesto que ella es variable, fluctuante y libre, sino más bien, al derecho a que la clientela no sea desviada ilegítimamente violando las pautas de lealtad comercial y la debida competencia económica ²⁷. El maestro **ASCARELLI** aclara la situación con el siguiente ejemplo: “Si desvió la corriente eléctrica ajena cometo un acto ilícito,

la sustitución.

²⁵ **ZUNINO** ha prestado especial atención al principio denominado de *integridad*, por virtud del cual el enajenante debe procurar a toda costa que el adquirente del fondo pueda operar el establecimiento de comercio con los elementos y en las condiciones pactadas, refiriéndose a los bienes que, conforme al Art. 1 de la Ley 11.867, *integran el establecimiento de comercio*. **ZUNINO**, Op. Cit. Pág. 110 y ss. y 288

²⁶ **ASCARELLI**, Tulio. Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil. Editorial Bosch. Barcelona. 1974. Pág. 292. En el mismo sentido puede consultarse a , **GARRIGUEZ**, Joaquín. Op.Cit. Pág. 193 citando a **ROTONDI** para quien la clientela es “el conjunto de personas que, de hecho, mantiene con la casa de comercio relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios”; igualmente partidarios de definir la clientela como un flujo continuo de personas y de tenerla como un elemento esencial del establecimiento puede verse a **BROSETA PONT**, a **POLO** , y por todos, véase a **GUYENOT**, Op. Cit. Pág. 313

pero si frente a un establecimiento abro otro cuyos magníficos escaparates, sin dar lugar a confusión con los demás establecimientos, atraen los clientes del concurrente, realizo un acto lícito.”²⁸

Consideramos, con el profesor **GABINO PINZÓN**²⁹, que el legislador ha incurrido en equivocación al incluir dentro del establecimiento un derecho que de suyo pertenece a todos los comerciantes, consagrado en la preceptiva general que proscribe las conductas contrarias a la competencia desleal, hoy contenida en la Ley 178 que aprobó el Convenio de París, Ley 256 de 1996 y la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena. Igual posición tiene la doctrina alemana que considera que “Las *tipologías prohibitivas* del **UWG**, en especial su cláusula general del §1, no sirven en forma exclusiva, pero sí de modo sustancial, también a la protección contra la competencia desleal de las empresas³⁰ afectadas. Sirven al mismo tiempo a la protección de un sistema funcional de competencia eficaz y por ello deben concebirse, conforme a su correcta interpretación, junto con la legislación de defensa de la competencia (*derecho de cartel*) como *partes componentes de un derecho general de la competencia*” (**NERRETER, HEFERMEHL, SCHRAUM, ULMER** y Otros)³¹

4. El valor del establecimiento de comercio, el aviamiento y la clientela

4.1. Lo que define el “valor”

²⁷ **VELAZQUEZ**, Carlos Alberto. Op.cit. Pág. 361.

²⁸ **ASCARELLI**, Tulio. Op. Cit. Pág. 293

²⁹ **PINZÓN, Gabino**. Introducción al derecho comercial. Bogotá, Temis. Tercera. 1985. Pág. 117

³⁰ Como algunos españoles (véase la cita al pie No. 1 de este trabajo) , los alemanes utilizan el término empresa en dos sentidos :como actividad y como factor objetivo de esta. En esta ocasión hablan de empresa como el elemento material de la actividad, que viene a equipararse a lo que nosotros denominamos establecimiento.

³¹ **SCHMIDT, Karsten**. Derecho Comercial. Buenos Aires, Astrea. Traducción a la Tercera Edición. §7,III. Pag. 187. 1997

Como postulado de carácter teórico refrendado por la práctica y sin necesidad de demostración puede afirmarse que “el valor del establecimiento de comercio es mayor que la sumatoria de los valores de los elementos que integran el conjunto”. Para aceptar esta verdad hemos de reconocer que la existencia del establecimiento implica una alta participación intelectual -- la misma que está presente en la empresa -- capaz de convertir las ideas y los proyectos en cosas organizadas eficientemente para lograra una finalidad empresarial. Por eso el establecimiento de comercio es una universalidad compleja de bienes afectos al fin empresarial, la cual vale mucho más que las cosas materiales porque el elemento esencial de esta universalidad es la idea organizativa que la inspira, la cual tiene un valor apreciable en dinero.

Un establecimiento de comercio vale más que la suma de sus instalaciones, de las mercaderías allí ubicadas, de su nombre y su enseña comercial, de sus marcas, sus patentes de invención, dibujos y modelos de utilidad, de sus distinciones honoríficas, su derecho al local, y los demás derechos derivados de la propiedad comercial, industrial y artística o de un contrato o de un derecho real. Hay algo que hace que valga más: el aviamiento o llave³², el *good will*, *avviamento* o *achalandage*.³³

4.2. Aviamiento, good will y achalandage

³² **Llave** es el término utilizado por la doctrina y ley argentina.

³³ Es digno de resaltar la profundidad con que el derecho argentino ha tratado las cuestiones económicas y financieras que rodean la enajenación del establecimiento o fondo de comercio. Por ejemplo M.A. Rotondi se encargó de la valuación del establecimiento de comercio, notando la importancia de definir los conceptos de llave, valor llave y aviamiento; y, por otro lado Gabriela Debeali se adentró en problemas relacionados con las diferencias entre estos tres conceptos recién mencionados.

Sobre el tema es innegable la claridad de Zunino, quien ha diferenciado admirablemente los tres conceptos llegando a la conclusión de que llave y aviamiento son lo mismo y que valor llave es el precio de la llave. Véase a **ZUNINO**, Jorge O. Fondo de Comercio. Buenos Aires, Astrea. 1982. Págs. 204 y ss.

Por aviamiento, sinónimo de good will y achalandage, entendemos la aptitud objetiva del establecimiento de comercio para producir utilidades, o sea, la virtud que le permite a un capital invertido en un establecimiento de comercio producir mayores utilidades que las que produciría normalmente. Sin embargo hay algo que debe aclararse: el *avviamento*, como dicen los italianos, no es un elemento del establecimiento de comercio, es una característica o cualidad, que engendra el mayor valor con respecto a la simple agregación del valor de los bienes que lo conforman. Por ello el aviamiento por sí solo no puede ser objeto de negocios jurídicos.

Venimos diciendo que el aviamiento no es una cosa, es una cualidad. Cosa distinta es que esta cualidad sea mensurable y que a ella se le pueda asignar un valor que puede justificar un precio y que se ha denominado *valor llave*. Dicho en otras palabras, aviamiento, *llave*, *good will*, *achalandage* son lo mismo y valor llave es el precio del aviamiento.

El aviamiento es el elemento esencial del establecimiento de comercio, si no fuera así, los hombres recogerían indiscriminadamente cualquier bien en orden a producir cualquier cosa sin el desgaste del intelecto ni la preocupación por los resultados. En toda empresa, como dice la Corte de Casación Italiana, hay una “expectativa de beneficios futuros, fundada sobre el conjunto de los elementos materiales e inmateriales que integran la hacienda”

El numeral 6º del Art. 516 tácitamente reconoce la importancia del aviamiento cuando presume que al establecimiento pertenecen una serie de bienes y derechos que deben tratarse como una unidad económica compleja que merece conservar cierto nivel de productividad y del cual penden los derechos de acreedores y terceros. Esta determinación orienta de manera categórica todas las operaciones que tienen como objeto el establecimiento de comercio,

procurando, como se verá, que la hacienda o establecimiento se trate como una universalidad jurídica compleja y lo cual no impide conservar y proteger todos y cada uno de los bienes y relaciones que lo componen.

La doctrina ha sido enfática al observar que el valor llave depende de factores objetivos, los cuales tiene la virtud de hacer que el establecimiento de comercio produzca superutilidades independientemente de las habilidades y cualidades de su administrador o titular y de la especie o calidad de mercadería que expenda.³⁴

En suma, el valor del establecimiento de comercio es el valor resultante de sumar sus elementos y su valor llave.

4.3 La clientela

La doctrina tradicional ha puesto especial énfasis en el estudio y definición de la clientela, es decir, el grupo de personas que frecuentemente concurren al establecimiento con el fin de adquirir sus bienes y servicios. Ese flujo de personas, como lo definen **GARRIGUES**³⁵, **BROSETA**³⁶, **GUYENOT**³⁷, **ROTONDI**³⁸ y **ASCARELLI**³⁹, tienen como causa el aviamiento, este grupo de *parroquianos*, visitan continuamente el mismo establecimiento, por el gusto, por la comodidad, por la organización y, en

³⁴ **BERTOLA, Héctor R**, Llave de negocio, **RIPA ALBERDI, V**. Transmisión de establecimientos, **SCOLNI, M**. Transmisión del Establecimiento, todos citados por **ZUNINO**, para quien estos factores objetivos son entre otros, la clientela hecha, un mercado fijo y de estimación inmediata; la existencia de años con beneficios comunes a los de establecimientos similares; el prestigio de una marca, una patente o una invención; la inteligencia de un plan de propaganda o de publicidad; la ubicación del local; su organización. **ZUNINO**, Op. Cit. Pág. 204 y ss

³⁵ **GARRIGUES** Joaquín. Op.Cit. Tomo I Pág. 193

³⁶ **BROSETA PONT**, Manuel. Manual de derecho mercantil. Madrid, Tecnos. 1974. Pág. 90

³⁷ **GUYENOT**, Op. Cit. Tomo I. Pág. 312 y ss.

³⁸ Véase la cita de **GARRIGUES**, Op. Cit Pág. 193

³⁹ **ASCARELLI**, Tulio. Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil. Editorial Bosch. Barcelona. 1974. Pág. 292

suma, por la satisfacción de visitar esa unidad económica que ofrece aquello que ellos buscan.

Así las cosas debemos preguntarnos si puede haber un establecimiento sin clientela⁴⁰. El desarrollo de establecimientos de comercio móviles, como *Le cirque du soleil*, o el *Crucero del Amor* son establecimientos que no tienen un flujo persistente o tradicional de consumidores, es más, puede que uno de estos consumidores no vuelva nunca a visitarlo. De allí que el verdadero valor del establecimiento no está en la clientela, sino en “la facultad que posee el fondo para atraer y retener a los compradores (*achalandage* que viene del francés antiguo “*attirer les chalands*”, es decir a los compradores : *chaloir*, interesar)”⁴¹. En últimas, esto significa que la clientela no es un elemento esencial del establecimiento de comercio ; lo que será esencial es el aviamiento generado por la idea organizativa que la inspira, que viene a ser la causa de la clientela.

Varios pronunciamientos del Tribunal Supremo de España⁴² han reconocido que no es elemento esencial del establecimiento que este se explote o que tenga una clientela, no son necesarias las relaciones de hecho que la

⁴⁰ En contra **GUYENOT**, Op. Cit. Tomo I. Pág. 313, quien consideró que “no hay fondo sin clientela, pues ella es la condición para su existencia”. A nuestro sentir, el maestro francés está confundiendo clientela con aviamiento, ya que puede haber, como lo anotamos, casos de establecimientos sin clientela. Lo que no puede haber es establecimientos sin ese supervalor constituido por su organización que resulta ser una de las causas de la clientela. El ejercicio práctico nos da la razón porque en ningún momento puede decirse que el establecimiento de comercio absolutamente nuevo, el que abre puertas por primera vez al mundo no es un establecimiento hasta que genere un flujo continuo y más o menos recurrente de consumidores. En cambio, este conjunto de bienes organizados por el comerciante, desde el día de su organización, si tiene esa facultad de producir utilidades o de llegar a atraer clientes, será un establecimiento de comercio. La reciente jurisprudencia del máximo tribunal español ha tenido pronunciamientos en este sentido. (**VICENT CHULIÀ, F.** Op. Cit. Pág. 112)

⁴¹ **GUYENOT**, Op. Cit. Tomo I. Pag. 313

⁴² Pueden consultarse los fallos del 26 de marzo de 1948, 3 de diciembre de 1957, 20 de noviembre de 1963, 8 de abril de 1965 del Tribunal Supremo Español, entre otros.

organización puede generar (clientela y prospección de utilidades), sino que basta la organización de los elementos del conjunto⁴³.

5. El concepto de establecimiento de comercio

El *Establecimiento de* a la luz del Art. 515 C.Co es “el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”⁴⁴.

El establecimiento de comercio, como bien anotan los comercialistas españoles constituye la dimensión objetiva de la empresa, es el conjunto organizado y estructurado de bienes y derechos que permiten la realización del fin productivo de cada empresa. Según la ley, está compuesto por la multiplicidad de bienes relacionados en el Art. 516 y todos aquellos necesarios para su explotación, bienes que pueden ser corporales, muebles, inmuebles, tangibles e intangibles, ajenos o de propiedad del empresario, todos ellos dispuestos y distribuidos para lograr el éxito de la empresa o para acercarse hacia la feliz meta de la producción.⁴⁵

⁴³ VICENT CHULIÀ, F. Valencia. Edición del autor. Tomo I. 1981. Pág. 112

⁴⁴ El concepto del legislador colombiano coincide con el tratamiento que el Código Civil de Italia dio a la institución del *establecimiento*. El Codice Civile de 1942 lo ha definido en su artículo 2555 como “*il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*”

⁴⁵ En este sentido **RODIÈRE** afirma que la parte fundamental “del establecimiento de comercio reside en la manera original como el comerciante organiza su empresa para producir y atraer una clientela. Esta organización constituye una creación intelectual, análoga a una creación literaria o artística y es normal que sea como estos jurídicamente protegida. Sin embargo, a diferencia de la patente de intervención o de la creación artística, no es protegida en sí misma y en abstracto, sino en relación con los elementos corporales o incorporeales del fondo que le sirvan de soporte necesario” (Rodière, René, *Droit Commercial*, París. Précis Dalloz, 1970. Pág. 192)

En este sentido **RODRIGO URÍA** destaca **la organización** como el elemento esencial del establecimiento de comercio o hacienda. Así, sostiene que el establecimiento de comercio es una institución entendida “como organización de elementos materiales y personales en función de un fin de orden superior a todos ellos”. Véase **URIA**, Rodrigo. Derecho Mercantil. Madrid. Imprenta Aguirre. Décima. 1976 Págs. 34 y ss.

Desde nuestro punto de vista la doctrina ha promovido una idea *incompleta* del establecimiento de comercio. La mayoría de las veces se le ha entendido como el conjunto de bienes organizado por el empresario que, desde un local comercial, ofrece continuamente bienes a un flujo de consumidores. Aunque esta concepción puede enmarcarse dentro de la definición legal, resulta corta, pues condiciona el concepto a la existencia de elementos que por regla general son fácilmente identificables pero que no son necesarios para configurar el establecimiento de comercio. Esto es lo que acontece con la clientela, con la necesidad de ubicarse en un asiento físico fijo y con el supuesto de que el establecimiento abra sus puertas al público.

La aproximación a lo esencial trata de coincidir con la definición del Artículo 515, la cual no se refiere a la clientela, ni al local comercial ni a condicionamiento similar. Otra cosa es que el establecimiento de comercio, por regla general, se desarrolle en un inmueble, en un lugar físico donde se ubica y desde donde se cristalizan las relaciones jurídicas del establecimiento. No obstante, es posible que exista el establecimiento de comercio móvil, sin asiento físico fijo, como *les bateaux mouche* que navegan por el río Sena ; o el establecimiento que se desplaza físicamente y que actúa siempre en el mismo lugar, como sucede con los carros que venden perros calientes en las plazas y parques ; también existe el establecimiento que tiene una estructura física muy densa y pesada pero itinerante, como acontece con los circos y con los espectáculos de magia de David Cooperfield o con los grandes conciertos de Pavarotti o de Madonna, negocios que cuentan con aviones propios, viajan por el mundo de modo itinerante, se desplazan por ciudades y países sin modificar sus elementos físicos ni sus relaciones contractuales internas o su organización administrativa y publicitaria. También pueden identificarse establecimientos que carecen de estructura física como sucede con los empresarios que son representantes exclusivos de líneas de productos especialmente valiosos, hipótesis que puede materializarse en el

caso de los vendedores internacionales de aviones, armamento y equipo militar, casos en los cuales, la formalización de un contrato puede ocurrir cada dos o tres años, con suficientes beneficios económicos como para justificar una larga espera y un gran esfuerzo en la búsqueda de otro contrato semejante, sin que por ello pueda decirse que la falta de estructura física, y la falta de una clientela en sentido estricto le quite a ese establecimiento, casi inmaterial, la naturaleza que le corresponde. Téngase que no todo establecimiento ha de reunir el diverso contenido al que se refiere el artículo 516 del C.Co porque puede haber establecimientos sin inventarios, sin nombre, sin cuentas por cobrar, sin empleados y sin clientela fija, pero no obstante establecimientos de comercio porque en sí mismos son organizaciones predispuestas para el logro del fin que interesa al empresario.

También existen establecimientos de comercio que no reciben al consumidor, como es el caso de las fábricas o plantas desde donde sale el producto final para ser entregado a los distribuidores que lo colocan directamente en el mercado. En este caso, el establecimiento de comercio, como complejo de bienes organizados por el empresario para facilitar la meta de la producción nunca es visitado por un cliente, es más, el consumidor ni se entera de su existencia o ubicación, pero no hay duda de que ese conjunto de bienes es un establecimiento de comercio, tal vez el más importante de la empresa a la que pertenece.

Quienes consideran que entre los elementos esenciales del establecimiento de comercio están la inmovilidad física, la clientela, una estructura física y la intermediación con el consumidor no han tenido en cuenta que hoy por hoy la tecnología, las comunicaciones, la política de globalización y el desdibujamiento de las nacionalidades y de las fronteras le han abierto paso a organizaciones cada día más simples y más poderosas que, aunque suene a paradoja, se acomodan

muy bien dentro de la sabia, sencilla y simple definición del Código de Comercio de 1971.

6. Conclusiones

6.1. El establecimiento de comercio es un bien mercantil que no aparece en nuestra legislación sino después de introducirse en el Código de Comercio de 1971.

6.2. La institución fundamental del establecimiento es un bien nuevo, único y distinto que no puede enmarcarse dentro de ninguna de las categorías que el derecho común presenta para clasificar los bienes. Si hubiera de calificarlo, diríamos que esta nueva categoría posee las características de los bienes inmateriales.

6.3. Desde nuestro punto de vista en la vida de los negocios y en la comunidad en la que estamos viviendo y actuando hemos podido identificar nuevos tipos de establecimientos de comercio, a saber : el establecimiento de comercio móvil (sin asiento físico), el establecimiento móvil que a pesar de ello siempre opera en el mismo lugar, el establecimiento de comercio itinerante y el establecimiento de comercio que carece de estructura física.

6.4. Si bien la enunciación legal de los elementos que integran el establecimiento de comercio merece los reparos que se han señalado, puede decirse que la enumeración es suficiente para englobar los nuevos bienes y derechos que ha arrojado la tecnología y las nuevas tendencias del mundo moderno.

6.5. Si se nos concediera la venia de referirnos a los “falsos elementos esenciales del establecimiento de comercio” incluiríamos los siguientes : la inmovilidad física, la clientela , una estructura física y la intermediación con el consumidor.

6.6. Identificados los elementos esenciales del establecimiento de comercio, las limitaciones y las virtudes que tiene el sistema legal colombiano ha de concluirse que la noción que explicita el artículo 515 de nuestro Código de Comercio, resulta afortunada y válida para los tiempos actuales porque a pesar del influjo de las nuevas tecnologías, de la globalización, de los procesos de apertura y de la tendencia a la desmaterialización de muchísimas operaciones y negocios, la definición propuesta por el artículo 515, sigue siendo idónea. Recuérdese que esa definición dice así: “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”

BIBLIOGRAFÍA

ASCARELLI, Tulio. Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil. Editorial Bosch. Barcelona. 1974.

BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Buenos Aires, E.J.E.A. 1967

BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa. Segunda edición. 1991

BROSETA PONT, Manuel. Manual de derecho mercantil. Madrid, Tecnos. 1974.

FERRARA, Francesco, Estudios Jurídicos sobre la Hacienda Mercantil. Madrid, Editorial Revista del Derecho Privado. 1950

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Bogotá, Temis, Tercera Edición. 1999.

GARRIGUES Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. México, Editorial Porrúa. 1977

GUYENOT, Jean. Curso de Derecho Comercial. Buenos Aires, E.J.E.A. Tomo I. 1975

IZQUIERDO MONTORO, Elías. Temas de Derecho Mercantil. Madrid. Montecorvo. 1971

MEZZERA, Rodolfo. en Curso de Derecho Comercial, Tomo IV. Montevideo, Fundación de cultura Universitaria. 5a edición. 1998.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Proyecto de Código de Comercio de 1958. Comisión Revisora del Código de Comercio. 1958.

OMPI. Oficina Internacional. Proyecto de disposiciones relativas a la protección de las marcas y otros signos distintivos en Internet. Ginebra. 2000

PINZÓN, Gabino. Introducción al derecho comercial. Bogotá, Temis. Tercera edición. 1985

RODIÉRE, René. *Droit Commercial.* París, Précis Dalloz, 1970.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Madrid, Editorial Revista del Derecho Privado , Décima edición. 1984.

SATANOWSKI , Marcos. Tratado de Derecho Comercial. Buenos Aires, Tea. Tomo 3. 1968

SCHMIDT, Karsten. Derecho Comercial. Buenos Aires, Astrea. Traducción de la Tercera Edición. 1997

URIA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Madrid, Imprenta Aguirre, Décima edición. 1976

VELAZQUEZ , Carlos Alberto. Instituciones de Derecho. Comercial Santafé de Bogotá. Editorial Dike. 1996.

VICENT CHULIÀ, F. Compendio Crítico de Derecho Mercantil . Valencia. Edición del autor. Tomo

I. 1981.

WIPO International Conference on dispute resolutions in electronic commerce, Geneva. 2000.

ZUNINO, Jorge O. Fondo de Comercio. Buenos Aires, Astrea. 1982.

CARLOS ANDRÉS LAGUADO GIRALDO