

## DICTAMEN PERICIAL

En nuestra condición de peritos, nombrados por las partes en el juicio de lanzamiento promovido contra la firma denominada Almacén XX, nos permitimos rendir el dictamen solicitado.

Se plantean en el memorial petitorio, los siguientes puntos que son materia del experticio:

*Primero:* si el local en cuestión está situado en punto comercial, detallándose qué clase de locales ocupan de lado a lado, en uno y otro frente, la correspondiente cuadra, con anotación de dueños de los establecimientos comerciales, nombre de los mismos y, en lo posible, precios de arrendamientos y primas de los mismos y, en lo posible, precios de arrendamientos y primas que hayan pagado a otras personas quienes los están ocupando.

*Segundo:* si el local materia de inspección, cuya área y condiciones de presentación se especificarán en la diligencia, tiene o nó "prima" comercial y cuál?

*Tercero:* si ha existido en Medellín, o en subsidio en Colombia, o en subsidio en los países más adelantados, costumbre o uso, en el sentido de considerar el DERECHO AL LOCAL Y A SU ARRENDAMIENTO COMO BIEN INCORPORAL integrante de la hacienda comercial, o fondo de comercio, o propiedad comercial.

*Cuarto:* si ha existido en Medellín costumbre o uso, o en subsidio en otras partes de Colombia, o subsidiariamente en los países más adelantados y de donde provenga la legislación comercial colombiana la libertad de CESION DEL ARRENDAMIENTO COMERCIAL, siempre que no se cambie la destinación.

Siguiendo el mismo ordenamiento, procedemos en nuestra ya indicada condición de peritos, a consignar nuestro dictamen.

*PRIMERO*: el denominado Almacén XX, se encuentra ubicado en una zona netamente comercial, como es la carrera 50A, entre las calles 48B y 46C, dando frente al occidente, zona que comprende no solamente la indicada ya, sino también los principales alrededores, como son las denominadas Plazuela de Uribe Uribe, Parque de Berrío y Junín, a las cuales está muy cerca.

*SEGUNDO*: El Almacén XX funciona en la planta baja del edificio. Tiene aproximadamente 20 varas de frente por 20 varas de fondo. El tipo de construcción del edificio es moderno, de buenos acabados y presentación. El local propiamente dicho, dadas sus condiciones de presentación, espacio utilizable y dotación de amplia vitrina para la exhibición de mercancías, es perfectamente apropiado para desarrollar un buen comercio ya que a las anteriores condiciones objetivas, se suma su buena ubicación.

El aparte segundo que aquí desarrollamos, tiene —fuera de las consideraciones generales que dejamos expuestas— una proposición final atinente a la posibilidad de que el local tenga una “prima” y el monto de la misma.

Descarnar el problema de los establecimientos comerciales hasta reducirlo al solo local, al mero aspecto objetivo del local que puede ser, y lo es, materia de cesión, sería desconocer la verdadera naturaleza de tales establecimientos, que no son otra cosa que la resultante de la suma de valores materiales, tangibles con valores inmateriales o incorporales. “Los elementos inmateriales —expresa J. Gabino Pinzón en su obra de derecho comercial— son, desde luego, tan variables como los mismos elementos corporales y acaso mucho más”. Y agrega: “De todos ellos son indudablemente los más importantes el derecho al arrendamiento del local, el derecho a la clientela, el nombre comercial... (pág. 143).

Por manera que teniendo advertencia de lo dicho, podemos concluir que en nuestro medio es costumbre que el cesionario de un local o establecimiento pague a su cedente una suma determinada de dinero, que en el lenguaje corriente se denomina “prima”, para cuya fijación no existe, al menos hasta donde llegan nuestras informaciones, criterio uniforme. Pero claro está que entre los factores determinantes para señalar el valor de la prima, se tienen en cuenta la mayor o menor escasez de locales, el tiempo más o menos largo de funcionamiento del negocio en el local a cederse, especialidad del negocio mismo, mayor o

menor popularidad del establecimiento. rentabilidad del negocio. Y, además, la propia actividad personal del comerciante quien al incorporar esa actividad no hace sino sumar un nuevo factor de riqueza. En la exposición de motivos de un proyecto de ley federal mejicana, se lee: "El comerciante crea en su local una riqueza nueva, fruto de su trabajo, de su esfuerzo y de su capacidad de organización" (cita de J. C. Pinzón, ob. cit. pág. 162).

Llevan las anteriores consideraciones a concluir sobre la dificultad, en primer término, de establecer la cuantía de la "prima" y, en segundo término, a afirmar que, considerando el establecimiento comercial como una unidad de desarrollo económico, es evidente que tiene una prima como suele llamarse en nuestro medio. Y podemos afirmar la costumbre existente del pago de una suma de dinero, denominada "prima", cuando se trata de la cesión de locales de comercio. Como oferta de excepción se cuenta entre nosotros precisamente la contraria, es decir, que constituye un halago más para quien pretenda ser cesionario de un local, el que se le ceda sin prima.

Entre todos los elementos que confluyen para que un determinado negocio pueda ser susceptible de prima, juega papel importante el del capital vinculado en aquél, que va a reflejarse necesariamente en los balances que, como operaciones de resultado, servirán de medida para derivar de ellos una serie de relaciones demasiado indicativas, como son, la rotación del capital, la rentabilidad del mismo, etc., que son materias en las cuales los suscritos no tenemos los conocimientos suficientes para analizarlas y, con base en ellas, llegar hasta la estimación cuantitativa de la prima que tiene Almacén XX.

De esta corta disgresión podemos concluir, como lo hacemos, diciendo que Almacén XX sí tiene prima, pero no hacemos la estimación numérica por las razones antedichas.

Ha existido en Medellín, o en subsidio en Colombia, o en subsidio en los países más adelantados, costumbre o uso, en el sentido de considerar el DERECHO AL LOCAL Y A SU ARRENDAMIENTO COMO BIEN INCORPORAL integrante de la hacienda comercial, o fondo de comercio, de propiedad comercial?

El anterior es el contenido de la tercera pregunta sometida a nuestro dictamen. Entendemos el interrogante como compuestos de dos miembros íntimamente entrelazados, los cuales son: la consideración consuetudinaria sobre el derecho al local y a su arrendamiento como bien incor-

poral. Y la misma consideración en cuanto a que tales local y arrendamiento hacen parte integrante de la hacienda comercial, o fondo de comercio o propiedad comercial.

No perdemos de vista que en la solicitud de una de las partes, no discutida por la otra y aceptada por el juzgado del conocimiento, se fija una norma para los peritos, puesto que éstos “se basarán para su dictamen razonado, en las pruebas aducidas al juicio, en las que llegaren a adicionarse en la propia inspección ocular previa al dictamen y, obviamente, en sus propios conocimientos comerciales y jurídicos sobre costumbres nacionales y extranjeras y prácticas mercantiles relacionadas con las cuestiones planteadas” (punto XII, pruebas del Dr. Jaime Gil Sánchez). Es decir, entonces, que aunque a los peritos se les pregunta concretamente sobre “la costumbre o uso”, sin que tal dictamen sea el más apropiado para demostrar el derecho consuetudinario, como bien lo saben los dos profesores que patrocinan a las partes en el juicio, no podemos por ello desatender la materia objeto del cuestionario. Y como para dar el experticio debemos conjugar todos los elementos disponibles, no siendo ajenos los personales conocimientos del comercio, la información sobre prácticas mercantiles extranjeras y demás conocimientos jurídicos. Y por ello se justifica el que hagamos referencia a ciertos principios que informan el derecho comercial, antes de concluir en uno u otro sentido.

Desde el punto de vista jurídico, el fondo de comercio no es únicamente el conjunto heterogéneo de cosas y valores que integran un establecimiento industrial o comercial, en función de lucro. Es algo más: es ese conjunto de cosas y valores tangibles e intangibles pero que están destinados a formar una universalidad jurídica en la cual cada parte se relaciona con el todo. Pero no dice la ley cuáles son los elementos que, conjugados, lo forman. En algunas legislaciones que ya han tenido asomo sobre estas materias, se ha tratado de asimilar el fondo de comercio a un “derecho de clientela”. Así por ejemplo leemos en Ripert: “. . . Se trata en efecto de una propiedad, pero que no comprende ningún objeto material. Esta propiedad es una de las *propiedades incorporales* (subrayamos) y el hábito de referirse a la idea de propiedad literaria o artística y de patentes y marcas, condujo fácilmente

a admitir la idea de propiedad del fondo de comercio. Esta propiedad es en realidad un derecho a la clientela...” (Trat. El. de Der. Com. tomo 1º, pág. 327).

En desarrollo de esta concepción simplificada del fondo de comercio, como derecho a la clientela, se ha llegado por vía de jurisprudencia, a considerar cuáles son los elementos determinantes para la conservación de la clientela. En tales doctrinas se ha sostenido que son: el nombre, el local, el material y las patentes de invención.

Sobre el elemento “local”, como uno de los constituyentes del fondo de comercio, varía su importancia según la clase misma del comercio, pues al paso que hay algunos que son susceptibles de funcionar sin local (como acontece con los ambulantes), normalmente se desarrolla en ellos. Y la actividad personal del comerciante se ve —traducido en el campo económico— en muy directa relación con las características propias del local mismo, como atrás se anuncia.

En nuestros tribunales también se ha enfocado el problema del fondo de comercio, aunque un poco tímidamente, por el aspecto de la clientela. En fallo reciente. dijo el Tribunal Superior de Medellín: “. . . otros dos testigos, señores. . . carniceros de profesión aseveran que en el gremio de esta ciudad ha sido costumbre la de que la venta de un expendio de carnes, conlleva siempre la cesión de la clientela y consecuentemente el cedente queda comprometido a no hacer competencia a su comprador. Es verdad que por tratarse de una costumbre mercantil, ella necesita para su legal comprobación, por lo dispuesto en el artículo 700 del C. J., siete testigos hábiles, pero las dos a que se alude si no cumplen esa función probatoria, sí son otro dato o indicio que tiende a dar verosimilitud, si cabe, a lo afirmado por el demandante. En la jurisprudencia y doctrina francesas, a la enajenación de un establecimiento mercantil se le denomina cesión de fondos de comercio, fondos que son una de las llamadas propiedades incorpóreas que en concepto de algunos, constituyen una universalidad; según aquéllas, esa operación de carácter complejo comprende numerosos y diversos elementos y, entre otros, la cesión o transferencia de útiles, los muebles y enseres, mercaderías para la venta, en almacén o en proceso de elaboración, materias primas y demás cosas corporales destinadas de manera permanente al desarrollo de la actividad para la cual está organizado el establecimiento; el aviamiento, los créditos del empresario y sus derechos sobre

signos distintivos del establecimiento o de sus productos sobre invenciones o creaciones industriales cartísticas que se estén utilizando en la misma actividad... los derechos derivados de los contratos pendientes de ejecución total o parcial y que no se hayan celebrado exclusivamente en consideración a la persona del empresario; la cesión del contrato de arrendamiento y el derecho a su renovación, si el establecimiento funciona en locales ajenos, y el derecho al arrendamiento de los mismos, si son de propiedad del empresario”.

En este nuevo texto que se pretende establecer, según el proyecto de C. de C., están clara y definitivamente incorporados los elementos tangibles como los intangibles, con lo cual se sigue la moderna orientación al respecto. “Si el establecimiento comercial es una unidad o universalidad formada por distintos bienes, es necesario indicar cuáles son los bienes que deben considerarse como parte inherente al mismo, especialmente para fijar el alcance o la comprensión de los derechos que pueden constituirse sobre el establecimiento, conforme a las prácticas comerciales” (Exposición de Motivos, pág. 29, 30).

Se habla en el proyectado artículo 31 de los “aviamientos” como parte integrante de la hacienda comercial. Y tal vocablo equivale a lo que generalmente se conoce con el nombre de good-will, el cual a su vez, tiene dos aspectos: el good-will para consideraciones tributarias, fiscales, y el good-will como integrante del fondo o hacienda comercial, esto es, para solos efectos del comercio. En el primer aspecto debe reunir ciertas y determinadas condiciones para que la jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales lo avalúe y, una vez estimado, se debe ya contabilizar en los libros las cualidades personales y de la habilidad técnica de los propietarios o gerentes...” (ob. cit. pág. 857).

Por todo lo que dejamos dicho, concluimos que sí hay costumbre establecida de considerar el derecho al local como un bien incorporal integrante de la hacienda comercial. Y las disgresiones hechas lo han sido con un ánimo de fundamentar el por qué de nuestro aserto pues, como dice algún autor citado por Alberto Rivera en su obra de derecho comercial, “a las varias fases evolutivas de la función social económica, deben seguir evoluciones de la función social jurídica”. Es decir que en materias de derecho comercial la parte legislativa viene atrás de la consuetudinaria.

Y respondiendo concretamente sobre la costumbre o uso de considerar el derecho al local y a su arrendamiento como bien incorporal, integrante de la hacienda comercial, o fondo de comercio, podemos decir que sí existe a pesar de que no haya entre los comerciantes un sentido expreso de la definición del fondo de comercio mismo.

Todo cuanto dejamos expuesto debe entenderse como una consecuencia del análisis de la situación considerada en sí misma, esto es, en consideración a la propiedad o dominio que tiene el mismo comerciante. Pero cuando se trata de considerar un establecimiento de comercio como un objeto susceptible de enajenación, en nuestro concepto es menester distinguir:

Primero: si el comerciante trata de realizar el acto con un tercero, que vendría a tomar, entonces, la calidad de cesionario. Segundo: si, con respecto al local, se va a operar la restitución al propietario.

En el primero de los casos, repetimos, es costumbre que el presunto cesionario pague la prima del local, acordada con el propietario del negocio.

Mas cuando se trata de la restitución del local o inmueble arrendado, podemos afirmar que no existe en nuestro medio costumbre de que el propietario pague suma alguna a título de prima. En este mismo sentido ha obtenido la Cámara de Comercio de esta ciudad sus informaciones sobre la costumbre en este punto preciso; y con base en ellas ha certificado, según conocimiento que tenemos, que "en la ciudad de Medellín no existe ni ha existido el derecho a una prima para el inquilino, a cargo del dueño del local..." (de mayo 26 de 1945). Y aunque pudieran haberse dado algunos casos sobre pago de prima en circunstancias tales, al menos no han llegado a marcar los elementos de reiteración, uniformidad y publicidad para que lleguen a alcanzar el carácter de norma consuetudinaria.

En algunos países, Francia por ejemplo, se han tomado algunas medidas de protección al locatario como puede comprobarse con las disposiciones sobre prórroga de los arrendamientos que, dados en un comienzo con el carácter de transitorio a raíz de la conflagración del año 14, han venido a recibir un sello de permanencia como aconteció con la ley 18 de 1946. Entonces este punto, de si el propie-

tario puede obtener la restitución del bien arrendado sin pago de prima, vendría a ser un caso eminentemente jurídico en donde tendrían campo abonado las tesis del abuso del derecho y del enriquecimiento incausado, que no es materia del experticio.

Finalmente, y con respecto a la cuestión de si ha existido la costumbre o el uso de la LIBERTAD DE CESION DEL ARRENDAMIENTO DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL, siempre que no se cambie su destinación, podemos afirmar que ello depende de las obligaciones contractuales. Si el contrato nada dice al respecto, lo común es que la pretendida cesión sea consultada con el arrendador.

Dejamos en los anteriores términos expuestos nuestros puntos de vista y nuestras apreciaciones sobre los puntos sometidos a dictamen.

Del señor juez, atentamente,

*JESUS LLANO RAMIREZ*

*HERNANDO CUARTAS MARULANDA*