

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

Criterios de Cuantificación de la Prima Comercial como un Intangible que Integra el
Establecimiento de Comercio

Laura Daniela Niño Flórez, William Yesid González Gómez

Trabajo de grado para optar el Título de Abogado

Asesor Temático

Jorge Alberto Lamo Tapias

Abogado. Especialista en derecho comercial, Máster es Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2018

Contenido

	Pág.
Introducción	7
1. Planteamiento del problema.....	11
1.1 Descripción del problema	11
1.2 Formulación de pregunta de investigación	13
1.3 Objetivos	13
1.3.1 Objetivo general.....	13
1.3.2 Objetivos específicos	13
1.4 Justificación	14
2. Marco teórico	15
2.1 Antecedentes	15
3. Metodología	22
3.1 Enfoque de Investigación.....	22
3.2 Tipo de Investigación.....	22
3.3 Método de Investigación científica y de Derecho.....	23
3.4 Población.....	24
3.4.1 Muestra	24
3.5 Fuentes e instrumentos y Técnicas de Investigación	24

3.5.1 Fuentes de información.....	25
3.5.2 Instrumentos.....	25
3.5.3 Fuentes Secundarias.....	25
3.6 Plan de Trabajo	26
4. Resultados de la investigación	27
4.1 El establecimiento de comercio como elemento constitutivo de la empresa.....	27
4.1.1 La empresa.....	¡Error! Marcador no definido.
4.1.1.1 Contextualización histórica	30
4.1.1.2 Definición de empresa	31
4.1.2 Elementos estructurales de la empresa	34
4.1.2.1 Empresario Mercantil.....	35
4.1.2.2 Gestión del empresario	37
4.1.2.3 Elemento objetivo: Actividad Económica Organizada.....	38
4.1.2.4 Elemento funcional o instrumental: Establecimiento de Comercio	41
4.2 Reconocimiento de la prima comercial como un intangible del establecimiento de comercio	64
4.2.1 Elementos intangibles e inmateriales que conforman la prima comercial.....	67
4.2.1.1 Good will.....	69
4.2.1.2 Clientela	72
4.2.1.3 Know how.....	76
4.2.2 La prima comercial como un elemento inmaterial del establecimiento de comercio	77
4.2.2.1 Concepto de prima comercial	77

4.2.2.2 Prima de colocación	¡Error! Marcador no definido.
4.2.3 La figura de la prima comercial en el derecho internacional: “Avviamento o derecho de llave”	81
4.2.3.1 El avviamento en el derecho europeo	83
4.2.3.2 Derecho de llave en países de américa latina	87
4.2.4 Reconocimiento de la prima comercial en la costumbre mercantil como fundamento normativo en Colombia.....	90
4.2.4.1 Concepto de la costumbre comercial.....	91
4.2.4.2 Elementos de la costumbre mercantil	93
4.2.4.3 Reconocimiento de la prima comercial como costumbre mercantil en algunas de las principales ciudades de Colombia.....	95
4.2.4.4 Desarrollo jurisprudencial de la “prima comercial”	102
4.3 Criterios para la valoración económica de la prima comercial.....	116
4.3.1 Cuantificación de los activos intangibles.....	117
4.3.1.1 Identificación de un activo intangible.....	118
4.3.1.2 Control del activo intangible	119
4.3.2 Elementos para la valoración jurídica de la prima comercial	122
4.3.2.1 Los bienes intangibles en el sistema jurídico colombiano.....	123
4.3.3 Plusvalía y activos intangibles.	137
5. Conclusiones	142
Referencias.....	149

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Costumbre certificada por la cámara de comercio Villavicencio</i>	95
Tabla 2. <i>Costumbre certificada por la cámara de comercio Medellín</i>	97
Tabla 3. <i>Costumbre certificada por la cámara de comercio de Armenia y Quindío</i>	99
Tabla 4. <i>Costumbre certificada por la cámara de comercio de Cali</i>	99
Tabla 5. <i>Identificación de la sentencia No. 1</i>	¡Error! Marcador no definido.
Tabla 6. <i>Identificación de la sentencia No. 2</i>	106
Tabla 7. <i>Identificación de la sentencia No. 3</i>	109
Tabla 8. <i>Identificación de la sentencia No. 4</i>	112

Lista de Figuras

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Beneficios que aporta el cliente	75
<i>Figura 2.</i> Concepto de prima comercial	78
<i>Figura 3.</i> El avviamento en Italia	83
<i>Figura 4.</i> El avviamento en España	85
<i>Figura 5.</i> El avviamento en Alemania	¡Error! Marcador no definido.

Introducción

La creación de nuevas empresas como consecuencia de la globalización y la dinamización del comercio, busca la satisfacción de las necesidades del consumidor, teniendo en cuenta que el objetivo principal de todo empresario es lograr posicionar su establecimiento de comercio frente a la sociedad; aquel reconocimiento al esfuerzo, dinamismo, excelente administración e iniciativa del empresario por alcanzar la acreditación o posicionamiento de su negocio en el mercado, se denomina como prima comercial, siendo el tema de estudio de la presente investigación.

La característica principal de esta figura, es la calidad que se le ha reconocido como un intangible y un elemento determinante del establecimiento de comercio como uno de los bienes de mayor representación en los activos de un negocio comercial; toda vez que permite acceder con facilidad a los diversos campos y ampliación de referentes con proveedores y clientes, dado su gran reconocimiento en el mercado.

Para analizar este concepto, es necesario reconocer en primer lugar que una empresa puede identificarse en el mercado de acuerdo a la capacidad (económica o de ventas) obtenida en su negocio, con el fin de generar beneficios económicos a futuro en ejercicio de la actividad desarrollada, apoyándose en todos los avances tecnológicos disponibles y de cualquier otro factor que contribuya a implementar estrategias de comercialización a efectos de contrarrestar la competencia y las exigencias del mercado, recursos que garantizan el éxito mercantil, que en principio es de donde se deriva la importancia de la prima comercial.

La presente investigación titulada “Criterios de cuantificación de la prima comercial como un intangible que integra el establecimiento de comercio” tiene como principal implicación el hecho de establecer una visión social en la que el comerciante obtenga utilidades, pero aporte al desarrollo de su entorno en la compra y venta de empresas comerciales en marcha y de establecimientos de comercio, basados en criterios de igualdad comprendidos y aceptados por ambas partes siendo una necesidad primordial en el mundo actual para proteger al consumidor de los desequilibrios que le plantea la economía moderna, caracterizada por la informalidad y abuso del derecho de los tratos negociables. (Marín Vélez, 2002, p. 23)

En Colombia el concepto de prima comercial ha tenido un precario desarrollo, pues no está regulado en ningún cuerpo normativo, e incluso en la doctrina y la jurisprudencia los avances son muy pocos respecto a su estudio y valoración, lo que ha generado que la informalidad sea la característica más relevante en cada una de las negocios o transacciones en las que su objeto es una venta o cesión de un establecimiento de comercio y que implícitamente se ve relacionado el reconocimiento a una prima comercial.

En mérito de lo expuesto se deriva la importancia del presente trabajo, que pretende dar una mayor claridad del concepto y desarrollo de la prima comercial, finalizando con un capítulo en el cual se identifican y define su naturaleza, como los criterios de cuantificación de la misma, buscando reivindicar su importancia y propender por una regulación de esta para una posible estimación económica en casos de venta o cesión de establecimientos de comercio.

El esquema a desarrollar en la presente investigación asume los postulados tradicionales de orden jerárquico en las fuentes formales del Derecho, en primer lugar haciendo mención de los presupuestos estructurales de la Empresa; el empresario como sujeto artífice y primordial en la gestión y desarrollo de la Empresa mediante el establecimiento de comercio, que a su vez es el

instrumento para el ejercicio de la actividad comercial, el cual está conformado por elementos materiales, inmateriales y activos intangibles.

Teniendo en cuenta el objeto de estudio de la investigación sobre el carácter inmaterial de la prima comercial como un elemento del establecimiento de comercio, el trabajo se encamina a tomar los postulados del ordenamiento jurídico nacional frente al desarrollo según la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia respecto de esta figura e internacionalmente en relación con el estudio jurídico de algunos países Europeos como Italia, Francia, Alemania y España, y en Latinoamérica en Argentina, Uruguay, México y Costa Rica, para poder realizar un modelo comparativo frente a lo establecido en el régimen jurídico Colombiano, finalizando con la propuesta de estandarización de posibles elementos de valoración jurídica para el reconocimiento y estimación económica de la prima comercial.

Para el cumplimiento de estos objetivos se optó por asimilar los presupuestos de la investigación cualitativa, a través de fuentes secundarias de investigación a las cuales se les aplico el método sistemático de investigación; utilizando esta metodología se logra comprobar de manera parcial la hipótesis sobre la cual se dio inicio a la investigación, la cual radica sobre aspectos como la ubicación, acreditación, Good will, Know How y posicionamiento en el mercado como criterios de valoración de la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio.

En la investigación se demuestra que efectivamente el reconocimiento de la Prima Comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio, a pesar de ser una práctica comercial que era posible evidenciar entre los comerciantes ha entrado en desuso en algunas de las principales Ciudades de Colombia, como Bogotá y Medellín por no cumplir con todos los requisitos de certificación de la costumbre mercantil, sin embargo, aún se encuentra constituida y certificada

en las cámaras de comercio de Villavicencio, Armenia, Quindío y Cali, incluso siendo certificada como costumbres mercantiles en las ciudades mencionadas, no existen criterios para su reconocimiento y valoración económica, solo se menciona y se da lugar a la existencia en algunos negocios jurídicos, tema que generó en primer lugar una dificultad para ser definida como un activo intangible y lograr establecer criterios de cuantificación estandarizados con el fin de que exista unanimidad y mayor seguridad jurídica a la hora de realizar una compra, venta o cesión de un establecimiento comercial.

Así, el sentido final de esta tesis fue realizar una propuesta que incluyera criterios fijos para el reconocimiento de la prima comercial que se logran crear en el establecimiento de comercio, como lo son el Good Will y el Know How que a su vez se encuentran conformados por una serie de sub-elementos, que unidos en su integralidad, es lo que dan lugar a la prima comercial, reconocida como una plusvalía o un mayor valor, producto del reconocimiento al esfuerzo del empresario, quien a lo largo del tiempo fue consolidando un posicionamiento de su empresa tanto en la clientela como en la competencia, haciendo posible la realización de una equilibrada estimación económica de la prima del negocio, para satisfacer equitativamente los intereses entre las partes conservando la buena imagen en busca de incursionar en nuevos mercados a futuro, y poder brindar un conocimiento más certero y claro a los comerciantes respecto de sus derechos, intereses y beneficios al momento de comprar o vender un establecimiento comercial.

1. Planteamiento del problema

1.1 Descripción del problema

El establecimiento de comercio es el instrumento del que se vale el empresario para poder cumplir los fines de su empresa y por medio del cual se realiza la actividad económica organizada. Al igual que la empresa mercantil, el establecimiento es una realidad económica con claras repercusiones jurídicas que lo hacen digno de protección y regulación por el derecho comercial. Cuando el empresario incursiona en un mercado y logra posicionar y acreditar su empresa representado en un establecimiento comercial, se confiere una protección legal al esfuerzo acumulado del comerciante, a través de un trabajo permanente y constante, a un adecuado y oportuno servicio, y una excelente gestión empresarial que merece un reconocimiento al momento de vender o ceder el establecimiento comercial acreditado.

En este orden de ideas, aquellos conocimientos, procedimientos y procesos técnicos reunidos en un “saber hacer” de un establecimiento junto a las acertadas políticas de publicidad y mercadeo, van creando respecto del negocio un patrimonio adicional, no apreciable materialmente, pero si medible en relación con los beneficios económicos a futuro de producción, a este “plus valor o valor adicional” es lo que se ha denominado como prima comercial.

Teniendo en cuenta que en la venta o cesión de un establecimiento de comercio existen otros intereses económicos presentes, la valoración económica no sólo incluye el valor del conjunto de bienes materiales que integran el establecimiento, sino también de los bienes inmateriales e intangibles que pertenecen al mismo, pero debido al carácter inmaterial de la prima comercial, no existe una claridad respecto a los criterios para su reconocimiento y derecho al cobro de la

misma, razón por la que su estudio es de gran importancia por ser un derecho del empresario al lograr acreditar o posicionar su negocio en el mercado y la sociedad, con la formación de un buen nombre comercial o reputación mercantil, que los distinga de su competencia por factores positivos tales como lo son ubicación, calidad, servicio, trato laboral, instalaciones, entre otros.

En Colombia no está establecido de manera expresa los criterios para valorar económicamente el intangible de la prima comercial, pero de manera implícita se ha reconocido como un elemento del establecimiento, cómo cuantificarlo y los posibles límites o parámetros para su reconocimiento es la situación problema o el estudio que se va a realizar en el presente trabajo y con el cual en un futuro posible se pueda llegar a reconocer como una costumbre mercantil, esto es una conducta repetitiva, constantes y generalizada, que sea ejecutada por las partes con la convicción de ser jurídicamente obligatoria, conteniendo a su vez los elementos necesarios para su reconocimiento, siendo estos la publicidad, reiteración y uniformidad.

En la certificación de la costumbre y en su recopilación está de por medio el interés público, el interés de los comerciantes y, en general, el de todos los miembros de la sociedad en relación con el ordenamiento legal en desarrollo de la seguridad jurídica; recopilar y certificar o no determinada costumbre debe estar de acuerdo a los parámetros legales y metodológicos (Cámara de comercio de Medellín. 2014, p. 22) que permitan a la sociedad tener confianza en el sistema jurídico que se le va a aplicar en un caso concreto. No cabe, entonces, la menor duda de que al estar en juego la seguridad jurídica del ordenamiento, es tan importante la certificación de la costumbre por parte de las cámaras de comercio como una de sus funciones, sin embargo el presente proyecto de investigación busca dejar el sustento teórico y descriptivo de la prima comercial realizando una identificación de los posibles criterios de cuantificación como límites

al valor económico de la prima comercial, para que se pueda lograr un fundamento legal a través del reconocimiento de una práctica comercial como costumbre mercantil.

1.2 Formulación de pregunta de investigación

¿Cuáles podrían ser los criterios de cuantificación para la estimación económica de la prima comercial como un intangible en la venta o cesión del establecimiento de comercio?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general.

Determinar criterios de cuantificación para la valoración económica de la prima comercial como un intangible, en la venta o cesión de establecimientos de comercio.

1.3.2 Objetivos específicos.

- Identificar la estructura del establecimiento de comercio en el Régimen Jurídico Colombiano
- Determinar desde el ordenamiento jurídico nacional e internacional la existencia de la prima comercial y los elementos necesarios para su reconocimiento en la venta o cesión del establecimiento de comercio
- Identificar los criterios de cuantificación para el reconocimiento y valoración económica de la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio.

1.4 Justificación

La sociedad siempre está en constante cambio, la apertura económica, los tratados de libre comercio, la libertad de empresa y la configuración de nuevas figuras comerciales, hacen que a la par del avance social, nuestro sistema jurídico deba ir trascendiendo, no obstante se ha demostrado a lo largo de los tiempos que el derecho siempre va un poco atrás en esta carrera evolutiva, razón por la cual se presentan vacíos normativos, ambigüedades jurídicas o lagunas, las cuales hacen que en el caso del derecho comercial se deba recurrir a otras fuentes del derecho y no tan solo a su documento fundamental, el código de comercio.

Esta flexibilización del derecho comercial hace que el mismo no quede anquilosado en el pasado y que vaya trascendiendo en el tiempo, recurriendo a fuentes como la costumbre mercantil que nutre nuestro derecho desde la realidad jurídica, pues es bien sabido que la costumbre en el ámbito comercial tiene gran fuerza vinculante cuando para la situación fáctica en concreto no exista una fuente normativa, razón por la cual su administración o más bien su positivización se le delego en nuestro sistema a entidades denominadas Cámaras de Comercio, quienes por medio del sistema de sondeo o estudio de campo van compilando lo que se define como costumbre mercantil, siendo por ende de relevante importancia su estudio y análisis, que se abordara en el segundo capítulo de esta investigación.

A pesar de ello y de existir organizaciones encargados de la recopilación de este tipo de información, es común ver prácticas en el medio comercial que aún no son objeto de completo estudio, dejando pasar de largo que las mismas son aplicadas de forma uniforme, reiterada y publica, que son requisitos elementales que para identificar una conducta como constitutiva de costumbre.

Una de estas prácticas a la cual se hace referencia es la Prima comercial, que sabemos es practicada en el ámbito de los comerciantes de nuestro territorio y reconocida, siendo por ende imperioso que la misma sea por principio de igualdad estudiada y constituida como una costumbre comercial nacional.

Por estas razones es que consideramos que este documento contribuirá a precisar los elementos o criterios con los cuales poder aclarar esta temática, con la finalidad de que sea reconocida y valorada económicamente de acuerdo a unos criterios fijos para la cuantificación de la prima comercial.

2. Marco teórico

2.1 Antecedentes

En 1958 cuando se presentó la propuesta de la Comisión Redactora se incluyó por primera vez la estructura, concepto y régimen de protección y garantías del establecimiento de comercio tomando como modelo la ley argentina y el código italiano, donde adquirió su validez y existencia legal hasta 1971.

Según Nieto Nieto & Parra Cruz (2011) el proyecto de código de comercio de 1958 presentado por la Comisión Redactora incluye por primera vez en Colombia el concepto de establecimiento de comercio y lo define como “el conjunto de bienes destinados al desarrollo de una actividad comercial organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes y para la prestación de servicios” (p.3).

Según este concepto, inspirado por las ideas plasmadas en el Código de Comercio italiano de 1942, hace referencia particularmente a la naturaleza del establecimiento como unidad económica, constituida por los bienes materiales e inmateriales que utiliza una persona para el desarrollo de una actividad económica, organizada y estable. A partir de esta definición y siguiendo la orientación de la ley argentina 11867 se expresa en el artículo 31 cuáles son los elementos o bienes que normalmente se destinan por el empresario al desarrollo de su actividad, concluyendo que el establecimiento es una universalidad formada por elementos corporales e incorporeales que se requiere determinar indicando sus componentes, de manera que se facilite la comprensión del alcance de los derechos que pueden constituirse sobre el establecimiento conforme a las prácticas comerciales (Nieto Nieto & Parra Cruz, 2011, p.4).

En ese orden de ideas, y tomando como referente algunas normativas internacionales, los expertos integrantes de la Comisión redactora, realizaron una propuesta enfocada a la regulación de las relaciones entre propietarios y arrendatarios de locales ocupados con establecimientos de comercio, con la finalidad de dar protección a los derechos de los comerciantes y empresarios en calidad de arrendatarios que crean y construyen sus negocios y establecimientos de comercio en los locales que ocupan, logrando una acreditación e incremento en la productividad de la actividad económica organizada.

Debido al esfuerzo realizado por el empresario para construir y gestionar su negocio, logrando excelentes resultados en la productividad hasta alcanzar un reconocimiento y posicionamiento en el mercado, surge el deber de protección del Estado en favor del empresario propietario o dueño del establecimiento de comercio, con el objetivo de evitar situaciones donde exista abuso del derecho y actos de competencia desleal, en las que el

arrendador o dueño del local comercial se sirve del esfuerzo del empresario para posicionarse en el mercado de forma competitiva.

Con ocasión a los diversos inconvenientes que para la fecha Colombia se encontraba enfrentando, fue que solo hasta 1971 se expidió el Código de Comercio, con algunas prerrogativas frente una mayor protección al gestor empresario, de igual forma a partir de 1991 en la Constitución Política se consolidó la estructura del establecimiento de comercio como el medio idóneo para el desarrollo de la actividad económica organizada de los empresarios estableciendo en su clausulado, derechos como: la propiedad e iniciativa privadas, la libre empresa y la libre competencia económica dentro del marco de responsabilidades que implica el Estado Social de Derecho.

Estos derechos incorporados en la Constitución de 1991, aplicados en el ámbito del contrato de arrendamiento sobre locales destinados al funcionamiento de establecimientos de comercio, constituye un escenario propicio para el debate en torno a colisiones de derechos tales como la propiedad que ostenta el arrendador sobre el inmueble y la empresa como función social en cabeza del propietario del establecimiento. Las jurisdicciones ordinaria y constitucional han debatido casos concretos y acciones de inconstitucionalidad sobre los derechos y prestaciones concernidos a las partes contractuales, que finalmente han resuelto a través de providencias que reconocen valores y fines implícitos en las normas pertinentes tales como la conservación y unidad de la empresa en tanto generadora de riqueza y agente coadyuvante al mantenimiento del empleo, lo que justifica herramientas legales que garanticen la igualdad material de los contratantes (Nieto Nieto & Parra Cruz, 2011. p. 21).

Teniendo en cuenta que el establecimiento comercial debido al tiempo en el mercado, logra en mayor o menor medida un reconocimiento ante la sociedad, un prestigio, acreditación o buen nombre que ubican al negocio en una posición importante dentro del mercado, de manera internacional se ha presentado esta figura que según la doctrina italiana como primera fuente de referencia, la ha denominado como “aviamento”, en el derecho francés se denomina *achalandage* y en Colombia se acogió la idea de *Good will*, adoptada del *common law* o también se ha conocido como prima comercial o crédito mercantil formado.

Este concepto se ha identificado en ocasiones con la clientela, pero más recientemente se le considera un valor agregado que tiene el establecimiento por la disposición especial de todos sus elementos, materiales e inmateriales, que le dan un potencial para la generación de beneficios económicos y que, aunque de suyo es inmaterial, se refleja en el balance del negocio como mayor valor de los activos.

El *Good will* es un reflejo de la fama comercial del titular del establecimiento, de la calidad de sus productos o servicios y de muchos factores que contribuyen a la buena imagen de un negocio.

La doctrina ha elaborado distintas definiciones de aviamento, encontrando una definición dada por Ferrara en el año de 1950 estableciéndola como:

La aptitud de la hacienda para conseguir su finalidad de lucro, capacidad de la hacienda para producir económicamente y dar un beneficio al empresario, plusvalía que presentan los bienes de la hacienda en virtud de su unión que les permite alcanzar una finalidad común (p.125).

Así mismo concluye Ferrara que el aviamento:

Es la fuerza de inercia transmitida a la hacienda por el titular en virtud de su labor de coordinación y dirección, considerado como un conjunto de circunstancias que le dan valor a la hacienda y que no son la clientela, pero que son determinantes para atraerla (Ferrara, 1950, p.126).

Hemos encontrado que en Colombia, la figura jurídica y comercial del *Good will* es también considerado una cualidad del establecimiento de comercio, que se deriva del prestigio y se manifiesta en los beneficios y ventajas ligados a la reputación de un negocio que, según lo manifestado anteriormente, no se debe confundir con la clientela, por lo que el establecimiento vale más que la suma de sus elementos por el potencial que tiene para generar utilidades para quien lo explota. Sus elementos no son bienes aislados o inertes, sino que se coordinan de manera particular y se ponen en movimiento.

Así adquiere el establecimiento la plusvalía o *Good will* como un valor que no se mide por los procedimientos ordinarios que se emplean para valorar los bienes, pero ese valor existe y es lo que el comprador está dispuesto a pagar para obtener un negocio ya establecido o una fuente de negocios en lugar de verse obligado a consagrar tiempo y dinero a desarrollar, él mismo, un nuevo negocio.

El negocio o establecimiento plasma la existencia de este conjunto de bienes que, por estar coordinados entre sí, pueden adquirir un valor superior al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes elementos que lo integran y es susceptible además de un tráfico jurídico independiente.

Esta realidad dio lugar a la denominada “prima comercial”, entendida como el mayor valor o sobreprecio que se paga cuando un establecimiento de comercio goza de un prestigio y acreditación ante la sociedad, derivado del esfuerzo y la coordinación del empresario en

función de la empresa para lograr posicionar su negocio comercial, por lo que este valor solo le corresponde al propietario o dueño del establecimiento de comercio.

De acuerdo a la sentencia de 29 de noviembre de 1971 se mencionó por primera vez sobre la prima comercial lo siguiente:

... es indudable que quien ha acreditado un establecimiento y ha creado en torno a él una clientela que se orienta más por el local ocupado que por cualquiera otra circunstancia, ha creado uno de esos elementos inmateriales que incrementan el rendimiento o la productividad de toda la empresa. Y ese elemento, que es a veces tan valioso que sirve de motivo para el cobro de primas cuantiosas por la cesión del local, no es fruto de la actividad del propietario sino de la del arrendatario; por eso es digno de protección en quien lo ha creado, y no es justo que sea el mismo propietario el que se beneficie con él, recaudando primas por privar de ese derecho al inquilino, y por convertirse, casi siempre en instrumento o aliado de la competencia desleal, que generalmente utiliza esos medios para aprovechar la labor y la paciente espera de otros. Lo cual quiere decir que no es que se pretenda limitar o desconocer el derecho de propiedad del arrendador sino proteger simplemente un elemento creador de beneficios económicos que no es obra del propietario sino del inquilino, para que cada uno ejerza su derecho en la medida de lo que es suyo. La primera idea fundamental que inspira el proyecto es, pues, la de que ese elemento inmaterial de que se habla tiene toda la entidad de un verdadero objeto de propiedad privada, distinto de la propiedad del arrendador, que debe protegerse en su propietario contra cualquier abuso del derecho del arrendador, y

para evitar que este se enriquezca sin causa, aprovechando la labor de un inquilino a quien se priva de un derecho creado por él (C.S.J, 1971).

En el mismo sentido, de conformidad con la sentencia del 27 de Julio de 2001 la Sala Civil de la Corte se refirió a la prima, que reconocen otros sistemas jurídicos, como:

La facultad del arrendatario a cobrar un precio por el “traspaso” del local comercial, es decir, por la cesión de su posición dentro del contrato de arrendamiento, independientemente del valor a que haya lugar por las existencias del establecimiento. Sin embargo, continuo la Corte, en el ordenamiento mercantil colombiano, no existe regla legal que favorezca tal práctica, ni disposición legislativa alguna que imponga al arrendador que recupera el inmueble arrendado el deber de pagarla, motivo por el cual, de tener fuerza normativa como costumbre local, regional o nacional, debió estar probada en la forma prevista por la ley (C.S.J. 2001).

Ya en la Corte Suprema de Justicia para el año de 2010, en su sala de casación civil, con el Magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, esta honorable corte teorizo lo siguiente:

Con respecto al Good Will no se estableció por el experto qué bienes incorporeales pertenecen al establecimiento y, de manera concreta, a qué alude cuando invoca aspectos de propiedad industrial, tampoco fueron precisadas las fórmulas químicas ni los procesos técnicos, referidos como justificantes de la concreción del buen nombre y prestigio del establecimiento de comercio; menos hubo confrontación o comparación con negocios similares a propósito de establecer el posicionamiento derivado del acierto en la administración y, desde luego, la solidez en las utilidades proyectadas; ii) también ameritaba explicaciones las posibles diferencias entre la “marca” y el Good Will; por ahí mismo, dada la

imprecisión de que da cuenta el dictamen, aducir los aspectos que justifican el Know How, y los elementos distintivos con “valor en marcha” y la “marca”.

Es así como en la actualidad ha tomado gran importancia el precedente jurisprudencial en el desarrollo de los derechos constitucionales y para poder abordar la temática de la prima comercial como un derecho intangible en la venta o cesión de un establecimiento de comercio, es necesario abordarlo desde el estudio en conjunto de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

3. Metodología

3.1 Enfoque de Investigación

El **enfoque** sobre el cual vamos a desarrollar la investigación, es el cualitativo, a partir del cual se observará cada uno de los rasgos distintivos del ordenamiento jurídico nacional e internacional, en sentido amplio referente al reconocimiento de la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio, identificando los criterios y presupuestos para la estimación económica en el reconocimiento de la prima comercial como costumbre mercantil.

3.2 Tipo de Investigación

Esta investigación es de **tipo** descriptivo, teniendo en cuenta la definición dada por la Dra. Elizabeth Ramírez Llerena, en su libro sobre Metodología de la investigación jurídica, donde expresa que en este tipo de investigación “se registra con precisión una amplia variedad de

características, de una situación referida a un fenómeno o una población determinada” (p. 232), puesto que su fin principal es detallar cada uno de los elementos sobre los cuales se desarrolla e integran el bien intangible de la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio y cómo es posible lograr su reconocimiento y estimación económica como una costumbre mercantil, siendo una práctica entre los comerciantes, a través de la investigación documental, bibliográfica y jurisprudencial, dirigida a plantear el reconocimiento de esta práctica comercial como costumbre mercantil, función delegada a las cámaras de comercio, y la cual es pertinente realizarse, en pro al cumplimiento de los principios en que se basa el Estado social de Derecho y los derechos de los Comerciantes.

3.3 Método de Investigación científica y de Derecho

Aplicaremos en esta investigación un sistema Analítico-Descriptivo utilizando un método **sistemático jurídico**, debido a que se explicará por medio de diversos sistemas, instituciones u ordenamiento jurídico nacional e internacional relacionados entre sí como lo son las normas constitucionales, comerciales y jurisprudencia aplicable en situaciones de valoración o reconocimiento de la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio, para llegar a un orden a los parámetros lógicos que brindarán las respectivas conclusiones frente a los criterios para la estimación económica de la prima comercial.

Este método implica diferentes fases necesarias para obtener las conclusiones en una investigación, en su orden son la descripción del problema jurídico que busca determinar los posibles criterios de cuantificación de la prima comercial como un intangible, para el reconocimiento y valoración económica en la venta o cesión de establecimientos de comercio,

para lo cual es necesario hacer un estudio a profundidad en primer lugar sobre el establecimiento comercial como elemento principal de la empresa y la gestión y el desarrollo del empresario como propietario y dueño del establecimiento de comercio, seguidamente es importante el desarrollo dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional de la prima comercial, su reconocimiento y los elementos que integran el bien intangible de la prima del negocio, para finalizar, identificándose los elementos que deben de tenerse en cuenta a la hora de que se quiera reconocer la prima comercial en la venta o cesión de un establecimiento de comercio y de qué manera podría llegar a una estimación económica que no sobrepase los derechos entre los comerciantes ni existe un abuso monetario. Igualmente se pretende con este método hacer un puente entre la realidad del tema, la práctica del mismo y la teorización propuesta.

En cuanto al método de investigación, el que hemos señalado como adecuado para desarrollar la investigación es el Holístico, este, según Jaime Giraldo Ángel tiene en cuenta el fenómeno que se da por una causa, la cual se orienta a determinar la multiplicidad de factores que rodean la aparición de la misma. El estudio de este tipo de relación implica, una integración holística de todos los factores condicionantes en función del fin al cual apunta el comportamiento.

3.4 Población

Comerciantes de Colombia

3.4.1 Muestra. No se utiliza ninguna muestra en nuestro trabajo de investigación.

3.5 Fuentes e instrumentos y Técnicas de Investigación

3.5.1 Fuentes de información.

Fuentes secundarias: Material bibliográfico sobre derecho comercial y constitucional, disponible en la biblioteca de la Universidad Santo Tomas, y de las redes de Bibliotecas universitarias de la Ciudad de Bucaramanga.

Se utilizarán, además, artículos sobre la prima comercial, que han sido publicados en revistas científicas, ello en aras de brindar un carácter de confiabilidad y veracidad a la información que se desarrolle en los argumentos que compongan cada uno de los acápites de la investigación, por otra parte, se utilizara material legal y jurisprudencial que regule el tema para el reconocimiento esta práctica comercial como costumbre mercantil.

3.5.2 Instrumentos. Los instrumentos que utilizaremos para el desarrollo de la presente investigación, serán: La construcción de fichas bibliográficas sobre cada uno de los artículos científicos consultados, sobre las cuales elaboraremos resúmenes sobre los contenidos más importantes y de mayor aporte a la investigación. De igual forma, se tomarán extractos textuales que revistan de gran importancia para el trabajo, las cuales con posterioridad serán insumo en la construcción de los resultados de la investigación, aplicando las respectivas técnicas de citación.

3.5.3 Fuentes Secundarias.

- Constitución Política de Colombia (1991)
- Código de Comercio
- Estatuto Tributario
- NIC 38
- Sentencia C-153 de 1994

- Sentencia 1074 de 2002
- Sentencia Consejo de Estado 41001-23-31-000-1990-5647-01(14543)

3.6 Plan de Trabajo

• **Selección del tema:** se realizó un estudio bibliográfico sobre la prima comercial que era el tema general sobre el cual queríamos desarrollar, y a partir de las bases de datos de la Universidad Santo Tomás y otras fuentes y libros, centramos el tema frente al estudio de los criterios de cuantificación de la prima comercial como un intangible que integra el establecimiento de comercio.

• **Desarrollo de la descripción del problema, pregunta de investigación y objetivos:** a partir de la selección del tema, estudiamos el concepto de acuerdo a la normatividad vigente y artículos que se han trabajado ampliamente sobre el tema.

• **Desarrollo del Marco Teórico:** se realizó a partir del estudio de los Antecedentes, del desarrollo actual de la problemática planteada y del contexto sobre el cual se desarrollará el proyecto, mediante artículos, sobre el tema del proyecto de investigación que sirvieran como fuentes y referencias para desarrollar los resultados.

• **Desarrollo de la metodología:** Teniendo en cuenta la justificación, y a lo que se quería llegar con el proyecto, desarrollamos el tipo y enfoque de la investigación, la hipótesis a la cual pretendíamos demostrar y la forma como íbamos a desarrollar el proyecto, teniendo como referencia autores como Elizabeth Ramírez Llerena y Jaime Giraldo Ángel.

• **Desarrollo de los resultados:**

Desarrollo primer objetivo específico: acudiremos al estudio del establecimiento de comercio como bien principal de la empresa, indicando los preceptos normativos,

constitucionales y legales frente a su definición, estructura, gestión del empresario, y bienes materiales e inmateriales que integran el negocio comercial.

Desarrollo segundo objetivo específico: se realizará mediante el estudio del ordenamiento jurídico nacional e internacional sobre el desarrollo de la prima comercial, los elementos que la integran y criterios para el reconocimiento y la estimación de la prima comercial.

Desarrollo tercer objetivo específico Hemos señalado un plan que nos llevara a conocer ampliamente el procedimiento y criterios para el reconocimiento de una práctica comercial como costumbre mercantil, para lo cual el último objetivo se centra en reconocer los posibles criterios de valoración económica de la prima comercial.

Discusión de resultados: a partir del desarrollo de los resultados será posible o no comprobar la hipótesis planteada al inicio de la investigación y explicar cómo se puede llegar a valorar la prima comercial reconocida en la venta o cesión del establecimiento de comercio.

4. Resultados de la Investigación

4.1 CAPITULO 1: El Establecimiento De Comercio Como Elemento Constitutivo De La Empresa.

Desde el principio de los tiempos, el hombre debido a su instinto de sobrevivencia ha buscado la forma de satisfacer sus necesidades básicas, siendo una de sus primeras estrategias unirse con otros individuos, con los cuales logra sortear los diferentes peligros que contenía el medio en el cual se desarrollaban. De estas precarias comunidades, surgieron grupos que se especializaban en diferentes actividades o que se adecuaban a los elementos que les brindaba el entorno, logrando

con el devenir del tiempo perfeccionar sus técnicas, situación determinante con que se empezó a demarcar los tipos de comunidades y a sus integrantes.

A pesar de ello y debido a la imposibilidad que tenían los grupos humanos de lograr suplir cada una de sus necesidades, tuvieron la obligación de interactuar con otras comunidades y de ellas lograr conseguir las cosas que no poseían y que en principio resultaba imperioso tener, siendo el intercambio de productos o lo que se conoce como trueque, el primer antecedente del comercio, oficio que cambiaría mucho con el transcurrir del tiempo.

El hombre con el pasar de los años fue modificando esta perspectiva inicial, en la cual su instinto de supervivencia determinaba su actuar, que en principio solo obedecía a realizar lo perentorio para suplir sus necesidades de sobrevivencia, comenzando a ampliar su panorama, apoyado en el avance tecnológico, la modernización de los medios de producción, la industrialización, entre muchos otros factores, llegando a la comercialización de bienes con los cuales edificar un estatus social, establecer un tipo de vida y en algunos caso hasta producir o adquirir cosas por opulencias o derroche.

Este tipo de productos o bienes, primigeniamente se comercializaron por familias que trasmitían de una generación a otra el arte o conocimiento, que sucesivamente se fueron ampliando con el tiempo a asociaciones de hombres rudimentarias o agremiaciones, hasta llegar a lo que hoy se conocen como empresa, célula social o comunidad de trabajo, objeto de lucro particular, con una función social.

Es de allí donde surge la empresa, como una unidad de trabajo de la que se gestan diferentes factores de impulso y sustento social, necesarios para suplir las diferentes demandas de los individuos o consumidores, como a su vez la de lograr la materialización de derechos fundamentales de las personas, pues en el sistema jurídico colombiano se erige la empresa con

una visión o definición tripartita, en la cual se revisa la de deóntica estipulada desde el ámbito constitucional, la guarda o garantía desde el régimen laboral y su finalidad particular o de dinamizadora socio-comercial del Código de Comercio, panoramas que son abordados en este capítulo, en donde siempre se busca establecer un balance, entre estos dos factores (la intención del lucro particular y las responsabilidad social), pues en virtud de esto es que se dan las garantías legales estipuladas en el estatuto comercial y el respaldo del estado a la empresa, que terminan constituyéndose como una célula social indispensable, tanto para el desarrollo del factor humano vinculado a ella, como para la sociedad en general, a la cual va dirigida o irradia su actividad económica.

Ya pasando de la parte general a la composición particular de la empresa, se debe de igual forma tener en cuenta que esta se conforma o integra a su vez acorde con lo expresado en la teoría comercial de una trilogía, compuesta por: I. El empresario como factor subjetivo, quien a su vez se le debe reconocer las labores o actividades de gestor empresarial; II. La actividad económica organizada como factor Objetivo, que en sus diferentes formas determinará el producto o servicio a ofrecer al público en general; y III. El establecimiento comercial como el factor funcional, que entre sus elementos compone bienes de diferente naturaleza tales como materiales e inmateriales, siendo estos últimos de los cuales surge o se encuentra la prima comercial, fin en sí mismo de esta investigación. Es necesario aclarar que frente a esta teoría expresada desde la perspectiva crítica de este trabajo investigativo, se debe analizar dichos elementos con una variación estructural o compositiva, tal como se hará referencia y sustentará líneas abajo.

Por dichas razones, resulta de gran importancia el estudio de la empresa, sus elementos y desarrollo, dentro de la cual encontraremos en su composición y como producto de algunos de sus bienes inmateriales, tal como se hizo mención anteriormente al objeto de esta investigación.

4.1.1 La Empresa. En primero medida antes de entrar en materia respecto de la composición de la empresa, es pertinente estudiar su origen o desarrollo histórico, para con ello poder entender cuál es su esencia o razón de ser.

4.1.1.1 Contextualización histórica. Cuando se habla de la empresa, entendida como la unión de personas para la realización de una actividad encaminada a conseguir la producción de un recurso, se podría decir que sus primeras formas surgieron desde los inicios de las comunidades humanas, pues las pequeñas uniones de personas pretendían la satisfacción de necesidad básicas y cuando su actividad dejaba un exceso de los productos se generaba el intercambio o trueque entre comunidades, que sería el antecedente más remoto del comercio.

Con la conformación ya de sociedades y dejando atrás las simples común unidades, las primeras formas de empresas surgieron en la familia, pues con el devenir de los años, los diferentes sujetos en sociedad comenzaron a especializarse en la fabricación de bienes y prestación de servicios, tecnificando los artefactos con los cuales se ejecutaba su producción y con ello la calidad del bien, transmitiendo este conocimiento respecto de la actividad productiva a su núcleo familiar y así sucesivamente a las generaciones venideras.

Entendida hasta el momento la familia como una unidad para la consecución de bienes esenciales propios para la subsistencia, se vio la posibilidad de realizar actividades con particulares diferentes de los consanguíneos, para lo cual fue determinante un hecho decisivo en

la historia de la humanidad tal como lo fue la aparición de la moneda o el dinero, factor con el que se generaría otro tipo de uniones o interacciones humanas como las que se dieron en Italia en el siglo X, en donde los dueños de un capital, se asociaban con barqueros para realizar la comercialización de productos, en donde el primero daba la inversión de las cosas necesarias para la campaña y el segundo era quien ponía la mano de obra.

Ya para los siglos XI al XVI, comenzaron a producirse las asociaciones gremiales como las guildas y las corporaciones de oficio, agrupaciones conformadas por personas con actividades o fines en común, que se apoyaban y movían un determinado sector de la sociedad, este tipo de asociaciones perduraron casi hasta la revolución industrial donde se dio un cambio al concepto de empresa, para transformarlo en una industria productora a gran escala y con ello edificar parte del concepto actual.

Esta mentalidad de manufacturación a gran escala en principio generó un capitalismo voraz en donde importaba más el producto que el trabajador, pues el estado en un liberalismo desmedido tenía la política de no intervención “Dejar hacer, dejar pasar”, situación que hasta después de la desnaturalización de la persona, fue puesta en tela de juicio, modificando dicha concepción dejando que la empresa privada o los procesos productivos siguieran su curso natural, pero sin dejar de lado la dignidad humana. Es a partir de este momento histórico donde surge el acople entre el concepto de lucro privado empresarial y su contraste con el elemento social, es decir, la función social de la empresa.

4.1.1.2 Definición de empresa. Es importante en aras de lograr contextualizar al lector en este tema, definir qué se entiende por empresa o traer a colación su significado, para lo cual se puede hacer remisión al diccionario Jurídico de Temis, segunda edición, en donde nos expresan dos

conceptos, la empresa comercial y la empresa laboral, pero siendo el derecho comercial el ámbito en el cual se desarrollará esta investigación, solo se hará mención al primero.

Hay que precisar entonces que la empresa puede definirse como una “Unidad económica que implica la aplicación de medios humanos y materiales de producción o de distribución de las riquezas, que se funda en una organización previamente establecida” (Guillien y Vicent, 1995, p. 166). Habiéndose dado su concepto se puede proceder analizar su origen en el sistema jurídico colombiano y con ello ir contextualizando algunos de sus componentes o elementos.

Siendo en el sistema jurídico colombiano la actual Constitución de 1991, aquella que tiene la capacidad de irradiar todo el ordenamiento jurídico, ocupando el primer escalafón en la cascada normativa de Kelsen, resulta necesario hacer referencia a las disposiciones que en su contenido reconocen la empresa o hacen alusión a ella.

Frente a esta norma de normas, es posible hacer mención en su articulado a dos significativas estipulaciones, establecidas en los artículos 95 y 333; respectivamente en el primero se resalta la responsabilidad que posee la praxis de los derechos y deberes que se estatuyen en la Constitución política, del cual se deriva la exaltación que realiza el segundo artículo mencionado, pues en unos de sus apartes se lee lo siguiente “...La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial...” (Constitución Política de Colombia, 1991)

Así tenemos que la empresa en la actualidad se define como un elemento compositivo y base del desarrollo social, en torno del cual giran una organización de personas y bienes, que pueden ser de carácter privado, público, mixto (la conjugación de las dos anteriores) o solidario (Sin ánimo de lucro), que desarrollan cualquier tipo de actividades comerciales o prestación de servicios, tal como lo establece la carta política cuando acentúa el término “libertad de empresa”,

perspectiva desde la cual según el constituyente, todas las formas antes mencionadas se definen como empresa a pesar que en el ámbito comercial, por lo menos las dos últimas formas sean considerados como no comerciantes, pues acorde a la teleología del estatuto comercial la finalidad privada de la empresa es el ánimo de lucro.

La disparidad antes mencionada entre la constitución y código de comercio frente a la empresa, también se debe a la intención garantista de la carta política colombiana frente a su deber de protección, solidaridad e intención de acompañar el interés privado, con el promulgado por el estado social de derecho, verbigracia de ello es la denominación de trabajo como un derecho fundamental inherente a la dignidad humana y con ella el acople a los derechos y deberes del Código Sustantivo del Trabajo, que por no tener relación directa con la temática tratada no se estudiara a profundidad.

De igual forma otros de los elementos que giran en el entorno empresarial como fin último al cual llega su actividad, son los consumidores, quienes a su vez son respaldados constitucionalmente en disposiciones, como el Art. 78 que exalta la calidad de los productos y servicios que deben prestarse a los consumidores, quienes ya más concretamente serían contemplados y respaldados por la ley 1480 de 2011 (Estatuto del consumidor).

Habiéndose revisado superfluamente la parte constitucional como primer referente sobre la empresa y su entorno de desarrollo, se realizará su connotación netamente en el ámbito comercial, perspectiva desde la cual se ve al empresario como el elemento subjetivo fundamental de la unidad comercial, pues es quien asume el riesgo de pérdida o ganancia, quien suministra el capital o bienes para la actividad comercial, quien administra el desarrollo de la actividad o aporta las ideas del negocio. Desde la perspectiva jurídica tal como lo menciona la autora Marcela Castro en su libro Derecho Comercial, la empresa se constituye como:

... la persona natural o jurídica que se identifica como titular de los derechos y obligaciones derivados de la operación empresarial; su patrimonio es la prenda general de los acreedores y sus activos garantizan el cumplimiento de todas las deudas contraídas en desarrollo de la actividad económica organizada. (Castro, 2013, p. 248)

Según el Decreto 410 de 1971, por medio del cual se expidió el Código de Comercio Colombiano, se estableció en su artículo 25 el concepto de empresa, entendida esta como “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio” (Cámara de Comercio de Bogotá, 1971)

En esta acepción surgen dos interesantes conceptos que dan la introducción al siguiente título de este capítulo, tales como lo son la actividad económica organizada y el medio para realizarla, es decir, los establecimientos comerciales, que se constituyen como elementos estructurales de la empresa.

4.1.2 Elementos estructurales de la empresa. Tal como se hizo mención de forma somera en el título anterior, cuando se analiza la empresa según la teoría comercial, se puede ver que esta se compone de unos elementos estructurales, una triada que se conforma por unos tópicos indisociables, según la cual se puede clasificar al Empresario (Perfil subjetivo) como uno de ellos, pero que a nuestro parecer no se edifica como un simple elemento más, sino en vez de ello como el sujeto que se encarga de erigir y proponer la actividad comercial organizada (Perfil Objetivo) por medio de un establecimiento comercial (Perfil Funcional). El Empresario, debe ser considerado como un elemento estructural o principal, que se encuentra en la cabeza o en un rango superior a los otros, al ser aquel quien coordina los demás elementos mencionados, siendo

el titular de los bienes materiales e inmateriales con los que se efectúa la actividad empresarial o actividad económica organizada, definida esta como el servicio o producto a prestar o dar a la sociedad, esencialmente dinámico, que se efectúa o realiza con el conjunto de bienes materiales e inmateriales que integran el establecimiento de comercio, configurándose como el sujeto esencial que da unión o funcionalidad a los otros elementos de la Empresa.

Teniendo en cuenta esto se procederá a definir al empresario en primera media, junto con la gestión y organización que el mismo efectúa de los elementos de la empresa.

4.1.2.1 Empresario Mercantil. Frente a este sujeto es necesario destacar, que el empresario puede ser una persona natural o jurídica, siendo el primero la persona física de la especie humana que detenta dicha calidad, y la segunda, una figura jurídica por medio de la cual un grupo de personas naturales en forma de sociedad o corporación ejercen los derechos y deberes propios del comerciante.

El empresario tiene como función la organización de la actividad económica que va a ejercer la empresa, asume el riesgo de pérdida que conlleva su actividad, lucrándose de las ganancias que pueda producir esta y destinando un conjunto de bienes materiales e inmateriales en donde se efectuará la comercialización de los productos o servicios derivados de la actividad comercial.

En palabras del autor José Ignacio Narváez, en su libro “Introducción al Derecho Mercantil” define al empresario como “La persona natural o jurídica que ostenta el carácter de sujeto activo y pasivo de todas las relaciones patrimoniales surgidas en la actividad económica organizada y en el desarrollo del establecimiento” (Narváez, 1990, p. 291).

La idea anteriormente expuesta se puede encausar como la definición de lo que se entiende por el empresario en el ámbito comercial, pero existen a su vez otras acepciones puntuales, tales como la constitucional y la laboral.

Desde la identificación del empresario en el ámbito constitucional, al igual que la definición de la empresa, se edifica un concepto amplio en el que se puede evidenciar la existencia de derechos y obligaciones, tales como la responsabilidad social empresarial, que no coarta el ánimo o la intención de lucro particular, pero si impone una serie de deberes, a comparación de aquellas que tenían en el estado liberal, como lo son el cuidado del medio ambiente, la promoción y respeto del patrimonio cultural, la buenas prácticas comerciales o transparentes en el mercado, junto con el respeto por los derechos de los trabajadores o factor humano de la empresa.

En otra arista del derecho también se concibe al empresario en materia laboral como el sujeto fuerte en una relación de subordinación con un individuo denominado trabajador, circunstancia por la cual debe acatar unas obligaciones específicas para con sus trabajadores so pena de incurrir en las sanciones que lleva el incumplimiento o violación de los derechos laborales, es decir en esta perspectiva se concibe al empresario como el garante y proveedor de los derechos establecidos en la parte sustantiva del Código Laboral. En mérito de lo expuesto, se puede decir que el empresario tal como se expresaba anteriormente en el desarrollo de su deber, realiza una gestión encaminada a la consecución del objeto de la empresa y detrás de ella lograr materializar su lucro particular que es el común denominador, factor que incentiva a este para el fomento y creación de la empresa.

4.1.2.1.1 Gestión del Empresario. Se tiene entonces que el empresario como sujeto encargado de la organización de la fuerza del trabajo y los bienes necesarios para la realización de la actividad económica organizado, es el directamente responsable de lograr la sostenibilidad de la empresa, su competitividad en el ámbito comercial y su productividad. Para ello el empresario debe efectuar una planeación general respecto de la forma como debe y se espera operara la empresa, con el fin de lograr materializar a futuro los resultados esperados.

Con antelación a dicha planeación, el empresario debe analizar la realidad social, política, cultural, económica y en general el medio en el cual se está desarrollando la empresa, estudiando a su vez la naturaleza o tendencia de los consumidores a los cuales va ofrecer su producto, para generar estrategias y crear formas novedosas de ejecutar su actividad económica y de producir sus bienes.

Ya habiéndose efectuado este paso e ideándose las estrategias a aplicar, el gestor de la empresa debe establecer políticas de operación y productividad, determinando procesos estandarizados por medio de los cuales se llevara a cabo la fabricación de productos o prestación de servicios, aunado a lo cual también se deberá determinar los responsables de cada operación, quienes serán los garantes del cumplimiento de dichas políticas y la supervisión o control de los demás trabajadores.

Una vez establecido estos protocolos de operación, se deberá también analizar la debida o eficiente utilización del capital humano y la fuerza de trabajo, para lo cual será también imperioso para el empresario estar a la vanguardia de los avances tecnológicos que puedan facilitar el desarrollo de las actividades entre los trabajadores de la empresa y a su vez con los clientes o consumidores de la misma.

De ser necesario deberá a su vez el gestor empresarial, revisar la financiación de las operaciones productivas, para lo cual será necesario llevar y fiscalizar muy bien la contabilidad de su empresa, pues en dado caso y existiendo la capacidad de endeudamiento, gestionar la financiación económica a la que haya lugar o buscar alianzas con socios estratégicos quienes posean capital para inversión. Por último y no menos importante, se tendrá también que establecer una logística de entrega del producto al cliente, que logre una distinción propia entre la competencia, con la finalidad de fidelizar a los consumidores.

Ya habiéndose expresado la labor y definición del empresario, como a su vez lo determinante que resulta el estudio, ideación y creación de políticas en la realización de la actividad productiva de la empresa, se debe proceder a estudiar este elemento a mayor profundidad y así comprender más claramente cómo efectúa su gestión en la misma.

4.1.2.2 Elemento objetivo: Actividad Económica Organizada. A pesar que en simples palabras pueda definirse este elemento estructural como la labor o trabajo que efectúa una empresa y de la cual lograr devengar los ingresos para su permanencia o subsistencia, que puede derivar o concluir con la fabricación o desarrollo una de un producto o la prestación de un servicio, este elemento conjuga una serie de sub elementos que hace necesario su profundización, tales como lo son el personal o factor humano que realiza la actividad económica, la política o los procedimientos por medio de la cual se realiza dicha actividad y los diferentes tipos de servicios que se pueden realizar o prestar, entendiendo que acorde a lo ya expresado, una empresa puede llegar a efectuar o ejercer cualquiera de la siguientes actividades económicas: Transformación, producción, administración, custodia de bienes, circulación de los mismo o la prestación de servicios.

Entonces tenemos que tal como lo expresa el jurista José Narváez en su libro “Introducción al Derecho Mercantil”, las finalidades de las actividades económicas que puede llegar a realizar una empresa se encausan o canalizan de forma general en algunas de las siguientes manifestaciones:

1. La producción de bienes o servicios, lo cual requiere uno o varios procesos para adecuar aquéllos o éstos a la satisfacción de necesidades.
2. La transformación de materias primas o de factores productivo en bienes o servicios utilizables.
3. La intermediación o distribución de bienes desde cuando el productor los ofrece en el mercado hasta cuando son adquiridos por el consumidor final.
4. La tenencia o manejo de bienes ajenos con cargo de responder por ellos y rendir cuentas de la administración.
5. La guarda y vigilancia, el depósito o simple almacenamiento de bienes ajenos, con las responsabilidades inherentes a tales compromisos.
6. La prestación de servicios valorables en dinero (Narváez, 1990, p. 215).

Tal como se puede evidenciar, este autor tomo cada uno de los conceptos plasmados por el Código de Comercio Colombiano en su artículo Veinticinco (25), en los cuales se mencionan las posibles actividades que puede prestar una empresa, motivo por el cual fueron transcritos en su literalidad, en un orden más consecuente con la norma mencionada.

De la misma manera, siguiendo el desarrollo que el autor Narváez realiza en su libro y considerándose propicio para la contextualización del lector, es indicado hacer referencia frente a los tipos de actividades comerciales que la empresa puede llegar a ofrecer a sus consumidores, entre los cuales se puede hacer referencia a:

- Actividad Abastecedora; cuando se suministran:

- Mercancía: Se entiende por esta todas las cosas que puedan ser objeto de compra y venta, que estén en el comercio.
- Artículo: La mercancía que se negocia
- Producto: Es cualquiera de los bienes mencionados anteriormente que es resultado de la naturaleza, manufactura entre otros.
- Actividad Productora: Aquella que se da cuando una sustancia en estado natural, entendido por este concepto cuando dicho elemento se encuentra en su estado originario, es tomado o destinado par a suplir una necesidad básica o esencial humana, adecuándolos para dicho fin.
- Actividad Transformadora que como su nombre lo indica, es cuando se toma una materia prima (que se puede definir como una sustancia orgánica o inorgánica, recobrable o no, reproductiva o no reproductiva, que se utiliza en la manufactura de productos) o un factor de producción y se convierte en un bien de uso o de consumo.
- Actividad distribuidora cuya razón de ser es suministrar los productos o servicios a los consumidores.
- Actividad Consumidora como la fase final de todo el proceso.

Por último, tal como se había referenciado al principio de este elemento estructural, la actividad económica tiene en sus procesos unos:

- Bienes materiales, entendidos estos como el establecimiento de comercio (que se explicara a profundidad más adelante), el capital con el cual se impulsa la empresa y unos sujetos o factor humano que desempeñan una función específica en la actividad económica, que puede ser de dirección o ejecución, bajo unas políticas organizadas con las cuales esta esquematizado todo el proceso, que en su generalidad están establecidas por el empresario y vigiladas por él. (Narváez, 1990, pp. 215-217)

Estas políticas organizadas u organización funcional propiamente dicha, es el último elemento que compone la *actividad económica organizada*, cuya función principal es lograr una acople y sinergia entre el capital, el trabajo y las mismas directrices de organización, para que la actividad económica se dé con la mayor eficiencia y rinda el mayor capital posible, redundando así en mejores utilidades para la empresa misma. La efectividad de esta organización funcional se mide casualmente con la tasa o promedio esperado de ganancias, según el capital invertido y la mano de obra pagada.

Como resultado de esta actividad económica organizada, se derivan los bienes, productos o servicio que se dará al consumidor, que componen en parte el menaje de lo que se entiende por establecimiento comercial, elemento que se desarrolla a continuación.

4.1.2.3 Elemento funcional o instrumental: Establecimiento de Comercio. Se constituye como establecimiento de comercio, reiterando la idea que se viene desarrollando hasta el momento, a los bienes y medios materiales o inmateriales con los cuales se desarrolla la actividad económica de la empresa, cuya conjugación o todo constituyen una unidad funcional o unidad de explotación económica. Este conjunto de bienes materiales e inmateriales, interdependientes entre sí, funcionando de manera organizada y eficaz, dan un valor en sí mismo mayor al que dicho bienes tendrían sumandos tan solo como elementos materiales, a esto se le denomina plusvalía del negocio, sin querer decir que los mismos no tenga un valor individual o que puedan ser disgregados de esta unidad.

Respecto del establecimiento comercial se puede observar en el ordenamiento jurídico colombiano la siguiente normativa.

4.1.2.3.1 Disposiciones Normativas Referentes a la Enajenación de Establecimientos de Comercio. Tal como se había comentado líneas atrás, el establecimiento de comercio a pesar de ser un unidad comercial, constituida por diferentes elementos que tiene un valor individual, puede ser enajenado o vendido por su propietario, no tan solo como la sumatoria de los valores de los bienes que lo componen, sino con un valor unitario y global que supera dicho monto, que dependerá de la organización, producción y la adaptación que cada elemento tenga en la cadena que compone la actividad comercial, por esta razón, es que en la legislación colombiana se hace referencia a la venta en bloque, pues la idea que se posee es que todos esos bienes constituyen un eslabón de una cadena de la cual deviene un mayor valor en tanto se encuentra unida.

Este concepto de venta en bloque además de tener su razón de ser en la idea de no dañar las actividades económicas organizadas que brindan una utilidad social o que suplen una necesidad esencial, también tiene su fundamento en que los establecimientos de comercio en muchas ocasiones constituyen vínculos laborales y por conexidad la existencia digna o los derechos laborales del factor humano que intervine en la actividad productiva, motivo por el cual siempre se propenderá para que en casos de enajenación esta sea desarrollada sin solución de continuidad y con ella sin afectación de sus diferentes elementos.

Esta consideración y presunción se encuentra establecida en el Código de Comercio Colombiano, en el libro tercero denominado los Bienes Mercantiles, título I, El establecimiento de comercio, Capítulo II, Operaciones sobre Establecimientos de Comercio, de donde se analizan las disposiciones particulares frente a la compraventa de un bien comercial.

Dichas disposiciones normativas se derivan del artículo 525 hasta el artículo 533, las cuales traen a colación, la presunción de la venta en bloque del establecimiento comercial, aun sin la necesidad de especificar los bienes que los componen o realizar la venta con inventario. De igual

forma se especifica que la forma de realizar dicho negocio jurídico podrá ser por escritura pública o documento privado, en donde se exprese el consentimiento del otorgante ante el funcionario competente.

Otra disposición importante es el balance general que debe realizar el enajenante, junto con la discriminación de los pasivos que posee el establecimiento comercial que deberán estar certificados por un contador público, como la obligación de sufragar los pasivos o deudas que no se encuentren consignados en los libros de contabilidad aun después de la venta del establecimiento, que podrá ser una obligación solidaria con el adquirente si este no demostrara buena fe exenta de culpa.

Dicha solidaridad entre adquirente y enajenante se pregona también de las obligaciones adquiridas hasta la enajenación, claro está que estén consignadas en los libros de contabilidad y que estén vinculadas con la actividad comercial del establecimiento, la solidaridad terminará para el enajenante tal como lo estipula el C. de Comercio Colombiano, una vez hayan transcurrido dos meses desde la inscripción de este negocio jurídico en el registro mercantil, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos estipulados su Artículo 528:

- 1) Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otra prueba escrita;
- 2) Que se haya dado aviso de la transferencia en general a los acreedores, en un diario de la capital de la República y en un local, si lo hubiere ambos de amplia circulación, y
- 3) Que dentro del término indicado en el inciso primero no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor.

Parágrafo. El acreedor del enajenante que no acepte al adquirente como su deudor deberá inscribir la oposición en el registro mercantil dentro del término que se le concede en este artículo. (Código de Comercio Colombiano, 1971).

Por último, tal como se establece en el párrafo citado y como se especifica en el artículo siguiente del estatuto comercial, los acreedores del enajenante podrán presentar oposición durante los dos meses siguientes al registro de la venta del establecimiento, frente a lo cual el enajenante estará obligado a brindar garantía del cumplimiento de dichas obligaciones, so pena que de no hacerlo hasta las obligaciones a plazo se hagan exigibles instantáneamente.

De manera breve son estas las estipulaciones concretas sobre la enajenación de establecimientos comerciales que se puede vislumbrar en el código de comercio, que de igual forma una vez efectuado el negocio jurídico produce o genera unos efectos jurídicos que se desarrollan en el siguiente título, claro está sin dejar de lado que los demás derechos y obligaciones tanto del enajenante como del adquirente, estarán por analogía y en su carácter supletivo, regulado por las disposiciones civiles frente a la compra venta o negocios afines contemplados en dicha regulación.

4.1.2.3.2 Los Efectos de la Enajenación de un Establecimiento de Comercio. Producto de la venta o traspaso del establecimiento de comercio, se ponen en juego no solo los intereses del enajenante y del adquirente, sino también los de los terceros que se pueden ver de forma directa o indirecta afectados con el resultado de dicha enajenación; para ello la legislación comercial en su somera codificación sobre el tema establece situaciones con las que se buscan garantizar los derechos de todos los sujetos, pero sin entorpecer el desarrollo del negocio jurídico.

En consonancia a lo expuesto y unido a lo señalado en los acápites anteriores, uno de los efectos contenidos para ello es la ya mencionada responsabilidad solidaria entre enajenante y adquirente, la cual más allá de ser solo una cobertura para las deudas contraídas en favor del establecimiento de comercio, se convierte en una garantía para los acreedores, ya que permite perseguir el cumplimiento de sus obligaciones individuales en cabeza de ambos durante los primeros dos meses de transición negocial.

Así mismo esta responsabilidad solidaria cumplido ese término se rompe, generando el fenómeno de Subrogación, el cual no solo se asemeja sino que absorbe la subrogación patronal en materia laboral y se da frente a las deudas adquiridas antes de la enajenación, siempre y cuando los acreedores no se opongan en aceptar al adquirente como deudor, aceptación que puede ser tácita ya que al momento de la enajenación todos los acreedores son notificados de la misma, con el propósito de que puedan emitir manifestación al respecto.

Siguiendo por la misma línea, el Código de Comercio en su artículo 530, consagra como efecto de la enajenación también la posibilidad de que los acreedores para garantizar el cumplimiento de la obligación, cuando desconfían del nuevo deudor o cuando la deuda no tenga un respaldo concreto para su cumplimiento, soliciten la constitución de una garantía. (Código de Comercio Colombiano, 1971).

En conclusión, el efecto central derivado de la venta o traspaso del establecimiento de comercio es la subrogación de los contratos mercantiles o civiles que no cumplan con la condición *intuitu persone*, es decir que no hayan sido celebrados en consideración a la persona que es propietaria del establecimiento; ya que dicho mecanismo es el óptimo para garantizar los derechos de todos los sujetos vinculados en la relación. Ahora bien, en aras de esclarecer que elementos configuran un bloque o parte integral del establecimiento comercial, es imperioso

establecer cuáles son los bienes que lo componen, que tal como se establece a continuación son de dos tipos, materiales e inmateriales, siendo esta última clasificación en la cual se encausan el objeto central de esta investigación, pues de dicha naturaleza se considera la Prima Comercial.

4.1.2.3.3 Bienes que Integran el Establecimiento de Comercio. Al respecto el Doctor José Ignacio Narváez (citado por el Boletín Jurídico de la Superintendencia de Valores. Marzo de 2014) ha señalado:

“Desde luego, cuando la persona pretende explotar una actividad económica no basta tener claramente definidos los fines que persigue, sino que requiere medios idóneos para realizarla” (p. 16).

Las múltiples formas que reviste el establecimiento impiden precisar a priori cuáles son los elementos indispensables para conformarlo. En la realidad su composición es de contenido variable, pues depende siempre de la actividad económica que explote el respectivo empresario. Aunque el artículo 516 del Código de Comercio enumera una serie de elementos que básicamente integran un establecimiento, la verdad es que se trata de una simple presunción, que surte efectos en casos de venta, dación en pago, permuta, arrendamiento o anticresis, a menos que la voluntad de los contratantes no aumente o disminuya dicha serie. El precepto comienza con la frase “*salvo estipulación en contrario...*” (Código de Comercio, 1971).

De esta forma se tiene entonces que siendo el establecimiento comercial una unidad de explotación económica que se compone de bienes materiales e inmateriales que a pesar de no tener cuerpo real tienen un valor económico que se materializa con los bienes corporales y que determinan un mayor valor para el establecimiento comercial, no significa esto que los últimos sean de menor categoría o menos importantes que los primeros, pues los bienes inmateriales

pueden llegar a ser transferidos con la valoración o apreciación de su productividad a futuro. Por ahora se procederá a analizar los bienes materiales.

Bienes Materiales. Entiéndase por bienes materiales aquellos que son palpables, que en su existencia real puede percibirse por medio de sentidos como el tacto y que de forma genérica pueden ser clasificados en los siguientes grupos.

- Mercancías de Almacén o en Proceso de Elaboración. Hace referencia específicamente a aquellos bienes o productos terminados y a los que se encuentran en elaboración. Se tiene entendido que estos bienes hacen parte esencial de la empresa debido a que estos son la razón de ser del negocio, sobre todo en aquellos casos en los que el objeto social de la misma es la producción o transformación de materia prima.

Dichos bienes constituyen un activo fácilmente cuantificable, toda vez que estos representan una parte del capital tangible de la empresa, que resultan ser el producto final de la actividad económica organizada y por ende al momento de la venta del establecimiento comercial no requiere de inventario o especificación.

- El Mobiliario y las Instalaciones. Se entiende por este tipo de bienes al grupo o sumatoria de maquinaria, muebles, equipos, escritorios, repisas, herramientas, decoración, entre otros, que hacen parte fundamental del negocio, debido a que su función o razón de ser son la de servir al empresario, trabajador o personal vinculado al desarrollo de sus actividades u oficios, siendo estas herramientas especializadas u objetos con adecuaciones particulares que los hacen ideales o idóneos para la elaboración de los productos, prestación de servicios o desarrollo de la actividad comercial que tiene como finalidad la empresa.

Se tiene entonces, que tal como se dijo de los elementos materiales retratados en el artículo 516 del código de comercio, lo bienes inmateriales que de por si serian aún más abundantes que

los corporales, no se encuentran todos enumerados taxativamente en dicho artículo, debido a que este constituye una mera presunción que en ningún momento se configura como restrictiva, estableciendo en su contenido solo algunos de los elementos incorporeales que naturalmente puedan componer un establecimiento comercial. Estos que se expresan a continuación son algunos de ellos.

Bienes Inmateriales. Entiéndase por estos aquellos que en principio no pueden ser percibidos por los sentidos y que a pesar de su naturaleza no corpórea pueden ser objeto de transferencia y tasación.

- *Propiedad Intelectual.* Dentro de los bienes inmateriales que pueden pertenecer a un establecimiento comercial, se encuentran los bienes de propiedad intelectual que hace referencia a los derechos exclusivos que protegen la actividad creadora e innovadora, ya sea de nuevos productos, nuevos procedimientos o nuevos diseños de productos o servicios ofrecidos en el mercado.

Es así de igual forma como la Organización Internacional del Comercio, determina que los derechos de propiedad intelectual “son los derechos conferidos a las personas sobre las creaciones de su mente, los cuales suelen dar al creador un derecho exclusivo sobre la utilización de su obra por un plazo determinado” (Rincón Cuellar, 1999, parr.9). En Colombia, la Constitución Nacional establece en su Art. 61 que “El estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”, así mismo, determina que el Congreso a través de su función legislativa deberá “regular el régimen de propiedad industrial, patentes, marcas y las otras formas de propiedad intelectual” (Constitución Política de Colombia, 1991) y adicionalmente, en su artículo 189 establece que “el Presidente de la República deberá

conceder patentes de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley” (Constitución Política de Colombia, 1991) función esta que fue delegada en el Superintendente de Industria y Comercio. La Corte Constitucional tiene en cuenta que la patente de invención “se estima como un medio eficaz para el avance social” y ratifica que estas “deben gozar de la protección legal del Estado”(Corte Constitucional, 1993).

Los primeros desarrollos de la protección a la propiedad industrial y su posterior evolución coinciden en conceder al “inventor” un derecho de exclusividad frente a terceros, traducido en la realización de una actividad mercantil “monopólica” (Cuellar, 1999, p. 12).

Este concepto de propiedad industrial se ha venido desarrollando en el transcurso de los años, frente a las diversas invenciones, creaciones o patentes, como se les denomina actualmente, desde mediados del siglo XV en países como Alemania, donde se reconoce la primera patente en 1474, concediéndose el privilegio de otorgar la exclusividad en la explotación de una invención durante 10 años.

El estatuto inglés fue seguido por el resto de países industrializados los cuales otorgaron mediante sus legislaciones derechos de exclusividad a los autores o inventores. Estados Unidos en 1790 sanciona su primera ley respecto a la regulación de los temas de propiedad industrial; por otro lado Francia desarrolla su legislación destinada a eliminar los derechos monopólicos al culminar su proceso revolucionario y es así como expide en 1791 su primera ley relativa a los descubrimientos útiles y a la protección a los autores (Cuellar, 1999, p.13).

Una vez que la gran mayoría de países adoptaron convenios relativos a la propiedad intelectual, surgió un debate frente al alcance de ese derecho de exclusividad, a tal punto que no atentara con la normatividad vigente sobre la competencia, que unido a la complejidad del tema, al incremento del comercio internacional y al fuerte desarrollo industrial, debieron conducir a un

tratamiento universal, razón por la que se fueron creando posteriormente organismos internacionales especializados en la propiedad intelectual (Cuellar, 1999, p. 23). Es así como surge el Convenio de París (1883) y el Convenio de Berna (1886), los cuales durante casi un siglo fueron la fuente más importante y casi única del derecho internacional en lo concerniente a la propiedad industrial.

Organismos Internacionales Especializados en la Propiedad Intelectual.

- El convenio de París (1883). El convenio de París constituye el primer tratado internacional de gran alcance en materia de protección a las creaciones intelectuales, creado en razón a la necesidad de la gran mayoría de países desarrollados que requerían la regulación a través de un Sistema Internacional de protección de inventores, argumentando el temor que existía a que les fueran robadas sus ideas y las explotaran en otros países.

A medida que aumentaba el desarrollo tecnológico y el comercio internacional, el tema de la propiedad industrial era de gran importancia, lo que hizo que se introdujeran profundos cambios al Convenio de París, entre otros la inclusión de algunos principios que obedecían al criterio inicial de la Convención, de que toda invención registrada debería obtener protección mediante la patente, documento que confería a su titular el derecho exclusivo para su explotación. Principios tales como el de *independencia*, que determina que la concesión de una patente en un país miembro no obliga a los otros a conceder una patente; y el de *agotamiento del derecho de patente*, por el cual la introducción de un producto fabricado mediante un proceso que ha sido patentado en el país, le da al titular de la patente los mismos derechos que él tiene sobre los productos fabricados en ese País (Cuellar, 1999, p 14).

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual-OMPI. Es uno de los 16 organismos especializados de la Organización de las Naciones Unidas, creado en 1967 con el objetivo de promover la protección de la propiedad intelectual y administración de los tratados multilaterales que tratan los aspectos jurídicos y administrativos de la propiedad intelectual mediante la cooperación de los Estados (Cuellar, 1999.p. 16). La Organización Mundial de la Propiedad Industrial administra 21 tratados Internacionales, sobre propiedad industrial y sobre derechos de autor, entre los cuales se encuentran: Convenio de París para la protección de la propiedad industrial(1883); Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos(1891); Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas(1891) Tratado de Nairobi sobre la protección del Símbolo Olímpico(1981); Tratado de Washington sobre la propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados; Tratado sobre el Derecho de Marcas en 1994, entre otros (Cuellar, 1999, p. 16).

- Organización Mundial del Comercio- OMC. La OMC se estableció a partir de la Ronda Uruguay, y se creó el 1 de Enero de 1995, como la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Uno de los principales acuerdos negociados en el establecimiento de la OMC es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (Acuerdo sobre los ADPIC, 1995) relacionados en el comercio, determinando las normas mínimas para la protección de la propiedad intelectual, permitiendo a los países miembros la prestación de una protección más amplia adecuada en el marco de los sistemas y usos jurídicos de cada país.

Elementos de la Propiedad Industrial.

- Nombre comercial. Sin estar definido legalmente, en términos generales el nombre comercial se ha entendido como el signo que identifica a un establecimiento de comercio, frente

a sus referentes o antecedentes es importante hacer mención del artículo 190 de la Decisión Andina 486 de 2000, donde establece que “Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil” (Régimen Común sobre Propiedad Industrial, 2000).

El nombre comercial puede consistir en la denominación social de la empresa, en su razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles.

El nombre comercial trae una serie de funciones respecto de su importancia y su relevancia en cuanto al establecimiento de comercio que identifica, como por ejemplo cumple una función identificadora y diferenciadora, en la medida en que identifica al empresario en el ejercicio de su actividad empresarial y distingue su actividad de las demás actividades idénticas o similares; La función de captación de clientela; La función de concentrar la buena reputación de la empresa, y por último una función publicitaria(García, 2013, p.20).

Entonces, el nombre comercial, se considera como un derecho de protección formado con la empresa como elemento de identificación fundamental en la protección y defensa de los intereses del empresario.

Conforme con lo señalado por la Superintendencia de Sociedades, “el nombre comercial es un bien intangible que hace parte de los activos sociales de la compañía, en términos jurisprudenciales” (SIC, 2013), el Consejo de Estado ha sostenido que el certificado de existencia y representación legal no es suficiente para probar el uso real, efectivo y continuo del nombre comercial. Al respecto, ha dicho lo siguiente:

Para que la protección del nombre comercial sea viable, es necesario probar su uso prioritario, real, efectivo y continuo, a través de distintos documentos sin que baste allegar el certificado de existencia y representación de la empresa, en la medida que tal documento

simplemente certifica la existencia de la persona jurídica o natural, mas no que efectivamente lleve a cabo las actividades económicas relacionadas con el objeto social inscrito, ni mucho menos que lo haga mediante determinado nombre comercial (Consejo de Estado, 2009).

En ese orden de ideas, según el Consejo de Estado, las características de la protección del nombre comercial son: 1. El derecho sobre el nombre comercial se genera con su uso. Lo anterior quiere decir que el depósito del nombre comercial en la oficina nacional competente no es constitutivo de derechos sobre el mismo. 2. De lo anterior se deriva que quien alegue derechos sobre el nombre comercial deberá probar su uso real y efectivo. 3. Que quien alegue y pruebe el uso real y efectivo de un nombre comercial con anterioridad a la solicitud de registro de un signo idéntico o similar, podrá oponerse a dicha solicitud si su uso pudiera inducir al público consumidor a error. 4. Si la legislación nacional contempla un sistema de registro de nombres comerciales se aplicarán en lo que corresponda las normas pertinentes del capítulo de marcas de la Decisión 344, de conformidad con lo establecido en la presente Interpretación Prejudicial (Consejo de Estado, 2008).

Ahora, si bien es cierto que, conforme con la norma andina anteriormente citada, el nombre comercial solo puede ser cedido con el establecimiento de comercio o la empresa, en Colombia según el artículo 608 del Código de Comercio, el titular del nombre comercial, es decir el cedente, podría, al momento de transferir su propiedad sobre el establecimiento de comercio o su empresa, reservarse el derecho sobre el nombre comercial; esta norma, al plantear una reserva del derecho de propiedad, podría considerarse contraria a la Decisión Andina 486, por lo que, en virtud de la prelación de la norma comunitaria, la interna deberá ceder ante esta. Este punto se encuentra sujeto a debate sobre todo para el área de los constitucionalistas, toda vez que algunos

juristas podrían decir que la norma interna solo tiene aplicación cuando se trata de un asunto no regulado en la Decisión Andina y otros podrán asegurar que tendría prelación la norma interna por estar acoplada y sistemáticamente redactada por nuestro aparato legislativo para nuestra realidad comercial interna; por lo tanto, la reserva sobre el nombre comercial que haga el cedente al enajenar su establecimiento comercial dependiendo el intérprete, podrá tener aplicación o no en el derecho interno, situación sobre la que valdría la pena un posterior estudio a mayor profundidad (García, 2013, p.23). Para concluir el régimen de transferencia del nombre comercial, llama la atención respecto de lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en cuanto a la negociabilidad de este signo:

El nombre comercial de una compañía hace parte de sus activos sociales como bien intangible y como tal es susceptible de ser negociado bien durante la etapa de una empresa en marcha o en estado de disolución o liquidación, previo avalúo del mismo y la correspondiente autorización de la junta de socios (Concepto N°220-027942, 2013).

Sin embargo, la misma entidad, ha reiterado que, culminado el proceso de liquidación conforme lo señala el artículo 31 de la Ley 1429 de 2010, la sociedad jurídicamente desaparece y en consecuencia si su razón o denominación social no fue objeto de negociación, desaparece como persona jurídica y otra podrá utilizarla como propia. Por último, de negociarse el nombre comercial en cualquier estado en que se encuentre la compañía, el cambio de razón o denominación social deberá adoptarse con el lleno de formalidades legales y estatutarias propias de cualquier otra reforma estatutaria, esto es, elevarse a escritura pública e inscribirse en el registro mercantil, adicionándose el nuevo nombre con la expresión “en liquidación”, si la sociedad se encuentra en proceso de liquidación (Concepto N° 220-027942, 2013).

De acuerdo a la descripción y contextualización del nombre comercial como signo distintivo de gran relevancia en la protección de la propiedad industrial de la empresa, su importancia se reconoce respecto a la diferenciación o denominación del establecimiento de comercio, como un elemento representativo en el mercado sin llegarse a confundir con la marca comercial.

- Marca comercial. De conformidad con el artículo 134 de la decisión 486 de 2000, en donde se define las marcas como: “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado”. La existencia de las marcas en el comercio es un fenómeno conocido desde épocas remotas por los fabricantes y comerciantes, para lograr diferenciar sus productos y distinguirlos de aquellos que les resultaran parecidos o idénticos, pero que pertenecían a otros (Decisión 486, 200).

Las marcas son signos con los que se protegen los intereses de los empresarios dueños de las mismas en la medida en que los consumidores o usuarios no podrán ser confundidos. Sirven también para proteger a los consumidores cuando pueden distinguir los productos sin interferencias publicitarias. Doctrinariamente se han asignado a las marcas diferentes funciones:

- Función distintiva: Esta función denota la posibilidad de distinguir un producto o servicio de otro u otros similares, pero de productores diferentes, es decir, la singularización e identificación del producto.

- Función indicadora del origen empresarial: Es incuestionable que frente a los consumidores la marca cumple una misión informativa puesto que sirve para identificar los productos y servicios teniendo en cuenta la procedencia empresarial; si el derecho sobre la marca confiere al titular la facultad exclusiva de aplicar el signo a los productos o servicios de una determinada clase, es innegable que todos los productos o servicios de esa clase que ostenten la misma marca procederán de una misma empresa (Fernández, 2009, p. 95). Indirectamente esta función sirve

para “cuidar la buena fe del público sobre el origen de los artículos, debido a que en ocasiones se suelen imputar calidades o características especiales a las mercancías de cierta procedencia” (Reyes y Paneque, 2007, p. 7).

- **Función indicadora de parámetros de calidad:** La contemplación de la marca sobre una mercancía suscita, de ordinario, en el ánimo del consumidor la creencia de que tal mercancía posee unas determinadas características (Fernández, 2009, p. 115); por ende, la marca otorga información sobre la calidad del producto, información que nace por el reconocimiento que haya adquirido la marca en el mercado. Cuando la marca es usada únicamente por el titular, este no va a deteriorar la calidad y característica de los productos, porque ello implicaría la destrucción de la marca y de la empresa. Esta situación cambia radicalmente cuando la marca es usada por un tercero licenciataria que la utiliza por haber sido autorizado por el titular de la misma (contrato de licencia de uso de marcas), pudiendo resultar gravemente comprometida la función indicadora de la calidad desempeñada por la marca, debido que la calidad del producto puede ceder ante el deseo de optimizar la rentabilidad por parte del licenciataria (Fernández, 2009, p. 120).

- **Función publicitaria:** En este sentido el signo diferenciador también se torna como signo de publicidad. La amplia difusión de la marca crea un vínculo entre esta y el consumidor. Solo es mirar la variedad de conocidos casos en los que la marca, per se, publicita exitosamente el producto. (Narváez, 2002, p. 150).

- **Función condensadora del good will:** Constituye un mecanismo apto para condesar o cristalizar la eventual buena fama de que gozan entre los consumidores los productos o servicios diferenciados por la marca (Fernández, 2009, p. 121), es decir, logra que se reúnan alrededor del signo distintivo toda la fama o reputación de que gozan entre los consumidores los productos o servicios por ella distinguidos.

- Función de homogeneidad: Garantiza al consumidor que en cualquier lugar donde adquiera un producto diferenciado con una específica marca, este va a tener las mismas características de calidad que tienen los demás (Sierraalta, 2004, p. 90).

- Función mercadológica: Permite que las empresas usen diferentes marcas para diferentes productos propios; con ello se busca impactar diversos sectores de consumidores según la necesidad de cada uno de ellos (Sierraalta, 2004, p. 90).

- Función protectora de los consumidores: Según el profesor Alberto Bercovitz, uno de los temas que más se ha debatido en relación con el derecho de marcas es la función que estas cumplen para la protección de los consumidores (Bercovitz, 2009, p. 60).

Se puede destacar, en efecto, que las marcas, al permitir a los consumidores identificar los productos o servicios de su preferencia, cumplen una función fundamental a favor de aquellos. Pero naturalmente esa función protectora solo pueden realizarlas las marcas si se cumplen dos condiciones: en primer término, que la misma marca identifique siempre productos o servicios que proceden del mismo origen o, cuando menos, productos o servicios que han sido puestos en el mercado bajo el control de una misma empresa; y el otro requisito, consiste en que las marcas no se confundan entre sí, puesto que esa posible confusión va en detrimento de la identificación que a través de ellas hacen los consumidores de los productos o servicios de su preferencia (Bercovitz, 2009, p. 60).

- La Enseña. A pesar que en la normativa del código de comercio Artículo 516 se mencionen como similares o sinónimos con el Nombre comercial, en realidad no lo son, tanto por su finalidad misma como por el grado de importancia que representan. El primero de ellos se define como un signo distintivo del establecimiento comercial, mientras que el segundo es el nombre

que designa al empresario como tal, acorde a lo preceptuado por el legislador en el artículo 583, numeral 4 y 5. (Código de Comercio, 1971)

Para dejar un poco más claro este tema, se puede traer a colación el concepto que sobre este particular contiene la Decisión 486 del 2000 proferida por la Comunidad Andina, artículo 190, normativa citada en uno de los conceptos realizados por la Superintendencia de Industria y Comercio, de donde se extrae que se puede entender por Nombre Comercial a cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil. Este signo distintivo podrá a su vez ser representativo de la empresa o de un establecimiento comercial y podrá ser más de uno, resaltado a su vez que los nombres comerciales son independientes de las razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambos coexistir. (SIC, 2015)

De igual forma el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio traído a colación en el inciso anterior, trae a relucir la diferenciación que se realiza por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, quienes preceptuaron que es importante aclarar que el nombre comercial y la enseña comercial no son lo mismo, pues el primero identifica la actividad comercial de un empresario determinado, mientras que el segundo identifica, únicamente, un establecimiento mercantil. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2012)

En áreas de concluir y sentar un poco más la idea, se puede decir que la diferencia entre los dos conceptos es de genero a especie, siendo el nombre comercial de carácter más amplio que la enseña, o tal como lo explica el jurista Ferrara (Citado por Gabino Pinzón 1985), el nombre comercial implica una doble exigencia. Es la primera la necesidad de una tutela absoluta del nombre, aun en caso de homonimia, porque no debe consentirse que el competidor lleve el mismo nombre para utilizar la clientela ajena. La segunda la necesidad, en caso de transferencia

del (establecimiento comercial), de que el cesionario o adquirente utilice el mismo nombre comercial, para evitar cabalmente la pérdida de la clientela, a la que, en su mayor parte, se debe el valor de la organización, y evitar además a su vez la merma en la entrada de beneficios y utilidades económicas.

- Derechos del empresario sobre invenciones, creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento. Los bienes acá referenciados los establece la doctrina como Nuevas Creaciones, que pueden ser de dos tipos; la primera de ellas pertenece al rango creativo o inventivo generadas en el ámbito industrial, junto con lo estipulado en el artículo 534 del Código de Comercio Colombiano frente a las mejoras realizadas a patentes, que en la literalidad de la norma referenciada estipula lo siguiente:

... También lo es el perfeccionamiento de la invención, si reúne los requisitos de novedad y aplicación industrial, cuando la solicitud la haga el titular de la patente original. No son patentables en sí los principios y descubrimientos de carácter puramente científico (Código de Comercio Colombiano, 1971).

La segunda forma está plasmada en el artículo 572 del C. de Co. en donde se hace referencia al dibujo industrial como las reformas estéticas o modificaciones de imagen que hagan que el producto llame más la atención a los clientes, técnicamente definidas por el legislador como:

... Toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial para aumentar su atractivo, sin cambiar su destino ni acrecentar su utilidad. Se entiende por modelo industrial toda forma plástica que sirva de tipo para fabricación de un producto industrial en cuanto no implique efectos técnicos (Código de Comercio Colombiano, 1971).

Legalmente estas invenciones o creaciones industriales están temporalmente protegidas por la ley, la cual concede a su creador una explotación o monopolio de explotación durante un determinado tiempo, esta protección también dependerá de la originalidad o lo distintivo de la creación, debiendo tener además de ello la cualidad de ser útiles industrialmente y la novedad.

De nuevo trayendo como referencia al autor Gabino Pinzón quien toma algunas ideas del Jurista Roubier, en lo tocante al tema del dibujo industrial, conceptúa que es esencial que se trate de un dibujo o modelo nuevo con relación a lo ya conocido o utilizado en la industria. Este elemento de la novedad es indispensable y solamente en él puede fundarse su protección legal. También en esta materia la extensión del derecho privativo se mide según lo que realmente se haya creado, y la protección es tanto más completa cuando más clara se la originalidad, puesto que la amplitud de derecho de autor está en función de lo que tiene de personal su actividad creadora (Gabino, 1985, p.175).

- Contratos de arrendamiento y las indemnizaciones a que tenga derecho. El contrato de arrendamiento suscrito sobre el inmueble en el que funciona el negocio hace parte integrante del mismo en caso de que ocurra una enajenación o traspaso del establecimiento comercial con un tercero, significa que conlleva igualmente un traspaso o cesión del contrato de arrendamiento que para la fecha de la transacción se encuentre vigente, siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos, respecto a la notificación al arrendador y la firma de un contrato por escrito donde conste detalladamente la identificación del convenio jurídico suscrito (Marín, 2002, párr. 35)

La notificación mencionada en el inciso anterior, interpretando al autor Gabino en concordancia con lo expresado por la normativa comercial, es una forma meramente informativa para comunicarle al arrendador el cambio de sujeto contractual que se va surtir en la relación de

arrendamiento y no un acto ad substantiam actus (Gabyno, 1985, p. 175), pues tal como se desprende de la línea final del artículo 523 del C. de Co., la cesión del contrato será válida cuando “o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio” (C. de Comercio, 1971) . De igual forma este autor resalta lo siguiente:

Solamente cuando se trata de contratos celebrados intuitu personae o “celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento”, como se dice en el artículo 516, es necesaria tal aceptación, según lo previsto en el artículo 887 del código; por eso, en tal caso no se entiende incluidos tales contratos entre los elementos inmateriales del establecimiento, aunque es viable su cesión, según las reglas generales consignadas en los artículos 887 y siguientes del código de comercio (Gabyno, 1985, p. 176)

Resulta particularmente importante la consagración del legislador en el sentido de que las indemnizaciones a que hubiere lugar se radiquen en cabeza del propietario del establecimiento de comercio. La violación al derecho de renovación contractual en favor del arrendatario-comerciante, es un ejemplo categórico de esta especial protección del comerciante, caso en el cual, de irrogarse perjuicios al comerciante con la violación de este derecho, deberá ser indemnizado a cabalidad, según lo establece los Artículos 518 al 524 del Código de Comercio (Marín, 2002, párr. 37)

- Derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial. En pro de la defensa del comerciante y sus derechos adquiridos a lo largo del ejercicio de sus actividades económicas organizadas, las legislaciones internacionales y en particular la colombiana, han establecido regulaciones proteccionistas y sancionatorias de las conductas

desleales que se conciben pueden violar dichos derechos formados y adquiridos, fungiendo como garantías para cuidar su fama comercial establecida en el mercado, con la cual han logrado captar su clientela, en palabras del autor Marín Vélez:

El nombre comercial, núcleo vital de la fama comercial, modernamente concebida como "Crédito mercantil formado", constituye uno de los valores intangibles de mayor importancia en el tráfico jurídico comercial. Razón por la que la normatividad jurídica mundial y en especial la colombiana, ha consagrado expeditos mecanismos jurídicos para contrarrestar los efectos nocivos de una competencia desleal. El buen nombre comercial es un intangible apreciable monetariamente mediante el uso de diferentes variables y análisis económicos. La valoración de un negocio comercial en marcha depende, en buena medida, de la valoración del crédito mercantil formado por el comerciante. (Marín, 2002, párr. 38)

- Derechos y obligaciones mercantiles derivadas de las actividades propias del establecimiento. De igual forma constituirán parte esencial del establecimiento de comercio:

La totalidad de los derechos emanados y derivados del establecimiento de comercio, tangible o intangible, son parte integrante del mismo. La implementación de los más variados sistemas de publicidad, el uso de técnicas de mercadeo apropiadas, el conocimiento social de los productos o servicios ofrecidos y la libre participación en el mercado buscando un lucro económico lícito, hacen parte de esta gama de privilegios otorgados por la ley al comerciante. Situación ésta que, lógicamente, conlleva el correlativo cumplimiento de algunas obligaciones específicas para el comerciante y su negocio, a saber: el inscribirse en el registro público mercantil, llevar a cabalidad la contabilidad, cumplir fielmente la normatividad laboral respecto al personal vinculado al

negocio, abstenerse de ejecutar actos o acciones que impliquen o conduzcan a una competencia desleal a sus colegas, entre otras. (Marín, 2002, párr. 40).

Aunado a los bienes materiales e inmateriales que componen al establecimiento comercial, las garantías y derechos que resguardan la normativa o sistema jurídico del país en donde se está desarrollando la actividad económica organizada, también se encuentran una gestión u orden subjetivo que caracteriza casi a toda empresa y que es marcado por el empresario, quien en su labor de dirección, organiza, estructura, fija parámetros de atención o servicio al cliente y entre empleados, que los haga sentir acogidos por la empresa, determina fuentes de suministro o proveedores fiables, logrando con ello cautivar una clientela casi propia, la cual por los factores antes mencionados se convierten en consumidores habituales prefiriendo dicho producto o servicio por encima de los demás, individualizando y dando buen nombre como reconocimiento a su marca. En síntesis se podría precisar que al lado de los bienes (organización objetiva) se requiere de una organización subjetiva que se determina por el trabajo del empresario y por la eficiencia de sus colaboradores respecto a la calidad del servicio.

Es así como los bienes o relaciones jurídicas que hayan sido contraídas por el empresario en su calidad de tal en pro o desarrollo de la actividad empresarial, siempre y cuando los mismos no sean *intuitu personae*, pertenecerán en bloque al establecimiento comercial y por ende deberán transmitirse con este.

A grandes rasgos y en un estudio general o global, tal como se enunció en la parte introductoria de este capítulo, se efectuó un análisis de la empresa, que partió desde el nicho de la misma, su definición y estructura, en donde se identificó el gran e importante papel que desempeña el empresario en su labor de gestor empresarial, pues de su sabia y acertada

coordinación de la actividad organizada y del establecimiento comercial, depende la productividad y existencia la empresa.

Ya al finalizar se explicó de igual forma grosso modo la gran mayoría de bienes tangibles o intangibles, corporales o incorpóres que pueden pertenecer a un establecimiento comercial y ayudar a la realización de los fines de la empresa, siendo dicho estudio necesario para que el lector pueda identificar con más precisión los bienes que integran la prima comercial, faltando en dicho recuento lo activos intangibles del Good Will y Know How, que no por ser menos importantes o no ser considerados como bienes del establecimiento comercial no fueron desarrollados, siendo la razón de su no referenciación, que tal como se evidenciará en el segundo capítulo de esta investigación, estos dos bienes componen o dan origen a la prima comercial, motivo por el cual para su estudio y profundización se dedicara un aparte del siguiente capítulo.

4.2 CAPITULO 2: Reconocimiento De La Prima Comercial Como Un Intangible Del Establecimiento de Comercio.

A continuación se realizará un estudio a profundidad de la prima comercial, teniendo en cuenta el análisis descriptivo del primer capítulo, enfocado al establecimiento de comercio como elemento constitutivo de la empresa, el cual se desarrolló a partir de tres elementos fundamentales, en primer lugar, la empresa como unidad económica u organización que persigue unos fines mercantiles en el ejercicio de actividades o prestación de servicios para el cumplimiento de las necesidades de la sociedad; en segundo lugar, el empresario, como aquella persona que realiza toda la gestión tendiente a lograr un buen nombre, prestigio o acreditación del establecimiento comercial del cual es dueño y propietario y es precisamente quien ejerce el

control, manejo y administración de sus bienes para alcanzar un excelente posicionamiento en el mercado; por último es importante el estudio del elemento funcional que hace referencia al establecimiento de comercio, entendido como el conjunto de los bienes organizados por el empresario para cumplir los fines de la empresa, sin el cual no existiría nada de lo mencionado anteriormente.

Entendido el establecimiento de comercio como el elemento funcional de la empresa, es precisamente de donde se derivan todas las acciones, gestiones y derechos del cual el empresario es merecedor, y teniendo en cuenta estos aspectos fundamentales se deriva la importancia de la identificación de los elementos que conforman el establecimiento de comercio, partiendo en principio del Art. 516 del Código de comercio, el cual establece una serie de presupuestos, que a pesar de estar plenamente identificados no significa que existan otros elementos que sin ser materiales y propiamente cuantificables no merezcan igual reconocimiento, por lo cual se realizó la división entre los elementos materiales e inmateriales que componen el establecimiento comercial, dirigidos a la consecución de un fin determinado para la producción o distribución de bienes o servicios en el mercado y que muchas veces al no entenderse con claridad los elementos que integran cada subdivisión, no se reconocen los intangibles y los elementos inmateriales que en ocasiones terminan significando mucho más que los valores tangibles que integran el negocio comercial.

En razón de lo expuesto fue que se hizo mención sobre algunos de los derechos que pertenecen a la propiedad industrial y son importantes para el desarrollo de lo que comercialmente se denomina como “prima comercial”, lo que ampliamente se desarrollará en el presente capítulo.

Para llegar al reconocimiento de la prima comercial, es importante entender algunos elementos inmateriales e intangibles que la integran, como son el Good will, y el Know How, entendido el primero, como la acreditación o buen nombre que se predican del establecimiento de comercio y que va dirigido específicamente al consumidor, por eso este aspecto va ligado principalmente a la clientela, reflejado o derivado de la acreditación del establecimiento comercial, pero del cual deriva su importancia por la generación del aspecto económico frente a las ganancias futuras obtenidas, el cual depende estrictamente del consumidor y en su elección frente al excelente posicionamiento alcanzado por el negocio, logrando la selección de su producto o servicio por encima de otro establecimiento que puede vender u ofrecer exactamente lo mismo; en segundo lugar, el Know how está dirigido al propietario o dueño del establecimiento, que hace referencia al “saber hacer” el cual recae en el empresario frente a sus conocimientos, la excelente aplicación de los mismos, la experiencia en el mercado, el nivel de pericia y manejo del negocio, entre otros elementos, son los que logran un plus de cualquier establecimiento frente a la competencia.

Teniendo en cuenta la contextualización general de estos elementos es que podemos llegar al reconocimiento de la prima comercial entendida como el reconocimiento al empresario por su dinamismo, iniciativa, eficiencia, coordinación y calidad en los productos y servicios ofrecidos, logrando el posicionamiento, acreditación y confianza en la sociedad del establecimiento de comercio, que hacen del negocio el mejor por encima de otros, y que dan derecho al cobro de una plusvalía por estar muy bien posicionado dentro de un mercado competido.

De igual forma, se realizará un estudio internacional frente al reconocimiento de la figura jurídica que en Colombia se denomina como prima comercial y que en algunos países como,

Italia, España, Alemania, México, Argentina, Uruguay y Costa Rica es llamado como avivamiento o derecho de llave.

Debido al dinamismo de la sociedad y la competencia tan alta que existe frente a cualquier actividad económica o prestación de algún servicio, es casi imposible que la Ley regule todos los aspectos sociales existentes, razón por la que frente a esta figura no existe alguna disposición normativa frente a su regulación, pero dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, y en el ámbito del derecho comercial, podemos encontrar la costumbre mercantil como fuente formal del derecho, y es por eso que su estudio es tan importante en el presente proyecto para lo cual se realizará un rastreo en las ciudades principales de Colombia, para saber si se da su aplicación y si es reconocida como una costumbre, de igual forma se desarrollará un estudio jurisprudencial de algunos pronunciamientos emitidos por Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, frente a la prima comercial o Good Will y que posibles parámetros establece para su reconocimiento.

4.2.1 Elementos intangibles e inmateriales que conforman la prima comercial. Para poder abordar el tema de los elementos inmateriales o intangibles que hacen parte integral de la prima comercial, es menester hacer mención a las normas internacionales contables, que acogen específicamente la definición de un Activo intangible, entendiéndose según la Norma Internacional Contable 38 (NIC 38 de 2005) como un recurso de una entidad o de otros derechos y obligaciones, que es controlado por la entidad como resultado de sucesos pasados y de esfuerzos continuos del que la empresa espera obtener, en el futuro, beneficios económicos, en consecuencia estamos frente a un activo o un elemento “identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física” (NIC No.38, 2005); sin embargo para que sea identificable, a su vez resulta imperante que este pueda ser divisible, queriendo significar con ello, que pueda ser

separado o disgregado de la empresa o del conjunto de bienes que la componen para su posterior venta, traspaso, arriendo, o permuta, bien sea solo o con otros bienes de la entidad. A su vez resulta también de relevante importancia resaltar que acorde con la normativa objeto de estudio este debe surgir de “derechos contractuales u otros derechos legales.

Según el Decreto 2649 de 1993, en su artículo 66, frente al concepto de activo intangible, dispone lo siguiente:

Son activos intangibles los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.

El valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones, claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos, el cual, cuando sea el caso, se debe expresar como consecuencia de la inflación. Para reconocer la contribución de los activos intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil. Esta se debe determinar tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual (Decreto 2649, 1993).

A partir del concepto amplio de un activo intangible, de acuerdo a la Superintendencia de sociedades, se debe evaluar la probabilidad de los futuros beneficios esperados utilizando suposiciones razonables y fundamentadas que representen la mejor estimación de la administración de las condiciones económicas que existirán sobre la vida útil del activo en

relación con el establecimiento de comercio y la productividad que del mismo emana por el esfuerzo y desarrollo trabajado con anterioridad (Superintendencia de Sociedades, 2016).

En ese orden de ideas, dejando en claro lo que es un activo intangible, es pertinente desarrollar cuales podrían ser los elementos que integran el establecimiento de comercio como bienes inmateriales, dejando en claro que el código de comercio establece una serie de elementos que integran el establecimiento de comercio, sin embargo no incluye otros elementos que sin ser materiales o físicos en su estructura, son plenamente reconocidos e identificables frente a la sociedad, debido que en la actualidad y en razón del desarrollo y progreso continuo de la economía, el comercio y la empresa, se han venido presentando desde hace varios años conceptos de elementos intangibles que comprenden el establecimiento comercial y que deben ser valorados en caso de alguna venta o cesión del negocio, algunos de esos elementos son: el Know how, good will y la clientela derivado de la acreditación alcanzada por un negocio comercial, que precisamente dado su importancia al ser los elementos principales que integran la prima comercial es necesario del estudio de cada uno a continuación:

4.2.1.1 Good will. El Good Will es considerado como aquel valor que adquiere el establecimiento de comercio como consecuencia del posicionamiento comercial que ha ganado a raíz de sus ventas, de la calidad de sus productos o servicios, de la ubicación y antigüedad en el ejercicio de la actividad económica, entre otros factores.

En relación con el concepto dado por la Corte suprema de Justicia, es importante hacer mención al contenido de la sentencia S-141 de julio 27 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Antonio Castillo Rugeles, en la que se indicó:

En términos generales el anglicismo “good will” alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona. (Corte Suprema de Justicia, 2001)

El buen nombre, ubica a una empresa en una posición de ventaja respecto a la competencia, brindándole una mayor facilidad de obtención de beneficios económicos y mejores ventas, porque ya existe un reconocimiento en el comercio ante la sociedad, que sin importar el precio el cliente va preferir pagar lo que es o un poco más por tener un producto de mejor calidad, lo que indudablemente le permite tener una mejor rentabilidad.

La Superintendencia de Industria y comercio considero por medio del Auto No. 3449 de 2005, titulado como “Daño o deterioro del buen nombre o “Good Will” lo siguiente:

(...) Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorporeales, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero (SIC, 2015, párr. 3).

Son innumerables los factores que contribuyen en la formación de este intangible: la eficiencia en el aprovisionamiento de insumos y en la producción; las estrategias de comercialización; la reputación de las marcas de productos o de las marcas de servicios, la

acogida por el público de las mercancías que se producen o distribuyen o de los servicios que se prestan, la clientela fiel y la capacidad para aumentarla; la ubicación de las factorías, almacenes, centros de distribución, agencias, oficinas, las fuentes de financiación actuales y potenciales; la estabilidad de las relaciones económico-financieras y laborales; el Know How o procedimientos secretos industriales y de ventas; la exclusividad del mercado o la dificultad para que surjan competidores; las posibilidades inmediatas futuras para aplicar sistemas de logística, publicidad, outsourcing, digitalización y otros procesos tecnológicos (Narváez García y Narváez Bonnet, 2008, p.160).

El decreto 2650 de 1993 aludió al registro contable del Good Will con el nombre de crédito mercantil, expresado en:

el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable, como también registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como la valorización anticipada de la potencialidad del negocio. (Decreto 2650, 1993)

Este elemento inmaterial conocido ambiguamente en el sector comercial, pero vagamente estudiado, es de suma importancia a la hora de vender algún establecimiento de comercio, en términos generales es ese buen prestigio frente a terceros, considerado como uno de los bienes inmateriales de mayor representación en los activos de una compañía, toda vez que le permite acceder con facilidad a los diversos campos y ampliación de referentes con proveedores y

clientes, dado su gran reconocimiento en el mercado, constituyéndose así en un elemento principal del valor patrimonial de una empresa.

Ese buen nombre o acreditación favorece a una empresa frente a su competencia y le brinda la posibilidad de mantener su reconocimiento e incursionar dentro de un mercado, permitiéndole, además, sostenimiento con relación a un conjunto de oportunidades en todos los sectores.

Una empresa puede identificarse en el mercado de acuerdo a la capacidad obtenida en su negocio, con el fin de generar beneficios económicos a futuro, en ejercicio de la actividad desarrollada, apoyándose en todos los avances tecnológicos disponibles y de cualquier otro factor que contribuya a implementar estrategias de comercialización a efectos de contrarrestar la competencia y las exigencias del mercado, recursos que garantizan el éxito mercantil.

La mejor manera de cuantificar esta clase de activo, es proyectando la rentabilidad que pueda generar el negocio, conservando la buena imagen en busca de incursionar en nuevos mercados a futuro, independientemente del tipo de empresa o negocio que sea.

Teniendo en cuenta el desarrollo del Good will es que podemos hablar de una clientela existente fija de un establecimiento de comercio, precisamente porque solo existe por el hecho de preferencia de un negocio por encima de otro, debido a toda la acreditación que ha alcanzado el negocio, por lo cual se explicará con más detalle a continuación y se hará la distinción frente al consumidor netamente.

4.2.1.2 Clientela. Existen autores que resaltan que tanto la clientela como la reputación de la empresa no son transmisibles de modo directo mediante estipulación contractual porque están ligados a elementos materiales e inmateriales específicos. Por ejemplo, pueden estar unidos a la ubicación del local o locales en un centro comercial que atrae consumidores o usuarios, caso en

el cual la transmisión de la empresa comporta la clientela y las expectativas que se derivan de la fama o prestigio. Es posible que estén atados a la enseña, o a las marcas que se promocionan y distribuyen, a modelos industriales, a innovaciones tecnológicas o secretos industriales, y la enajenación del establecimiento conlleva su clientela y su nombradía, así como la obligación de entregar la lista de clientes y dar noticia a éstos de la enajenación mediante circulares. De ahí que el artículo 516 mencione “el derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial” (Narváez García y Narváez Bonnet, 2008, p.173).

Cuando se hace referencia a la clientela, se puede señalar como un bien incorporeal inconcreto, que se va formando en mayor o menor grado en la medida en que el establecimiento desarrolla la actividad a que está destinado. Es el grupo más o menos numeroso de personas que mantiene relaciones mercantiles habituales. Por eso se dice que el derecho a la clientela es la facultad de agrupar clientes, el cual es protegido como cualquier otro derecho en las normas que regulan la competencia desleal (Narváez García, 2002, p.178).

Es dable mencionar la importancia de la clientela precisamente porque del posicionamiento en el mercado y el desarrollo de una actividad comercial, existen elementos fundamentales como la confianza, la prestación de un excelente servicio y calidad del producto, que generan la productividad de cualquier negocio y que la da precisamente el consumidor, quienes en su calidad califican y deciden por preferencia el consumir, comprar, adquirir o llegar al establecimiento de comercio porque los elementos mencionados anteriormente prevalecen por encima de cualquier otro negocio, que a pesar de tener la misma actividad comercial, aspectos tan relevantes como la atención, calidad y confianza son el plusvalor de distinción y que posicionan un establecimiento en el mercado como el mejor.

Sin embargo en casos en los que se vende o cede un establecimiento de comercio, muchas veces este elemento no va de la mano directamente con el lugar, y es precisamente porque pueden existir cambios de atención, de administración, de variedad en los productos, que difícilmente la sociedad acoja de igual forma, o puede que aumente la clientela, disminuya o se mantenga, pero no es posible garantizar un flujo de consumidores, porque ya depende esa labor de mejora del nuevo propietario del establecimiento, sin embargo pues es importante hablar de otros elementos que en conjunto hacen que un negocio comercial tenga un alto prestigio y reconocimiento ante la sociedad.

- *Cliente y Consumidor.* Para poder hacer una diferencia entre el consumidor y el cliente es importante partir de la definición de consumidor como la persona que en cumplimiento de unas necesidades adquiere o compra un producto con el único fin u objetivo de satisfacer sus necesidades, es el beneficiario del mismo; por el contrario cuando se hace referencia a un cliente, es aquella persona que adquiere un producto o servicio con cierta periodicidad, en razón a la fidelización que hay del negocio para con el cliente consumidor por la experiencia, por la calidad del producto, por los resultados, entre otros aspectos, que hacen que el consumidor se vuelva un cliente del establecimiento de comercio, adquiriendo nuevamente y de forma sistemática los productos o servicios ofrecidos.

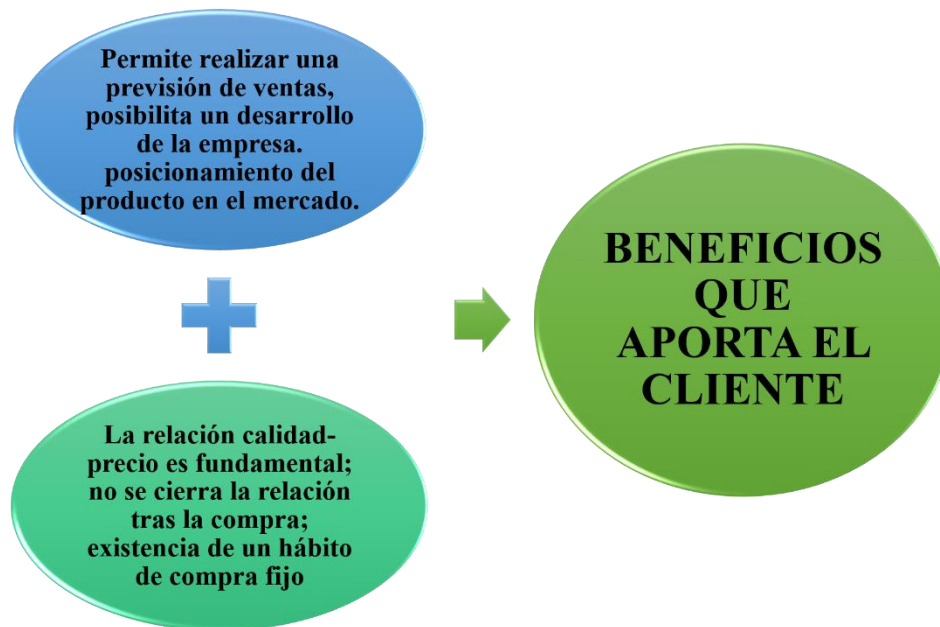


Figura 1. Beneficios que aporta el cliente

Es por esto que en esta situación es que se habla de clientela, porque la acreditación y la confianza en el consumidor, y el buen nombre es que hacen mantener una clientela fija de personas que deciden comprar o adquirir servicios o productos de un establecimiento no solo por satisfacer alguna necesidad que claramente es el primer objetivo, sino porque esa necesidad sea con el mejor negocio frente a ese producto que se va a adquirir, actividad económica o servicio ofrecido y a pesar de la existencia de un mercado competido ya hay una clientela formada y ganada por aspectos de posicionamiento en el mercado, por una excelente gestión del empresario frente a los conocimientos, experiencia, atención y confianza puesta en la sociedad consumidora, que hace crecer la cadena de clientes y que garantizan el progreso y desarrollo de cualquier establecimiento.

4.2.1.3 Know How. Según el tratadista español José Antonio Gómez Segade, afirma que el Know How está integrado:

En primer término, por los secretos atinentes al sector técnico-industrial de la empresa (procedimiento de fabricación, reparación o montaje, practicas manuales para la prueba a punto de un producto, etc); b) en segundo lugar, secretos relativos al sector puramente comercial de la empresa (listas de cliente, de proveedores, cálculos de precios, etc); c) por último, secretos concernientes a otros aspectos de la organización interna de la empresa y relaciones de la misma cuyo conocimiento seria valioso para los competidores, pero que ne ningún caso representan un bien en sí mismos. Por ejemplo, relaciones con el personal de la empresa, el proyecto de celebrar un contrato, etc. (Gómez, 1974, p.121).

Cuando se hace mención sobre el Know how, se habla específicamente del “saber hacer” aquellos conocimientos adquiridos, para la realización y materialización de alguna actividad económica o la prestación de un servicio, es un intangible que hace parte de establecimiento de comercio, cuando el mismo goza de una serie de conocimientos técnicos y administrativos siendo imprescindibles para el desarrollo de un proceso comercial y que precisamente no están protegidos por una patente, por no constituir una invención en el sentido estricto del concepto, pero para su protección sólo es necesario las “fórmulas o secretos del producto o servicio”.

El Know How es el conjunto de todos los conocimientos desarrollados por una organización o sociedad como consecuencia del aprendizaje, de la experiencia y la información adquiridos y que llegan a ser una clave del éxito empresarial, porque precisamente logra un margen de diferencia frente a la competencia y que pertenece específicamente al propietario del establecimiento, por tener la perspicacia y experiencia suficiente en el campo desarrollado.

4.2.2 La prima comercial como un elemento inmaterial del establecimiento de comercio.

Debido a la importancia del proyecto frente al reconocimiento de la prima comercial, se hizo necesario el estudio de esta concepción por separado, a partir del desarrollo doctrinal para llegar al fundamento normativo o jurídico plasmado en las costumbres existentes en algunas ciudades de Colombia y finalmente realizándose un estudio jurisprudencial mediante el reconocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

4.2.2.1 Concepto de prima comercial. A pesar de que en Colombia, no existe ninguna normatividad que contextualice o defina la figura de la prima comercial, se puede entender que:

La prima surge, como el reconocimiento al empresario que ha coordinado diversos elementos, logrando el posicionamiento del establecimiento de comercio, por lo que le corresponde al comerciante propietario del establecimiento de comercio, pues fue aquel quien realizó los esfuerzos para obtener los resultados (Marín, 2002, párr. 20)

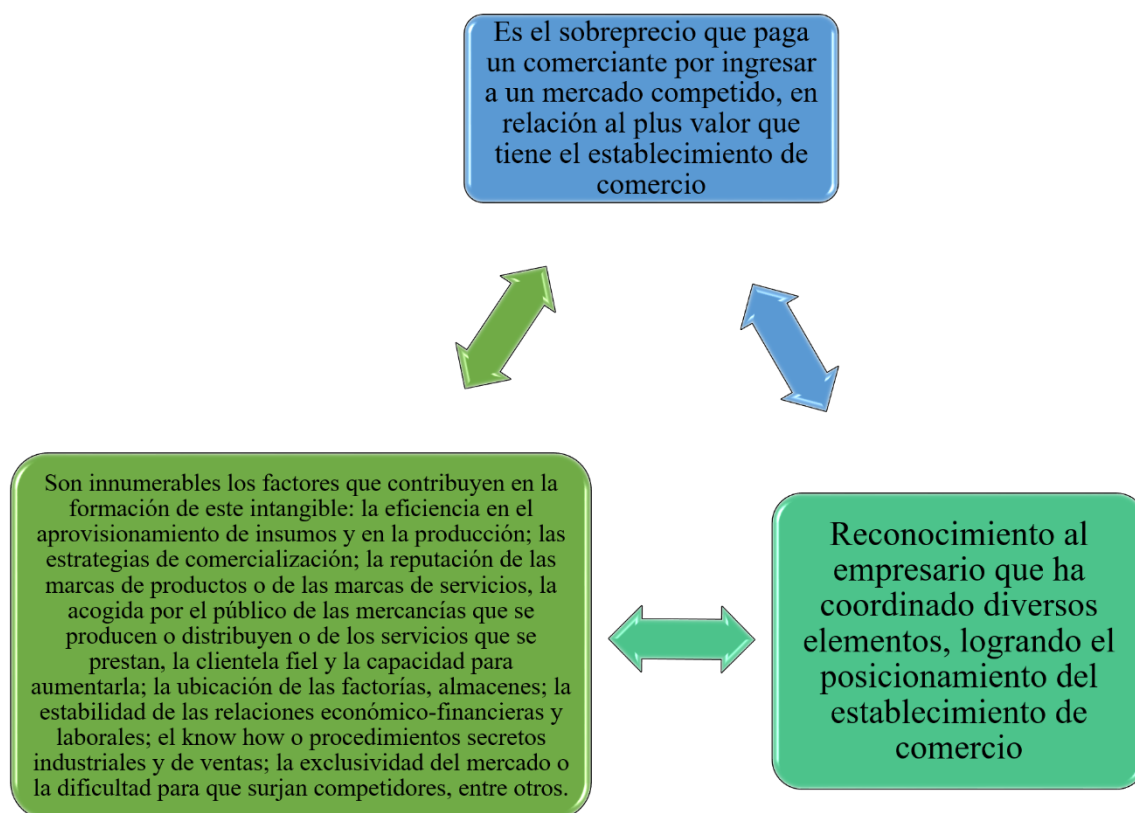


Figura 2. Concepto de prima comercial

También es posible encontrar esta denominación en lenguaje de los contadores como crédito mercantil formado por un establecimiento de comercio, entendido según Gustavo Adolfo Marín Veléz como:

Al esfuerzo acumulado e ininterrumpido del comerciante, el implementar adecuados sistemas de mercadeo y promoción, el buen servicio y atención a la clientela, va generando un crédito mercantil, un buen nombre comercial, un prestigio en la plaza, apreciable económicamente en tanto valor medible cuantitativa y cualitativamente. Es el negocio con todos sus componentes un vendedor excelente, posicionado en una comunidad y por ende acreedor a unas utilidades presupuestadas o presupuestables. Como el negocio tiene ya

unos niveles de ventas, seguidos históricamente, es posible avaluar ese crédito estableciendo su valor presente (Marín, 2002, párr.22).

Siguiendo la idea del jurista Marín Veléz de esta forma, el negocio de quien adquiere consiste, precisamente, en el disfrute pasivo de una clientela cautiva y generadora de unas utilidades, considerablemente estables para el negocio (Marín, 2002, p.14).

El comerciante comprador, lo que busca al adquirir un establecimiento ya posicionado, es pagar un valor por concepto de prima comercial, aprovechando el hecho de que no necesita nuevamente incurrir en algún tipo de sobre costos o inversión para lograr acreditar su negocio, porque se supone que ya se ha cumplido con la mencionada acreditación, es la razón de ser del valor de la prima comercial.

La figura de la prima comercial, como se mencionó al comienzo del 2 capítulo de la presente investigación, que a pesar de que en Colombia no existe una reglamentación legal al respecto, es interesante hacer un estudio internacional frente al manejo y desarrollo de este concepto, objetivo que se desarrollará más adelante. Teniendo en cuenta que la prima del negocio o crédito mercantil formado, conocido en Colombia en el lenguaje de los contadores, como el derecho del propietario o dueño de un establecimiento de comercio, de cobrar por el privilegio de la acreditación o posicionamiento de su negocio, al comerciante quien gozará de la ventaja de ingresar a un mercado configurado, con los beneficios comerciales que ello ofrece en cuanto al conocimiento de la competencia e implementación de políticas de mercadeo entre otros elementos que gozan de prestigio, y un reconocimiento mayor frente a la sociedad.

Teniendo en cuenta que la prima comercial se deriva netamente del establecimiento de comercio, y que sin dudar existen otros elementos de los cuales se deriva la acreditación y

posicionamiento del negocio, es importante hacer mención a la figura de la prima de colocación, relacionada con la ubicación o localización del local comercial.

4.2.2.2 Prima de colocación. Teniendo en cuenta el concepto general de la prima comercial, uno de los elementos a tener en cuenta a la hora de comprar y vender un establecimiento de comercio, indudablemente es la ubicación o el sector económico donde se encuentre el local comercial, estos denominados “buenos puntos” o “puntos estratégicos” que pueden estar en sectores altamente reconocidos o en lugares donde el flujo de personas es alto, solo por el hecho de tener una buena localización se presume la posibilidad de generar un beneficio económico mayor que en cualquier otro lugar de la Ciudad en que se encuentre, lo que genera un reconocimiento económico adicional porque el punto ya está.

Como esta práctica comercial específicamente, carece de reglamentación legal que la autorice o la prohíba, se han construido algunos argumentos que justifican el cobro adicional solo por el hecho de poseer un local comercial muy bien ubicado, indudablemente estos locales siempre tienen un costo más alto de adquisición, respecto al comerciante quien realmente entraría a un mercado ya construido, aunque esto se considera de cierta manera relativo, es claro que el comerciante puede organizar mejor su negocio previendo que los resultados económicos del mismo serán percibidos en el corto plazo, toda vez que los niveles de ventas son importantes, atendiendo el movimiento comercial del sector o del centro comercial y la tradición mercantil del propio local en donde funciona el negocio (Marín, 2002, párr. 37).

Hoy en día en Colombia es posible identificar puntos donde evidentemente el comercio y ejercicio de alguna actividad específica es mejor que en otro sector, es lo que se podría interpretar como “puntos estratégicos” y respecto a los “buenos puntos” un ejemplo particular y

muy común es el caso de los centros comerciales, donde por su alto reconocimiento han logrado atraer una gran cantidad de clientes y consumidores estableciéndose una ventaja comercial comparativa para los comerciantes que se encuentran allí ubicados, razón por la cual en estos casos, los locales tienen un sobre costo, tanto en arrendamiento como en venta, como resultado de esa especial y privilegiada ubicación, haciéndose ampliamente demandados.

4.2.3 La figura de la prima comercial en el derecho internacional: “Avviamiento o derecho de llave”. Es importante conocer de igual forma el desarrollo en el derecho internacional de esta figura, iniciando con el tratamiento de la figura en Europa, pues es en Italia donde se reconoce como el impulsor de esta práctica, para posteriormente estudiar el tratamiento que se le da en América Latina.

Revisando lo conceptuado por Bértora (Citado por Araya y Jiménez, 2009) es en Italia donde se le denomina con el término de “avivamiento”, definida como un bien inmaterial que ha sido producto del ingenio y capacidad del empresario, junto con la asociación y acoplamiento de otros elementos, es un plus valor y cualidad de la hacienda.

El desarrollo de esta figura en Latinoamérica, comprendida bajo el mismo concepto Europeo, solo ha tenido otra denominación, por ejemplo, en Países como Argentina y Uruguay se conoce como “Derecho de llave” interpretado como la transferencia de la llave para el acceso y titularidad del establecimiento comercial, por otro lado, en México se conoce bajo el término “Avío” y hace referencia al conjunto de elementos que el empresario utiliza para desarrollar su actividad, que por sí solo no representa ningún valor pero en conjunto, la universalidad de bienes materiales e inmatrimales representa un valor agregado o adicional a la empresa; en Costa Rica manejan la interpretación que se tiene en Argentina y Uruguay, manejando el símbolo de la llave

como el instrumento que permite el ingreso al establecimiento de comercio una vez se haya pagado el precio, de igual forma se concibe como una cualidad de la empresa que genera un plus valor al negocio y entre algunos de los elementos que generan el elevado costo por la adquisición son: la organización, la ubicación del local o establecimiento, el nombre comercial, la buena calidad del producto, entre otros; y como consecuencia de ese plus valor se da el aumento de la clientela la cual genera mayores ganancias al empresario(Araya y Jiménez, 2009.p.241).

La doctrina desarrolla diversas teorías con la finalidad de definir lo que se ha denominado como “prima comercial” en Colombia, inclinándose por la teoría dominante sustentada por el jurista Rocco la cual reconoce a “el aviamiento como una cualidad o modo de ser de la hacienda, como la capacidad de lograr resultados económicos y producir mejores utilidades, tal aptitud es consecuencia de la organización de los factores de la producción en la hacienda misma” (Araya y Jiménez, 2009, p.241).

Debido a la complejidad del tema y el insuficiente desarrollo que ha tenido esta figura, se explicará a continuación con más detalle el concepto y la denominación manejadas en algunos países de Europa como Italia, España, Alemania, Francia y en Latinoamérica como Argentina y Uruguay:

4.2.3.1 *El avviamento en el derecho europeo.*

- *Italia*

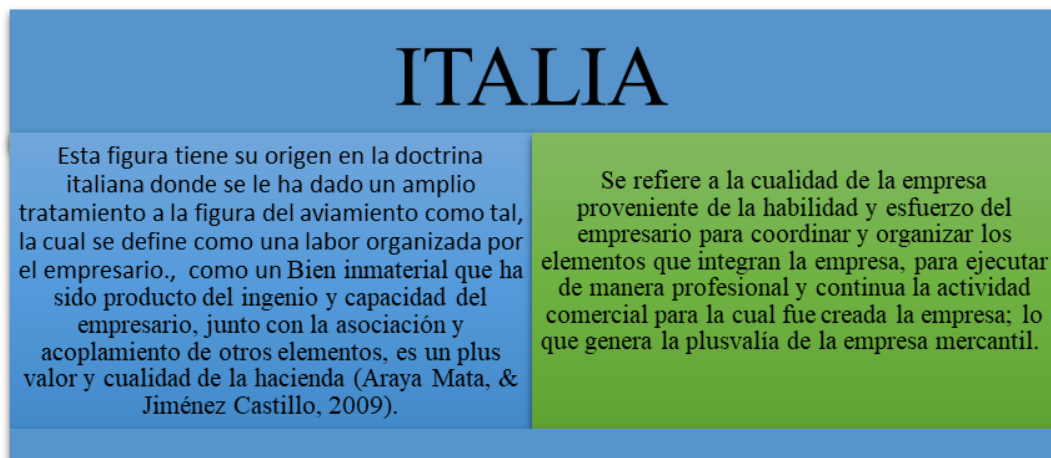


Figura 3. El avviamento en Italia

En primer lugar, la figura se equiparó con la clientela, al darse un desenvolvimiento en el estudio de la doctrina, se comienza a distinguir entre una y otra. Así como lo apunta el tratadista Rocco (citado por Araya & Jiménez, 2009) su definición de avviamento como la “capacidad de la hacienda (o establecimiento mercantil) por su composición y el empuje dado a su organización para producir económicamente y proporcionar beneficios al empresario”.

A su vez siguiendo la idea sustentada por Rocco, explica que el avviamento es una cualidad de la hacienda, que consiste en la eficacia del establecimiento mercantil con fines de producción. Entre las principales circunstancias, según Rocco, se encuentran:

- 1) La composición del capital, que va desde patentes para asegurar el producto hasta el nombre que individualice y acredite el establecimiento, así como una marca que garantice la procedencia de mercancías, o incluso un local bien situado, entre otros; 2) el valor del trabajo, capacidad de directores técnicos, empleados y operarios; 3) el empuje dado a la

organización, junto con la habitualidad y confianza del público (Araya y Jiménez, 2009, p.238).

Por otra parte, se toma al aviamiento como un elemento esencial de la hacienda, al entenderse ésta como un conjunto de bienes por medio de los cuales el empresario desarrolla la actividad empresarial, la hacienda al resultar de la organización de tales instrumentos incluye lo que se conoce por la doctrina italiana como el aviamiento. Carnelutti primeramente sostenía que el aviamiento es una cualidad de la hacienda, con posterioridad afirma que “por el contrario, se trata de un bien incorporal, un producto u obra del ingenio e ideas como pensamientos separados de su origen y acumulados en una cosa” (Araya y Jiménez, 2009, p.125).

El autor Francisco Ferrara siguiendo los pasos de la doctrina italiana concibe el aviamiento como:

Aptitud de la hacienda para conseguir su finalidad de lucro; como capacidad de la hacienda, para producir económicamente y dar un beneficio al empresario; como la plusvalía que presentan los bienes de la hacienda en virtud de su unión que les permite alcanzar una finalidad común; como la organización de la hacienda; y como una situación de hecho con valor económico (Ferrara, 1950, p.125).

- España



Figura 4. El avviamento en España

- Francia. En Francia encontramos un concepto con características similares a la figura del *avviamento* hasta ahora estudiada, que en palabras de los autores Mata y Castillo consiste en:

Como concepto doctrinal equivalente al aviamiento italiano en Francia desarrollan la figura del *achandalage*, el cual se podría decir que es la labor organizativa del empresario con los elementos y bienes que le dan a la empresa un mayor valor pecuniario (Araya y Jiménez, 2009, p.29).

Algunos autores como Sola Cañizares defienden la posición de establecer el *achandalage* como un derecho real constitutivo del fondo del comercio, que en sus palabras lo sustenta de la siguiente forma:

La ley francesa menciona el *achandalage* como uno de los elementos del fondo de comercio, lo que es un argumento para considerarlo un derecho autónomo que algunos autores califican

de derecho real y que consideran como uno de los elementos constitutivos del fondo de comercio. (Araya y Jiménez, 2009, p.30)

En forma más sucinta se puede decir que el *achandalage* es la organización efectuada por el empresario de la labor que ejecuta o presta su entidad, teniendo correlación directa con la clientela y el fondo de comercio.

El tratadista español Manuel Broseta Pont (1994) explica en su libro “MANUAL DE DERECHO MERCANTIL” como la empresa es un conjunto de elementos organizados debidamente para el ejercicio de una actividad económica, que sobreviene de la organización y creación del empresario, denomina a la empresa como un conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales, utilizando el concepto dado por la doctrina italiana señalando lo siguiente: “La empresa es una unidad funcional y organizada en funcionamiento dotada de vida propia, merced a la labor de creación del empresario y de sus auxiliares” (Broseta, 1994, pp.103-104).

- *Alemania*

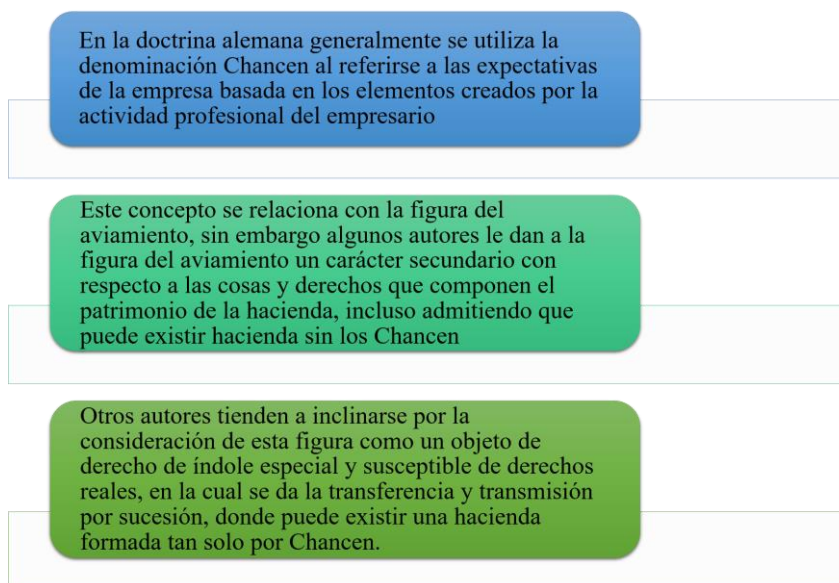


Figura 5. El *avviamento* en Alemania

4.2.3.2 Derecho de llave en países de américa latina. *Argentina y Uruguay:* en estos países esta figura ya no se conoce como avivamiento sino como derecho de llave, interpretado como el conjunto de elementos organizados para poner en marcha y cumplir con la finalidad por la cual se crea la empresa, que terminan siendo una cualidad de la misma, no es posible separarlos ni enajenarlos individualmente, porque no se conciben de forma independiente.

La normatividad argentina tiene en cuenta a la clientela como un bien con posibilidad de ser transferido, sin considerarse de manera aislada del establecimiento comercial, es por lo que la llave surge en el momento de que la titularidad de la empresa pasa de un sujeto a otro, pero se entiende como el conjunto de todos los elementos tangibles e intangibles de la empresa, incluyendo la clientela y el aviamiento.

Juristas como Argeri acorde con lo expresado por los autores Mata y Castillo “siguen la línea que especifica que la llave es la aptitud organizativa del empresario, con el fin de poner a producir sus elementos y factores, tanto humanos como materiales, para así desarrollar su actividad comercial siempre con un fin económico” (Araya y Jiménez, 2009, p.19).

- *México.* En otros países tales como México, como resultado del trasplante jurídico del concepto *aviamiento*, ha llegado a construirse el término *Avío*, que tal como lo expresa el jurista *Mantilla Molina (Citado por Mata & Jiménez, 2009)* es considerado como:

La buena organización, el conocimiento de los hábitos y gustos del público, las listas de nombres y direcciones de los consumidores, el buen servicio suministrado por el personal, etc., son los factores que integran esa peculiar aptitud para producir utilidades que constituye el avío de una negociación; pero esos mismos factores son los que

determinan la formación y mantenimiento de una clientela, que será tanto mayor cuanto mejor aviada esté la negociación.

Este mismo autor destaca que es importante al momento de analizar el concepto del *Avío*, entender la marcada diferencia que existe entre este y la clientela, puesto que a pesar de estar íntimamente relacionados por ser elementos de relevante importancia en el desarrollo de la empresa, son figuras independientes. (Araya y Jiménez, 2009, p.37)

Por las anteriores razones, es que la clientela y *avío* son cualidades de la empresa que deben de ser tenidas en cuenta al momento de realizar cualquier negociación comercial respecto del establecimiento de comercio, porque estas cualidades sumadas a otros elementos que no son tangibles le dan un valor adicional a la empresa y que de no ser así no tendría una razón lógica para existir, pues el trabajo en conjunto de esos elementos permiten el cumplimiento del fin por el cual fue creada la entidad, respecto a las ganancias y utilidades que se presumen se van a adquirir.

Entre los autores más destacados en esta temática se encuentra a Barrera Graf, quien acorde con la interpretación de los autores Mata & Castillo, conceptúan lo siguiente respecto del *aviamento* o *Avío*, considerándolo como:

“La adecuada labor del empresario, la correcta manera de organizar los elementos y bienes que toman importancia a la hora de competir con otras empresas, es por ello que igualmente se habla de un valor especial que se le atribuye a la hacienda” (Araya y Jiménez, 2009, p.37)

Valor que al momento de efectuarse algún negocio jurídico o transacción sobre el establecimiento comercial deberá ser tenido en cuenta, pues gracias a este concepto es que el conjunto de elementos o bienes que componen la empresa forjan esa sinergia que produce

ganancias, pues tal como lo afirman Mata & Jiménez, se entiende como aviamiento a la actividad o labor que ejecuta el empresario que deriva en la captación de una clientela, consiguiendo con esto una margen mayor de utilidades, pues es el esfuerzo, organización, habilidades e inteligencia del empresario la que destacan la hacienda y le dan un mayor valor representativo a la hora de su enajenación. (Araya y Jiménez, 2009, p.37)

Siguiendo los lineamientos jurídico- Doctrinales Mexicanos esbozados en la tesis realizada en la Universidad de Costa Rica, titulada “Avviamento o Derecho de Llave: Conceptualización y Análisis Práctico en el Sistema Costarricense”, se puede decir que el avivamiento o avío es el conjunto de diversos elementos que permiten al empresario desarrollar o emprender su actividad, que considerándolos de forma individual no representan ningún valor y permitiéndose su venta o cesión global de la hacienda acorde con el sistema jurídico mexicano, es decir incluyendo todos los elementos materiales e inmateriales que la conforman.

A su vez en aras esgrimir con mayor claridad y de forma concentrada las características o elementos de la figura jurídica objeto de estudio, resulta importante traer a colación uno de los apartes del texto jurídico referenciado en el anterior párrafo de los autores Mata & Jiménez, quienes en su parte conclusiva afirman que conforman el aviamiento, permitiendo a la hacienda generar o alcanzar un alto nivel de utilidades y beneficios, los siguientes factores:

la habilidad del empresario; la capacidad y competencia de sus auxiliares; el eficiente sistema de aprovisionamiento de materias primas; la buena organización de las ventas; la acertada localización; las tradiciones de la empresa; la calidad y combinación de la maquinaria; los sistemas productivos; la clientela y sus productos (marcas, el nombre comercial y las patentes de invención, concesiones, modelos y planos industriales); también se consideran factores de aviamiento las circunstancias del mercado

absolutamente ajenas a la actividad de organización del empresario, que hacen particularmente favorables las perspectivas económicas de la hacienda. (Araya y Jiménez, 2009, p.234)

Ya para finalizar y siendo de relevante importancia, como uno de los aportes del texto jurídico que se ha venido referenciando a lo largo de este título, se encuentra un símil o comparativo bastante interesante, en el cual acorde con la doctrina internacional se equipara el *aviamento* a un bien jurídico tutelable, siendo la acción para su exigibilidad o guarda las constituidas o consagradas como acciones de competencia desleal, debido a que el primero tal como se dijo en líneas anteriores se constituye como un conjunto de prácticas o elementos que se ve representado o cuantificado en ganancias de tipo económico para la empresa y la competencia desleal es entendida como:

Aquella conducta comercial deshonesta o por lo menos reprochable de un tercero, respecto de un comerciante, que está vinculado a lo que sea contrario a la honestidad, corrección, buenas costumbres y buena fe; no es un acto contra derecho, sino más bien un abuso del derecho que todo comerciante tiene a hacer la competencia a otro u otros respecto de la actividad mercantil que realice (Araya y Jiménez, 2009, p.14).

Situación que deja abierta la puerta al debate para esta figura jurídica sea regulada por las normativas internas de cada país en los cuales se puede vislumbrar su realidad comercial, para que esta forma pueda llegar a ser exigible en negociaciones entre particulares o en su defecto ante los estrados judiciales.

4.2.4 Reconocimiento de la prima comercial en la costumbre mercantil como fundamento normativo en Colombia. Teniendo en cuenta el vacío legal y normativo existente

frente a la regulación de la figura de la prima comercial, es importante estudiar el ordenamiento jurídico colombiano en general, comenzando por la costumbre mercantil, en razón de que en el derecho comercial la costumbre aparece como una fuente formal, en cuanto manifiesta preceptos dotados de suficiente poder vinculatorio para regular las relaciones que surgen del ejercicio de las actividades mercantiles entre los comerciantes, razón por la que se predica su importancia como fuente formal, en mérito de que se presenta por las prácticas realizadas entre los sujetos principales de toda relación comercial, de igual forma el Código de Comercio en su Art 3, dispone lo siguiente:

La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella (Código de Comercio, 1971).

Resulta pertinente desarrollar el esquema en el cual se fundamenta, el concepto de costumbre, su importancia, relevancia jurídica y fuerza vinculante; para así de poder jurídicamente reconocer una práctica o una realidad social como costumbre mercantil.

4.2.4.1 Concepto de la costumbre comercial. La costumbre es considerada, como el uso repetitivo de una actividad conllevando esto a una serie de acciones y al cumplimiento de una obligación debido al reconocimiento de la existencia de una práctica comercial. En Colombia se ha entendido como costumbre mercantil aquellos hechos repetitivos, constantes y generalizados con la convicción de quienes lo practican que son jurídicamente obligatorios. La legislación colombiana ha establecido específicamente en el artículo 3 del código de comercio que la costumbre mercantil tiene la misma fuerza que la ley comercial, pero determinando que se debe

dar de manera uniforme, reiterada, y que los hechos sean de conocimiento público en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella, sin ser contraria a la ley.

En este caso son las Cámaras de Comercio las encargadas de recopilar y certificar esta práctica de la costumbre en ciertos niveles: nivel local, nacional, internacional y extrajera que se serán definidos a continuación:

- *Costumbre local:* Las cámaras de comercio como instituciones delegatarias de funciones públicas, que entre sus labores tienen el reconocimiento de las costumbres mercantiles locales, estando distribuidas valga la redundancia por localidades a lo largo de todo el territorio nacional, para tal fin, es importante tener en cuenta que Colombia es un país pluricultural, en donde los sectores económicos de nuestro territorio o las visiones culturales que posee cada uno según sus raíces o asentamientos étnicos varían, motivo por el cual lo que se considera como una costumbre para determinado territorio no lo es para la otra.

- *Costumbre nacional:* Ampliando la definición antes dada y por lógica aplicativa, se entiende por esta la costumbre que es aplicable y prima en general para todo el territorio nacional, que en el sistema colombiano se recopila por la Confederación de Cámaras de Comercio, organismo de carácter nacional que brinda asesoría y apoyo a las cámaras de comercio locales.

- *Costumbre internacional:* Hace referencia a aspectos generales en el ámbito comercial respecto a los cuales tiene similitud un grupo de países, circunstancia que los lleva a la celebración de tratados internacionales en los cuales se declara una práctica como una costumbre comercial internacional. En nuestro sistema jurídico en el Código General del Proceso se estipula que para la prueba de este tipo de costumbre será necesario la sentencia o laudo arbitral en el cual se aplica o el concepto de una entidad internacional idónea por medio de perito experto.

- *Costumbre extranjera*: Este último tipo de costumbre presta una función meramente interpretativa frente a los acuerdos comerciales que se hayan celebrado en el exterior y se apliquen en nuestro territorio nacional o aquellos celebrados en nuestra nación para ser aplicados en un país extranjero, para lo cual el artículo 179 del Código General del Proceso preceptúa su forma probatoria.

La recopilación de las costumbres mercantiles implica una actividad que más allá de la investigación y verificación de los hechos que evidencian determinados comportamientos de los comerciantes en el desarrollo de su actividad, requiere una labor crítica de tales hechos, para determinar si reúnen las condiciones previstas en el Artículo 3 del Código de Comercio; el que la costumbre mercantil no contrarie manifiesta o tácitamente las normas de la ley mercantil, significa que en presencia de un precepto legal aplicable directa o analógicamente a una situación o cuestión mercantil determinada, no es posible invocar costumbre alguna. La costumbre mercantil adquiere significación e importancia cuando existe un verdadero vacío de la legislación comercial para resolver una situación determinada.

4.2.4.2 Elementos de la costumbre mercantil. Para la certificación y validación de una práctica comercial como costumbre mercantil es necesario que sea pública, reiterada y uniforme; una costumbre mercantil es pública cuando los hechos constitutivos de la misma son observados socialmente y no en forma individual, lo cual presupone que sea notoria, conocida y practicada por la sociedad.

La condición de la costumbre mercantil de ser uniforme hace referencia a que todos los agentes económicos del sector realicen la práctica de la misma manera y que como experiencias colectivas de común aceptación, se hayan consolidado a través de la permanencia en el tiempo,

una práctica que admite modalidades diversas puede obligar a las partes que concurren a una operación mercantil y el acto jurídico ser válido si ellas admiten esa práctica como obligatoria; pero carecerá de fuerza para obligar a terceros.

El hecho de una práctica sea reiterada hace alusión a que la costumbre debe ser practicada siempre que el comerciante esté ante una situación similar, es decir que no puede tratarse de una acción esporádica o aleatoria, lo cual excluye que su ejercicio sea esporádico.

Así mismo la costumbre mercantil debe ser vigente, en el sentido de que debe contar con una permanencia ininterrumpida en el tiempo y que al momento de la certificación esté siendo practicada por todos o por la mayoría de los comerciantes de un sector económico en particular.

La condición de obligatoria significa que la costumbre es acatada por todos los implicados en el acto comercial, obedeciendo a un acuerdo tácito derivado de las circunstancias en las que se desarrolla su actividad, sin necesidad de que exista un acuerdo pactado a priori.

No obstante, encontramos que la costumbre comercial tiene unos efectos jurídicos que irradian y coadyuvan al ordenamiento jurídico comercial tales como lo son:

(1) Interpretativos, aplicables entre los contratantes cuyos propósitos es aclarar una declaración de voluntad y fijar el alcance de las estipulaciones contractuales no acordadas explícitamente; (2) integradores, que completan las normas jurídicas; (3) normativos, que tienen validez generalizada y se acatan por un determinado sector y que, a falta de norma escrita se convierten en norma de derecho con fuerza obligatoria entre los contratantes (Cámara de Comercio de Bogotá, 2011).

Después de haber establecido los requisitos para que se reconozca una práctica comercial como costumbre mercantil y los efectos jurídicos de la misma, es posible determinar si la “prima comercial” se ha certificado como costumbre en algunas Ciudades de Colombia, mediante un

estudio en todas las Cámaras de Comercio de las Ciudades de Colombia para poder saber cuál ha sido su interpretación o en qué casos se evidencia si existe un reconocimiento a la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio.

4.2.4.3 Reconocimiento de la prima comercial como costumbre mercantil en algunas de las principales ciudades de Colombia. En relación con lo desarrollado anteriormente frente a la costumbre mercantil en Colombia, y el estudio y rastreo realizado en todas las cámaras de comercio fue posible encontrar que la prima comercial se ha reconocido como costumbre mercantil en algunas ciudades del país como Villavicencio, Medellín, Cali, armenia y Quindío:

Tabla 1. *Costumbre certificada por la cámara de comercio Villavicencio*

AÑO	TEMA	Costumbre certificada por la cámara de comercio ciudad de Villavicencio.
2008	Prima comercial en venta de establecimientos de comercio	Es costumbre mercantil en el municipio de Villavicencio reconocer una prima comercial (valor adicional) en la venta de los establecimientos de comercio, bajo las siguientes consideraciones: Se debe reconocer de común acuerdo el valor respectivo, el cual depende de la acreditación del establecimiento de comercio

Nota: Extraído de Camara de comercio de Villavicencio

Según la resolución No. 29 firmada por la cámara de comercio de Villavicencio en el año 2008, se estableció principalmente como objetivos el reconocimiento y pago de la prima comercial en esta ciudad, para el desarrollo de este planteamiento la Cámara de Comercio desarrollo una serie de ítems pre establecidos y ejercidos en la valoración de una práctica como costumbre mercantil; realizando una encuesta introductoria dándole a los comerciantes la posibilidad de plantear la consideración del reconocimiento y pago de la prima comercial.

Después de la encuesta realizada la Cámara de Comercio encuentra que existe uniformidad en los comerciantes, debido a que reconocen el esfuerzo que conlleva mantener un negocio o establecimiento de comercio el logro de la acreditación y por adquirir significativa clientela, fruto de años de trabajo, por ello afirman que es justo el pago de la prima comercial cuando se vende un establecimiento de comercio como un valor adicional, al valor de los bienes tangibles o materiales que conforman el establecimiento.

Gran parte de los comerciantes conocían el tema de la prima comercial en la compraventa de establecimientos de comercio, muchos expresaron que la han pagado y los que no han pagado suma alguna consideran que se debe reconocer, también es importante aclarar que existe diversidad en cuanto al precio que se reconoce, pero si es común que se cancele un valor, pero no un porcentaje determinado, debido a que no todos los establecimientos se avalúan por el mismo precio, también influye una serie de aspectos como la mercancía, acreditación, el Good Will, la ubicación de establecimiento, el reconocimiento a nivel de comercio en la ciudad y la clientela forjada durante el crecimiento o desarrollo del negocio o establecimiento, es decir circunstancias diferentes que se deben fijar conforme a las ventas o ganancias que debe dejar cada establecimiento.

En conclusión y respecto al estudio y análisis realizado por la cámara de comercio de Villavicencio frente al tema de la llamada prima comercial, se establece el reconocimiento por parte de los comerciantes, la unificación por parte de los mismos en cuanto al pago y criterios para que se pueda valorar, siendo así la cámara de comercio expide certificado de reconocimiento de prima comercial (valor adicional) como costumbre mercantil en la venta de establecimientos estableciendo como medida que el valor respectivo del pago depende de la acreditación del establecimiento en la ciudad de Villavicencio (Resolución No. 29, 2008).

Tabla 2. *Costumbre certificada por la cámara de comercio Medellín*

AÑO	TEMA	Tema costumbre certificada por la cámara de comercio Medellín
1948	Pago de prima comercial como costumbre mercantil	Se estableció como costumbre mercantil en Medellín el pago de la prima por parte de un tercero que desea tomar en arriendo un local (almacén o tienda) a un arrendatario, esto previamente admitido por el arrendador que no se opone a el pago entre el arrendatario y el presunto arrendatario en cuanto a el monto y el pago de la prima, pero si a el cambio de inquilino, dentro de este contexto también se generó como costumbre aceptada por todos los comerciantes en la ciudad de Medellín el valor de la prima convenida entre las partes según la importancia del local, pero no se estableció que los comerciantes estimen dentro del valor de sus establecimientos incorporados el monto de tal prima

Nota: Extraído de Camara de comercio de Medellín

En Julio de 2014 en una publicación realizada en la revista “Foro del Jurista” la cámara de comercio de Medellín realizó un amplio estudio investigativo y un recorrido cronológico desde 1934 a 1971 de las diferentes maneras en que los comerciantes utilizaban la costumbre mercantil como tradición comercial y social pudiendo rescatar y organizar una serie de compilación de asuntos relacionados con la prima comercial, propias de sus mercados y localidades, prácticas que se tuvieron en cuenta para crear en sus relaciones económicas, usos muy particulares que se consolidaron a través del tiempo (Cámara de Comercio de Medellín, 2014, p.13).

Según el estudio realizado, en 1939 en la Ciudad de Medellín se certificó por primera vez la prima del local comercial donde se estableció que desde hace mucho tiempo la costumbre mercantil consistente en que el arrendatario de un local destinado a comercio (almacén o tienda) recibía generalmente de un tercero que deseaba tomar dicho local, una prima por la cesión de ese local; que esta prima la recibía el arrendatario con absoluta prescindencia del arrendador o administrador del local comercial; que este uso y costumbre estaban muy extendidos en la ciudad

de Medellín y había sido admitidos por todos los comerciantes como perfectamente lícitos; y que los dueños o administradores de los locales materia de esta costumbre no se oponían a esta convención entre el arrendatario y el presunto arrendatario que ofrece y da la prima, en cuanto a su pago (Cámara de Comercio de Medellín, p.80).

En 1948 se realiza la certificación sobre “cesión de local comercial y reconocimiento de primas que se pagan” dejándose en claro además de lo anterior que el valor de la prima la convienen las partes de acuerdo con la importancia y prestigio del local, pero no es costumbre establecida que los comerciantes estimen dentro del valor de sus establecimientos incorporados el monto de tal prima; de igual forma en este mismo año se hace referencia nuevamente al tema de la prima comercial, dejando claro el alcance de esta, en la medida en que se precisa también la relación de la prima con el Good will del establecimiento que da lugar a la prima que afecta como bien corporal el valor total de un establecimiento mercantil independientemente de los enseres y afectos que en él existen, de acuerdo con su crédito (Cámara de Comercio de Medellín, p.102).

Para el año 1953 la discusión sobre la existencia de la prima comercial seguía totalmente vigente, permitiendo que los comerciantes tuviesen la tranquilidad de negociar teniendo en cuenta este elemento, en cuanto que vía costumbre mercantil se acreditaba y verificaba su existencia y su aplicación en el campo del arrendamiento o cesión de establecimientos o locales comerciales (Libro de certificaciones (Cámara de Comercio de Medellín. Pág.109).

La investigación realizada por la cámara de comercio tal como se menciona fue un recorrido cronológico hasta 1971, por lo que se hizo necesario realizar una consulta si en la actualidad esta costumbre aún se encontraba vigente y efectivamente la cámara de comercio de Medellín expidió un informe en el cual mencionaba que a la fecha la práctica solicitada no cuenta con todos los

elementos necesarios para ser costumbre, en tal sentido al no poder certificar sobre dicho tema informa que el contrato de arrendamiento sobre locales ubicados en centros comerciales, el arrendador del local no cobra una suma de dinero a título de prima comercial al arrendatario, lo que da entender efectivamente es que entró en desuso la costumbre al reconocimiento de la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio, a pesar de haber sido certificada por la Cámara de Comercio de Medellín hace muchos años en reiteradas circunstancias.

Costumbre certificada por la cámara de comercio de Armenia y Quindío

Tabla 3. *Costumbre certificada por la cámara de comercio de Armenia y Quindío*

AÑO	TEMA	Tema costumbre certificada por la cámara de comercio de armenia y del Quindío
	Pago de prima comercial como costumbre mercantil	En el Departamento del Quindío, existe la costumbre mercantil de pagar una remuneración conocida como Prima Comercial, por concepto de venta del establecimiento de comercio determinada en el valor único resultante de la trayectoria, ubicación y elementos que integran el establecimiento de comercio.

Nota: Extraído de Camara de comercio de Amernia y Quindio

Costumbre certificada por la cámara de comercio de Cali

Tabla 4. *Costumbre certificada por la cámara de comercio de Cali*

AÑO	TEMA	TEMA COSTUMBRE CERTIFICADA POR LA CÁMARA DE COMERCIO DE CALI
	Pago de prima comercial como costumbre mercantil	Cobro de prima por cesión de locales comerciales. En Cali es costumbre mercantil cobrar prima por cesión de locales comerciales. Pago de prima por cesión de local donde opera un establecimiento de comercio. Es costumbre mercantil el pago de prima a quien cede el local que ocupa con un establecimiento de comercio.

Nota: Extraído de Camara de comercio de Cali

Costumbre certificada por la cámara de Comercio Cali. (Listado de certificaciones, cámara de Comercio de Cali) De igual forma se hizo un rastreo de todas las cámaras de comercio de las Ciudades de Colombia, principalmente en la de Bogotá, Barranquilla, Santa Marta, Barrancabermeja, Pasto, Neiva, Putumayo, Sincelejo, Cúcuta, Cartagena y Tunja, encontrando en estas dos últimas algunos referentes frente a la prima comercial, no se hace expresamente su reconocimiento, pero si abordan el tema en razón de la constitución de otras prácticas comerciales y mencionan lo siguiente por ejemplo en la Cámara de comercio de Cartagena:

En la costumbre mercantil de Cartagena donde se establece que, al inicio del contrato de arrendamiento, el arrendatario paga el 20% del valor del primer canon de arrendamiento por concepto de derechos inmobiliarios o derecho de contrato, es una práctica comercial recopilada desde el 2009, que relaciona el concepto de prima comercial, diciendo que en esta costumbre el caso de la denominada “prima comercial”, considerada hasta hace muy poco como la obligación a cargo del arrendatario de un local comercial de pagar una bonificación al propietario o arrendatario anterior en razón del reconocimiento, acreditación comercial o “good will” (buen nombre) del establecimiento de comercio, cuando su destino es el mismo negocio. Al respecto, bien vale comentar que, si bien el concepto de prima comercial se mantiene, el carácter obligatorio de su reconocimiento se ha perdido (Cámara de Comercio de Cartagena, 2013).

Por otro lado, la Universidad Santo Tomás de Tunja en marzo de 2001 firmó un convenio de cooperación inter-institucional con la Cámara de Comercio de Tunja, y en razón a la necesidad planteada por parte de la Super Intendencia de Industria y Comercio de identificar y certificar aquellas prácticas comerciales que dentro de la jurisdicción de cada cámara de comercio, pudieran considerarse como costumbres mercantiles, surgió la idea de hacer un estudio de campo

y una investigación de las prácticas que al momento se evidenciaban entre los comerciantes, y precisamente en el mencionado estudio fue objeto de investigación la prima comercial, donde en el desarrollo de la investigación se recogieron inquietudes de algunos comerciantes, sobre la posibilidad de que la Cámara de Comercio de Tunja certificara como Costumbre mercantil el pago de una prima por el traspaso de un establecimiento comercial. Al respecto fue conveniente aclarar, que esta práctica no pudo ser certificada como costumbre mercantil por parte de la Cámara de comercio de Tunja, debido a que ya había sido identificada y certificada el 25 de Junio de 1980 por la Cámara de Comercio de Bogotá y efectivamente al haber entrado en desuso y perdido como tal la vigencia como Costumbre no se consideró relevante volver a certificarla (Delgado y Santiago, 2001, párr. 25).

Después de realizado el estudio y recorrido de todas las cámaras de comercio de Colombia, y localizar en las ciudades mencionadas el reconocimiento de la prima comercial en venta o cesión de los establecimientos de comercio, básicamente lo que se pudo encontrar fue la certificación de una práctica comercial que claramente se ha dejado a plena liberalidad del comerciante-comprador y el empresario-vendedor, la estimación y valoración económica de la prima comercial, sin conocer o saber en que casos da lugar o no a su reconocimiento y a partir de que presupuestos se vale el empresario para solicitar el cobro a una prima comercial, es decir está la certificación de la costumbre pero sin fundamentos concretos, el ejemplo claro es lo que sucedió en las Ciudades de Medellín y Bogotá, que a pesar de haberse reconocido esta práctica entraron en desuso y perdieron su vigencia, su razón de ser, es porque difícilmente se puede aplicar algo cuando no hay un conocimiento certero y veraz al respecto, y es a lo que precisamente se quiere llega con toda la investigación del presente proyecto.

Dando continuidad a este capítulo se torna imperioso de igual forma conocer si jurisprudencialmente se ha definido o se tienen conceptos sobre la prima comercial, el Good Will o el know how, y a pesar de que ha sido un tema muy poco estudiado, fue posible encontrar algunas sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia que se expondrán a continuación.

4.2.4.4 Desarrollo jurisprudencial de la “prima comercial”. En razón del estudio de la prima comercial frente al ordenamiento jurídico internacional y nacional a partir de la doctrina y la costumbre, se dará continuidad la investigación determinando algunos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, como ha sido considerada la prima comercial o el good Will y cuáles han sido los criterios para su valoración y reconocimiento teniendo en cuenta que este concepto fue citado por primera vez por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, en la sentencia del 29 de noviembre de 1971 mencionando lo siguiente:

... es indudable que quien ha acreditado un establecimiento y ha creado en torno a él una clientela que se orienta más por el local ocupado que por cualquiera otra circunstancia, ha creado uno de esos elementos inmateriales que incrementan el rendimiento o la productividad de toda la empresa. Y ese elemento, que es a veces tan valioso que sirve de motivo para el cobro de primas cuantiosas por la cesión del local, no es fruto de la actividad del propietario sino de la del arrendatario; por eso es digno de protección en quien lo ha creado, y no es justo que sea el mismo propietario el que se beneficie con él, recaudando primas por privar de ese derecho al inquilino, y por convertirse, casi siempre en instrumento o aliado de la competencia desleal, que

generalmente utiliza esos medios para aprovechar la labor y la paciente espera de otros. Lo cual quiere decir que no es que se pretenda limitar o desconocer el derecho de propiedad del arrendador sino proteger simplemente un elemento creador de beneficios económicos que no es obra del propietario sino del inquilino, ara que cada uno ejerza su derecho en la medida de lo que es suyo. La primera idea fundamental que inspira el proyecto es, pues, la de que ese elemento inmaterial de que se habla tiene toda la entidad de un verdadero objeto de propiedad privada, distinto de la propiedad del arrendador, que debe protegerse en su propietario contra cualquier abuso del derecho del arrendador, y para evitar que este se enriquezca sin causa, aprovechando la labor de un inquilino a quien se priva de un derecho creado por él (C.S.J, 1971).

A pesar de que no hay muchas sentencias al respecto es posible hacer mención de algunas que se han considerado de cierta manera importante en la presente investigación, toda vez que, en razón de la insuficiente reglamentación, las Altas cortes han emitido conceptos al respecto y elementos para su identificación.

Tabla 5. *Identificación de la sentencia No. 1.*

Ver anexo, de acuerdo a las altas cortes, la sentencia...menciono lo siguiente:

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA N°1
Competencia: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL
Radicado: 5860
Fecha: 27 de Julio de 2001
Magistrado Ponente: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Partes del proceso
Demandante: INES GOMEZ DE SANCHEZ
Demandado: PROMOCAR TAWILL Y COMPAÑÍA LIMITADA
Clase de Acción: RECURSO DE CASACIÓN
FRENTE A LA LITIS
Problema jurídico:
¿El simple incumplimiento por parte del Arrendador frente a las normas en caso de desahucio generan obligaciones indemnizatorias para con el arrendatario?

Tabla 5. Identificación de la sentencia No. 1. (Continuación)

¿Es posible el reconocimiento y cuantificación de una práctica comercial como el “GOOD WILL O KNOW HOW” a través de peritos o inspecciones judiciales?

Hechos destacados en la sentencia:

1. El 7 de julio de 1986 la sociedad demandada promovió proceso de lanzamiento en contra de la demandante para la entrega del local arrendado donde se encontraba funcionado un hotel
2. El 27 de mayo de 1986 la sociedad demandada notificó por intermedio del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena a los inquilinos su voluntad de dar por terminado el contrato de arrendamiento aduciendo necesitar parte del inmueble desocupado para someterlo a reparación y luego destinarlo para el establecimiento de negocio, sustancialmente de hotel.
3. El 26 de enero de 1987 se produjo el lanzamiento, y la sociedad aquí demandada obtuvo la desocupación del inmueble. No obstante, afirma la demandante, no ha reconstruido, ni remodelado, o adelantado obra alguna de naturaleza similar, en el local ocupado por la señora INES GOMEZ DE SANCHEZ.
4. La demandante argumenta en su demanda que según lo dispuesto por el artículo 518 del Código de Comercio, la demandada estaba en la obligación de pagar los perjuicios de que trata el artículo 522 ibidem, en cuya estimación deben incluirse, además del lucro cesante, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajos, despidos en ocasión de las cláusulas o traslado del establecimiento y el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiere hecho en los locales entregados, calculados en la suma de treinta millones de pesos, toda vez que aquella no cumplió con los fines en el lapso previsto en el artículo 518 del
5. Código de Comercio, puesto que no ocupó el inmueble, ni inició las obras proyectadas.
6. La decisión de primera instancia fue desestimatoria de las pretensiones de la demanda
7. La decisión de segunda instancia confirmó la sentencia de primera instancia

RECURSO DE CASACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de casación mencionando que el tribunal incurrió en error de hecho y de derecho frente a la valoración de unas pruebas judiciales al estimar que la demandada había solicitado el inmueble para someterlo a reparación y luego destinarlo a la instalación de un negocio sustancialmente distinto al de hotel, Pero lo más protuberante del error es que tanto el texto legal, como la petición de la demandante “en lanzamiento” aluden a la necesidad de destinarlo personalmente para instalar allí una empresa sustancialmente distinta, pero la arrendadora ni reparó el inmueble ni lo ocupó con una empresa de su propiedad, cuestiones éstas que el Tribunal admite, pero sin percatarse que la propietaria arrendadora lo dio en arriendo a un tercero y como argumentó el tribunal efectivamente la entidad demandada inició las reparaciones dentro de los 3 meses siguientes pero nunca las finalizó, pues si no las finaliza incurre en imprevisión solamente a él imputable, amén que se desvertebraría “toda la praxis de esos dos artículos”, pues sería muy fácil para el arrendador solicitar el inmueble para lanzar al arrendatario, pero sin llevar a cabo las obras.

CONSIDERANDOS

Rattio Decidendi:

Tabla 5. Identificación de la sentencia No. 1. (Continuación)

La corte NO CASA, y manifiesta que no están comprobados los perjuicios que la demandante dijo haber padecido, pues, como se sabe, no basta demostrar la no satisfacción de la obligación, sino, también, el detrimento sufrido por la víctima y su cuantía. En efecto, pericialmente no se dio la prueba del lucro cesante, el daño emergente y los demás aspectos a los que alude el citado artículo 522, porque en el dictamen realizado por los peritos “nada de estos rubros tiene respaldo probatorio”, y sus motivaciones se basan en conceptos de “goodwil y prima”, como si fueran una sola cosa, con el agravante de que cuantifican esta última en la suma de \$28.000.000,00.

En efecto, como también lo ha puntualizado esta Corporación, la indemnización a cargo del propietario no puede concebirse como “...una autorización o prima automática que le corresponda reclamar al anterior arrendatario por el solo hecho de la terminación del contrato de arrendamiento anterior, sino que se hace necesario que ésta se funde en el mencionado incumplimiento o cumplimiento defectuoso, siempre y cuando que se deriven perjuicios al arrendatario, y que todo ello se encuentre acreditado en el plenario. Con todo, el propietario podrá exonerarse de acuerdo con la ley”. (sentencia del 8 de octubre de 1997).

De igual forma la Corte hace una aclaración y explicación breve frente a los conceptos solicitados de “Good Will y prima comercial”, dejando plasmado lo siguiente: “En términos generales el anglicismo “GOOD WILL” alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona. Como es patente, la empresa que goza de tales características y que logra conquistar una clientela numerosa y cuyos productos son reputados, se coloca en un plano descollante en el mercado en cuanto puede vender más y a mejor precio, lo que necesariamente apareja que sus utilidades sean mayores en proporción al capital invertido. No se trata, por consiguiente, de un factor esencial del establecimiento de comercio, sino accidental y estimable en dinero”.

Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorpóreos, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero. En fin, el artículo 33 del decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a considerar como “constitutivos del good-will comercial o industrial”, al paso que, posteriormente, el decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de “Crédito Mercantil”, indicando que allí se registra “el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable; También registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como la valorización anticipada de la potencialidad del negocio”.

Es ostensible, por consiguiente, la ausencia de fundamentación de la experticia, tal como lo puso de relieve el Tribunal, pues los peritos, dejándose llevar por conjeturas y apreciaciones

Tabla 5. Identificación de la sentencia No. 1. (Continuación)

subjetivas, tasaron a su arbitrio el GOOD WILL del establecimiento comercial de la demandante, sin detenerse a cuantificar los aspectos ya señalados, para cuyo efecto debieron indagar, por ejemplo, si existían bienes incorpóreos, tales como los relativos a la propiedad industrial, procesos técnicos, etc., que incrementasen las utilidades; o si era óptima la posición del establecimiento en el mercado. Ni siquiera se alude en el peritaje a la calidad en la prestación del servicio, al buen trato dispensado al cliente, todo ello, por supuesto, debidamente sustentado, ni a las excelentes condiciones laborales que la empresa pudiera tener, ni a la confianza que, por razón de un loable desempeño gerencial, ella tuviese en el sector financiero.

Pero, es más, no se establece en la peritación de qué manera sufrió menoscabo el aludido intangible por causa de la restitución del inmueble, ya que no se precisó si el establecimiento de la actora dejó de existir o si, por el contrario, siguió funcionando en otro local.

Y haciendo referencia a la denominada prima se dijo que el Tribunal entendió que ella carecía de consagración legal y que, por tratarse de una costumbre, debió el demandante probar su vigencia entre los comerciantes del lugar, inferencia ésta que, además de haber sido soslayada por el impugnante, no puede tildarse de equivocada. En efecto, en algunas legislaciones foráneas en las que los derechos del empresario arrendatario frente a su arrendador se encuentran aún más rígidamente tutelados, severidad que inclusive ha permitido a algunos denominar tales prerrogativas como “propiedad comercial”, se faculta al arrendatario, por expreso mandato legal, a cobrar un precio por el “traspaso” del local comercial, es decir, por la cesión de su posición dentro del contrato de arrendamiento, independientemente del valor a que haya lugar por las existencias del establecimiento. Sin embargo, en el ordenamiento mercantil colombiano, no existe regla legal que favorezca tal práctica, ni disposición legislativa alguna que imponga al arrendador que recupera el inmueble arrendado el deber de pagarla, motivo por el cual, de tener fuerza normativa como costumbre local, regional o nacional, debió estar probada en la forma prevista por la ley.

Tabla 6. Identificación de la sentencia No. 2

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA N°2
Competencia: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL
Radicado: C-2300131030022001-00082-01
Fecha: BOGOTÁ, D. C., 14 de Abril de 2008
Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR
Partes del proceso
Demandante: SOCIEDAD ANTONIO SOFÁN Y CÍA. LTDA
Demandado: JESÚS JAIME CASTRO CASTRO
Clase de Acción: RECURSO DE CASACIÓN
FRENTE A LA LITIS
PROBLEMA JURÍDICO:
¿Es posible que el arrendatario de un inmueble o local comercial destinado para la instalación de un establecimiento de comercio establezca derechos inmateriales en razón a la actividad económica?

Tabla 6. *Identificación de la sentencia No. 2 (Continuación)*

¿Tiene el arrendador derecho a negarse a renovar el contrato de arrendamiento y a obtener la restitución del inmueble o local, sin lugar a pagar indemnización alguna?

¿El incumplimiento del desahucio por parte del arrendador, efectuado con compromiso especial para impedir la renovación de un contrato de arrendamiento genera además de indemnización, pago de lucro cesante al arrendatario afectado?

HECHOS DESTACADOS EN LA SENTENCIA:

El 16 de agosto de 1995 se inició un proceso de restitución del local comercial donde se encontraba funcionando el establecimiento de comercio denominado “Variedades El Tauro”, proceso que salió a favor del arrendador, razón por la que el arrendatario tuvo que desocupar para el 15 de junio de 1999.

La sociedad demandada, arrendadora, pese a que solicitó la entrega del inmueble para la “construcción de una obra nueva”, no dio inicio a la misma dentro de los tres meses siguientes a dicha desocupación. En la actualidad, “se encuentra en ruinas, sin construcción alguna.

Solicitó el demandante, por lo anterior, que la sociedad demandada fuera condenada a pagarle los perjuicios que determina, derivados de la necesidad de conseguir en arrendamiento, por un valor mayor a la renta que pagaba, y adecuar, con las cargas que esto aparejaba, otro local para continuar la actividad que desarrollaba en su establecimiento de comercio, y de las mejoras realizadas en el inmueble desocupado, así como de la pérdida de la prima comercial.

La parte demandada se opuso a las pretensiones, en lo esencial, porque no causó perjuicios al demandante.

El demandado propuso excepciones la que nominó “culpa creditoria y fuerza mayor” fundada en que habiendo obtenido la respectiva licencia de construcción e iniciados trabajos en 1992 salvo en la parte ocupada por el ahora demandante, no se pudo llevar adelante la obra, por cuanto éste se abstuvo de entregar el inmueble, y porque para el momento de la restitución judicial, como secuela del proceso que se inició en agosto de 1995, sobrevino, en 1998-1999, la crisis económica y financiera que sufrió el país, lo cual conllevó a la parálisis del sector de la construcción y a la liquidación de la sociedad por su iliquidez. y la “absoluta carencia de la intención de causar perjuicio” y “buena fe”, consistente en que la construcción no fue improvisada, pues se trató de un proyecto serio que implicó, desde 1990.

En primera instancia se declaró fundadas las antedichas excepciones y se negaron las pretensiones.

En segunda instancia el Tribunal condenó a la sociedad demandada a pagar los perjuicios reclamados, al establecer que el caso lo gobernaba los artículos 518 a 524 del Código de Comercio, dejó sentado que el empresario arrendatario tenía derecho a ser indemnizado, en los casos en que, a instancia del arrendador, perdía el derecho a la renovación del contrato y era obligado a la restitución del inmueble, siempre que el propietario, acorde con el desahucio, no acometiera, dentro de los tres meses siguientes a la entrega, las obras que se propuso, pues al decir de la comisión redactora del Código de Comercio, de lo que se trata es de prevenir el “abuso del derecho” y el “enriquecimiento sin causa”. En cuanto a la crisis económica y financiera, surgida mucho después de la aprobación de los planos y de la licencia de construcción, porque se oponía el hecho de que la ahora sociedad demandada, a la fecha del desahucio o presentación de la demanda de restitución, no tenía aprobado el préstamo para financiar la obra, como ha debido hacerlo y no esperar a la desocupación del inmueble o a que he superara la citada crisis para el efecto. La “absoluta carencia de intención de causar perjuicios” y

 Tabla 6. *Identificación de la sentencia No. 2 (Continuación)*

“buena fe”, porque si bien aparece acreditado que el inmueble se solicitó para “construir una obra nueva”, como se observa en los planos elaborados y aprobados por la Oficina de Planeación Municipal, lo cierto es que la intención sería de construir y la buena voluntad del arrendador de ejecutar la obra, quedaba desvirtuada con el hecho de no haberse realizado, en su oportunidad, las gestiones para obtener el crédito bancario. En ese orden, desde ningún punto de vista, la inejecución de la obra podía achacarse a la culpa del arrendatario, pues la “demora en el proceso” de restitución y la crisis económica y financiera que vivió el país en la época, debieron ser “previstas por el arrendador...antes de proceder a hacer el desahucio”

 Tabla 6. *Identificación de la sentencia No. 2 (Continuación)*

CONSIDERANDOS

RATIO DECIDENDI:

La Corte CASA la sentencia recurrida, y argumenta que quien entrega en arrendamiento un inmueble o local de su propiedad, para que el arrendatario instale allí un establecimiento de comercio, lo está afectando en provecho de ese tercero, porque la actividad económica ejecutada conlleva, en principio, la creación de algunos intangibles. Por esto, cuando el arrendador pretenda recuperar la tenencia del bien, no lo puede hacer cuando a bien lo tenga, sino en armonía con los derechos del locatario, entre ellos, el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento al vencimiento del mismo, cuando éste ha tenido una duración no inferior a dos años.

Perrogativa que, precisamente, se ha instituido para proteger los derechos inmateriales del comerciante, amén del interés público que entra en juego, porque se estima que en el susodicho término ha establecido su empresa, se ha dado a conocer al público y ha acreditado debidamente su unidad económica, creando en torno a ella una clientela, de ahí que como lo tiene explicado la Corte, se “trata de defender la permanencia del establecimiento de comercio, como bien económico, pero también los valores intrínsecos, humanos y sociales, que igualmente lo constituyen”. De otra parte, porque el interés general clama por la estabilidad de las empresas y no por su aniquilación.

Con todo, al arrendador propietario le asiste también el derecho a negarse a renovar el contrato de arrendamiento y a obtener la restitución del inmueble o local, sin lugar a pagar indemnización alguna, entre otras eventualidades, como la del caso, cuando deba ser demolido para la “construcción de una obra nueva” (artículo 518-3 del Código de Comercio), pero a condición de que desahucie al arrendatario empresario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato. En ese evento, además del lucro cesante, el resarcimiento del perjuicio comprende, según se prevé en la citada norma, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura o traslado del establecimiento y el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiere hecho el arrendatario en los locales entregados, quedando, en todo caso, el inmueble afectado al respectivo pago.

Porque como lo señaló la citada Comisión Revisora, el ejercicio de ese derecho por parte del arrendador no resultaría armonioso cuando la “continuidad de la empresa no puede asegurarse de manera completa si el que organiza un negocio y lo desarrolla hasta colocarlo en un grado de buena productividad puede verse, de un día para otro, privado de esa concreción material de sus

Tabla 6. *Identificación de la sentencia No. 2 (Continuación)*

esfuerzos que representa la clientela, el prestigio adquirido por su establecimiento y el mismo aviamiento, que es tanto más valioso cuanto más se funda en elementos objetivos”.

Desde luego que así todo gire alrededor de un contrato de arrendamiento, pues esto es lo que al menos habilita para hablar del derecho a la renovación, cuando se incumple la finalidad prevista en el desahucio, la responsabilidad civil de indemnizar la impone el artículo 522 del Código de Comercio, como una consecuencia, precisamente, de ese incumplimiento, en donde, además, como se observa, se establece la manera de justificar los perjuicios y de asegurar su efectividad.

Es de notar, sin embargo, que la ley no exige ninguna condición adicional, distinta al desahucio, para que no haya lugar a la renovación del arriendo. Así se desprende del artículo 520 del Código de Comercio, al decir que, si el propietario no manifiesta, con la debida antelación, que requiere el inmueble, entre otros casos, para demolerlo y construir una obra nueva, el contrato de arrendamiento se considera “renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial”. Es más, de ser necesaria la recuperación judicial del bien, tampoco es preciso acreditar la causal aducida, basta que se afirme, porque si el propietario incumple la obligación que adquirió, debe asumir las consecuencias, en cuanto se vería compelido a indemnizar al empresario.

Tabla 7. *Identificación de la sentencia No. 3*

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA N°3
Competencia: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C
Radicado: 63001-23-31-000-2001-00145-01(31049)
Fecha: BOGOTÁ D.C., 13 de Marzo de 2015
Magistrado Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Partes del proceso
Demandante: BODEGAS DEL QUINDIO LIMITADA
Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO Y POLICIA NACIONAL - DEPARTAMENTO DEL QUINDIO Y MUNICIPIO DE ARMENIA
Clase de Acción: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA) FRENTE A LA LITIS
Problema jurídico:
¿Se produjo un daño antijurídico como consecuencia de los hechos ocurridos el 29 de enero de 1999?
¿Qué perjuicios de los solicitados por la persona jurídica Bodegas del Quindío Ltda? Hay lugar a reconocer: morales, materiales (daño emergente, lucro cesante y good will)?
Hechos destacados en la sentencia:
El día 25 de enero de 1999 ocurrió un devastador terremoto que azotó la ciudad de Armenia
Cuatro días después, el 29 de enero de 1999, los vándalos saquearon el negocio establecimiento de comercio “Bodegas del Quindío Ltda. en su totalidad y en presencia de la policía y los demás cuerpos de seguridad del Estado, quienes fueron inermes e incapaces de

 Tabla 7. *Identificación de la sentencia No. 3 (Continuación)*

controlar la situación de orden público en la ciudad de Armenia.

El señor Nelson García Fernández, gerente del establecimiento de comercio “Bodegas del Quindío Ltda.” en compañía de algunos de sus empleados se encontraban al frente de dicho negocio cuando los vándalos comenzaron el proceso de destrucción y derrumbe de la puerta de acceso, con el fin de saquear el lugar, inmediatamente se dirigieron a los policías que se encontraban presentes y debidamente armados para solicitarles su intervención pero estos hicieron caso omiso a la solicitud, a pesar de la insistencia del señor gerente y compañía. Posteriormente la bodega fue saqueada en presencia de quienes tienen el interés jurídico de proteger a la ciudadanía.

La decisión de primera instancia resolvió no declarar responsable administrativamente a la entidad demandada, en razón de que el hecho causante del daño es, la omisión de la administración de las obligaciones legales y reglamentarias de realizar acciones tendientes a proteger el establecimiento BODEGAS DEL QUINDÍO LTDA, de los saqueos y destrucción de negocios por parte de los vándalos como efecto secundario del sismo del 25 de enero de 1999. Se logra demostrar que el señor NELSON GARCÍA FERNANDEZ, solicitó ayuda a las autoridades para que le suministraran protección tendiente a evitar los eventuales saqueos en su establecimiento de Comercio, sin embargo no se prueba por ningún lado que su situación impusiera una protección especial, dentro de un contexto pos terremoto, ya que, como se pasa a explicar a continuación, el pie de fuerza de las autoridades públicas y su material logístico, resultaba insuficiente frente a la magnitud de la catástrofe y existían derechos que debían primar sobre otros como es el caso de la vida e integridad de las personas frente a la propiedad privada.

Concluyéndose que la Nación (EJÉRCITO Y POLICIA NACIONAL) y el Municipio en cumplimiento de la normatividad arriba comentada, tomaron las medidas y adelantaron las diligencias tendientes a hacer frente, y conjurar las consecuencias del desastre natural vivido en el Quindío, y de manera muy sentida en la Ciudad de Armenia. Medidas que en un principio tendieron a conjurar las primeras consecuencias de la tragedia pero, también las que sobrevenían a la misma, conforme a la norma, sin que exista prueba de la no actuación de las entidades demandadas; por el contrario, aparecen actos que describen la actividad desplegada por ellas.

La decisión de segunda instancia confirmó la sentencia de primera instancia

CONSIDERANDOS

Ratio Decidendi:

Daño antijurídico

Cuando se presentaron los hechos que perturbaron seria, grave y ostensiblemente el orden, y que representaron la producción del daño antijurídico a la sociedad Bodegas del Quindío Ltda, por el saqueo del establecimiento en el que esta funcionaba. El municipio de Armenia, por conducto de su alcalde, no adoptó, no le dio todo el alcance a las medidas necesarias para haber impedido la ocurrencia de los hechos vandálicos en los que resultó afectado el establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad demandante

Así mismo la Sala advierte la presencia de oficiales pertenecientes a la Policía Nacional y de miembros del Ejército en el lugar de los hechos vandálicos justo donde se encontraba el local comercial de la sociedad “Bodegas del Quindío Ltda.” y adicionalmente estos no desplegaron ningún acto coactivo contra los vándalos para evitar el saqueo del comercio, y por lo tanto la alteración al orden público. En consecuencia, se presentó una omisión a la función de la

Tabla 7. *Identificación de la sentencia No. 3 (Continuación)*

actividad de policía que cumple la Policía Nacional, al no haber hecho un adecuado despliegue coactivo para evitar los saqueos que se presentaron el 29 de enero de 1999.

Si las entidades demandadas pretendían que en el proceso se les absolviera porque los desmanes ocurridos superaron cualquier expectativa previsible, han debido probar las medidas que tomó el comité de emergencias para hacer efectivo el toque de queda y acreditar situaciones anómalas y extraordinarias que superaron cualquier previsibilidad, presentadas después del sismo; pero la Alcaldía se limitó a afirmar el cumplimiento de su deber con la simple expedición del Decreto que estableció el toque de queda; por su parte la Policía anunció en su petición de pruebas que acreditaría todas las actividades que desarrolló, pero tales pruebas no llegaron al proceso; y la otra entidad demandada, el Ejército Nacional, contestó extemporáneamente la demanda. Así las cosas, lo que evidencian las pruebas del expediente es la inactividad de las entidades demandadas y la falta de coordinación en sus funciones, para atender la situación de Desastres que se presentó en el municipio de Armenia días después de ocurrido el terremoto del 25 de enero de 1999.

Medidas que fueron insuficientes y no fueron efectivas para evitar el saqueo del comercio de la zona céntrica, ya que obra dentro del proceso material probatorio suficiente para concluir que la inactividad del Ejército Nacional en el caso en concreto contribuyó a la producción del daño antijurídico ocasionado a la sociedad demandante. Con base en los anteriores argumentos, la Sala revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades públicas demandadas municipio de Armenia, Ejército Nacional y Policía Nacional, y reconoció algunos perjuicios reclamados por la sociedad demandante.

Perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente.

La Sala condena en abstracto por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, y ordena su liquidación mediante el incidente respectivo.

Perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante consolidado

En este sentido, cabe precisar que la indemnización por lucro cesante puede provenir bien sea por un daño causado a una persona (bien sea una lesión o la muerte), caso en el cual el rubro indemnizatorio estará determinado por la mengua que sufrió el sujeto y que le limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas ; como también puede derivarse este perjuicio cuando los daños son sufridos por cosas muebles o inmuebles de las cuales se genera para la víctima un beneficio lucrativo; en este, y para no entrar en confusión con el daño emergente, la indemnización no pretende reparar los daños de los bienes sino verificar la utilidad líquida que dejó de ganar la víctima . En todo caso, siempre se hace énfasis en la capacidad productiva o de explotación económica para determinar la existencia de tal perjuicio material.

Teniendo acreditada la actividad comercial del establecimiento de comercio, la base para liquidar el lucro cesante consolidado es tener en cuenta como período desde la fecha en que se produjo el perjuicio (29 de enero de 1999) y hasta la fecha en la que razonablemente y constatado reinició actividades el establecimiento de comercio (29 de julio de 1999), suma a la que serán aplicables los intereses en los términos del artículo 177 y ajuste 178 del Código Contencioso Administrativo, luego, la Sala reconoce y liquida el lucro cesante.

Perjuicios materiales, en la modalidad “Good Will”

Finalmente, como rubro de los perjuicios materiales en la demanda se solicitó el reconocimiento por afectación al “good will” a favor de la empresa actora “Bodegas del Quindío”

Tabla 7. *Identificación de la sentencia No. 3 (Continuación)*

Ltda.”, por un valor al momento de presentación de la demanda de \$100.000.000.00.

La sala establece que de manera general los daños al buen nombre o “*good will*” deben incluirse en el concepto de perjuicios materiales, por cuanto dichos derechos aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica, por lo tanto, si el daño producido por la entidad demandada generó un detrimento en aquellos bienes inmateriales que constituyen la noción de establecimiento de comercio, la condena deberá resarcir tanto el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecer su buen nombre o *good will*, como el lucro cesante, enmarcado en lo que la persona jurídica afectada por la actuación de la entidad demandada haya dejado de percibir por el hecho dañino.

En cuanto al *good will* o buen nombre, la Sala acoge la noción y elementos que sobre este elemento ha establecido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

En relación con los elementos que comprende el respectivo *good will*, se establece por la misma Corte, que deben tenerse en cuenta los siguientes que lo integran: “*además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorpóreos, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero (...)*”.

La Sala encontró que la sociedad “Bodegas del Quindío Ltda.” a pesar, de haber pedido indemnización por perjuicio a su Good Will, dentro del proceso no obra material probatorio suficiente que demuestre que se presentó un agravio a su buen nombre como empresa y en consecuencia un detrimento económico, por lo que no hay lugar a reconocerlo y fue negada esta pretensión.

Tabla 8. *Identificación de la sentencia No. 4*

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA N°4	
Competencia: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA	
Radicado: 10229	
Fecha: 10 de Julio de 1997	
Magistrado Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE	
Partes del proceso	
Demandante: SOCIEDAD DIAZ Y CIA. S. EN C	
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y D.A.S.	
FRENTE A LA LITIS	
Problema jurídico:	
¿Es posible decretar el pago de la indemnización frente al concepto del Good Will acreditada en un dictamen pericial y desestimar el pago de indemnización frente al kwon how o	

Tabla 8. *Identificación de la sentencia No. 4 (Continuación)*

viceversa?

Hechos destacados en la sentencia

El 6 de diciembre de 1989 explotó una bomba de 500 kilos de dinamita, instalada en un bus, cuya finalidad era dar muerte al director del DAS, General Miguel Maza Márquez.

El carro - bomba detonó justo en la vía que separa la manzana que ocupa el DAS de la bodega de la actora.

La onda explosiva destruyó los bienes de la Sociedad demandante, incluyendo sus activos fijos, la materia prima, sus inventarios, contabilidad y papeles de la misma.

La forma como se llevó a cabo el atentado indica toda falta de previsión por parte de las autoridades, no hubo la debida vigilancia con relación a las instalaciones del DAS para impedir y prevenir un posible y conocido atentado contra ellas.

La Sociedad actora desapareció el día de la explosión, pues no sólo perdió sus activos, sino también el crédito, su forma de operar, el conocimiento del negocio, su estructura de ventas y su entroncamiento en el mercado nacional.

La decisión de primera instancia, negó las pretensiones y frente al tema de los intangibles argumentó el desconocimiento de los activos fijos que pretende que se le reconozcan, ya que se estableció en el proceso que las mercancías que se distribuían se producían unas en Palmira y otras en Bucaramanga, por lo cual la maquinaria utilizada para su elaboración no pudo verse afectada. Consideró igualmente que siendo el Know How el secreto que permite o facilita la producción industrial un elemento intangible donde prima la inteligencia y la invención, no puede el a - quo entender cómo se destruye materialmente con una bomba y pretender una indemnización por ello. El mismo planteamiento lo estimó válido frente al Good Will.

En segunda instancia se confirmó la sentencia de primera instancia, Afirmó el tribunal que lo primordial para condenar a la Nación es que no existen hechos que permitan determinar la magnitud, en términos de cantidad y calidad, de los perjuicios sufridos por la sociedad actora y así la sentencia no puede dar por probados hechos que la demanda no contiene, para concluir declarando probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y negar las pretensiones de la misma.

CONSIDERANDOS

5. Rattio Decidendi:

De acuerdo con la Cámara Internacional de Comercio, el concepto de know how comprende “La totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un producto, puede designar no solamente fórmulas y procedimientos secretos, sino también una técnica que guarde conexión con procedimientos de fabricación patentados y que sean necesarios para hacer uso de la patente., puede también designar procedimientos prácticos, particularidades y conocimientos especializados técnicos que fueron siendo obtenidos por un productor a través de investigaciones y que no deben aún ser adquiridos por la competencia”.

Para efectos del impuesto sobre la renta, el artículo 1º del decreto reglamentario 2123 de 1975 dice: "Entiéndese por know how la experiencia secreta sobre la manera de hacer algo, acumulada en un arte o técnica y susceptible de cederse para ser aplicada en el mismo ramo, con eficiencia".

El decreto 2650 de 1993 que modifica el Plan Único de Cuentas para los comerciantes, considera el Know How como cuenta del activo y lo describe como un bien intangible

Tabla 8. *Identificación de la sentencia No. 4 (Continuación)*

“apreciable en dinero, del conocimiento práctico sobre la manera de hacer o lograr algo con la facilidad y eficiencia, aprovechando al máximo los esfuerzos habilidades y experiencias acumuladas en un arte o técnica”.

En el caso subexámine no existe secreto industrial que proteger o Know How como lo denomina el demandante usando la expresión angloamericana, no sólo porque no se probó la existencia del mismo y mucho menos su destrucción, sino porque en el plenario existe prueba de que la producción de la empresa se desarrollaba usando métodos “muy rudimentarios” (testimonio de Luis Fernando Serna Restrepo a folios 156 - 157), lo cual configura una causal para la no protección de la información al tenor de lo establecido por el artículo 73 de la norma andina.

Así las cosas y por no haberse probado que la sociedad demandante tenía know how se desestimaré la solicitud de indemnización de los perjuicios por este concepto.

En cuanto a La pérdida del Good Will el demandante solicita también el derecho a ser indemnizado por la pérdida del good will. Este concepto como el anterior también de origen angloamericano, no tiene una definición positiva dentro de la legislación colombiana, no obstante que algunos ordenamientos como el decreto 2650 de 1993 precitado o Plan Único de Cuentas para Comerciantes se refieren a su registro contable bajo la denominación de Crédito Mercantil. Doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido definido como el “buen nombre o fama comercial en un conglomerado económico - social determinado”, bien intangible que conlleva beneficios tales como el reconocimiento de los consumidores al producto o servicio y a la empresa que lo suministra, la confianza y credibilidad de la empresa, la calificación positiva del consumidor a las características del producto y el derecho a la clientela, esta última con protección jurídica positiva en las normas que consagran la prohibición de las conductas de competencia desleal (ley 256 de 1996).

En el presente evento el actor tasa en la demanda (El perjuicio sufrido por este concepto en forma global y conjunta con el know how en la suma de diecisiete millones cuatrocientos sesenta y un mil setenta y cuatro pesos m / l (\$17.461.074.00) sin discriminar que valores corresponden a uno u otro ni determinar el método financiero para establecerlo.

El know how y el good will pueden en efecto contribuir al éxito comercial de una empresa pero no necesariamente son correspondientes, así una empresa que tenga un know how protegido puede no tener good will y una con un gran good will puede no tener know how protegido jurídicamente.

En la experticia rendida por los señores peritos designados por el despacho y que obra a folios 253 a 254 del expediente, los conceptos de good will y know how que como se vio corresponden a contenidos jurídicos distintos se determinan en forma conjunta y con unas mismas variables económicas - compra de años del excedente de la utilidad media - sistema que la Sala considera válido como método estimado de apreciación del good will pero no así con respecto al know how por las razones expuestas en los párrafos anteriores.

En mérito de lo expuesto la sala NO CASA la sentencia recurrida, negando indemnización del good will y el Know How por no haberse acreditado como se desprende del dictamen pericial.

De acuerdo al análisis y estudio jurisprudencial realizado frente algunos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de estado, y conceptos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, a pesar de que existe incluso una confusión frente a la diferenciación de los conceptos de “GOOD WILL” y “PRIMA COMERCIAL”, de cierta manera dejan muy amplio su conceptualización y simplemente mencionan unos elementos para su existencia y reconocimiento, que sin explicarlos a profundidad solo referencian de manera general y coinciden en los siguientes presupuestos:

- La proyección de los beneficios futuros
- la existencia de bienes incorporeales, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos
- la excelente ubicación en el mercado
- la experiencia
- la buena localización
- la calidad de la mercancía o del servicio
- el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores
- la estabilidad laboral de los mismos
- la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero.

Los elementos mencionados anteriormente son algunos de los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de Industria y Comercio frente al Good will, sin embargo no es posible reconocer la prima comercial porque no existen unos criterios fijos y cuantificables susceptibles de valoración económica, o en algunas de las sentencias simplemente se menciona que efectivamente existe un good will o prima comercial, pero no puede ser un

aspecto meramente subjetivo sino debe ser probado y demostrado el valor económico a cobrar, situación un poco compleja porque si no hay unos estándares para reconocerse difícilmente es posible probar algo que se desconoce, pero son aspectos tan importantes que se han dejado a un lado y no han tenido un estudio amplio, en relación con el cambio producido por la globalización, la ampliación del comercio y el desarrollo actual del sistema financiero.

Después de conocerse un poco más la figura de la prima comercial a partir del ordenamiento jurídico nacional Colombiano e internacional, a través de la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, y de igual forma, analizando esta misma práctica en el derecho europeo y en Latinoamérica es posible entrar a desarrollar el tercer capítulo cuya finalidad es reconocer, identificar o compilar los criterios de cuantificación la misma, porque lo que se busca es dar respuesta a la problemática del proyecto, explicando de qué manera se podría regular esta práctica comercial, para que sea reconocida y a su vez valorada de una forma donde primen criterios justos de tasación y válidos en el ordenamiento jurídico actual, donde exista mayor claridad entre los comerciantes y se logré volver al uso del cobro de la prima en la venta o cesión de los establecimientos de comercio, constituida como una costumbre comercial.

4.3 CAPITULO 3: Criterios Para La Valoración Económica De La Prima Comercial.

A partir del estudio realizado en los dos primeros capítulos, frente a la gestión del empresario como propietario del establecimiento de comercio, el posicionamiento de su negocio comercial y el desarrollo de la figura de la prima comercial en el derecho colombiano, como una práctica comercial desarrollada entre comerciantes, su alcance y estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, y de igual forma teniendo como referente el concepto del

“Aviamiento” en el derecho internacional en países como Italia, Francia, España, Alemania, México, argentina, Uruguay y Costa rica, es posible entrar a estudiar e identificar el objeto del presente proyecto.

En este acápite de la investigación se establecerán algunos criterios para la cuantificación de la prima comercial, en primera medida identificando los elementos que la componen y su tasación individual, para posteriormente con la suma de sus totales establecer su quantum y con ello el plus o ganancia que puede representar al adquirente la compra de este activo en bloque con sus elementos compositivos. Todo esto con la finalidad de lograr establecer de forma más clara y certera el valor de este elemento inmaterial, que en la actualidad no deja de ser más que un valor adicional que se pacta y paga entre comerciantes, que debido a su liberalidad no tiene base o elementos fijos para ser determinada.

Por tal motivo siendo la prima comercial un elemento inmaterial que conjuga en su composición activos o bienes intangibles, es preciso establecer en primera medida como se determina de manera general, la cuantificación de un activo intangible.

4.3.1 Cuantificación de los activos intangibles. Teniendo en cuenta la naturaleza no corpórea de los activos intangibles, la expectativa o potencialidad de productividad que puede llegar a generar a futuro, este es considerado con el lleno de unos requisitos particulares un activo objeto de tasación, siendo a prima facie una propuesta de valoración la siguiente: Para su cuantificación debe poder determinarse claramente las erogaciones que fueron necesarias o que confluieron en su creación, realizando la amortización correspondiente durante su vida útil, determinada con base en suposiciones razonables y fundamentadas sobre su mejor administración, acorde con las condiciones económicas del entorno.

Como sustento y ampliación del anterior presupuesto de cuantificación, se puede traer a colación las normativas internacionales que brinda directrices o de manera general, ilustra el nublado panorama de los activos intangibles, estas son: la Norma de Información Internacional Financiera (NIIF) para las PYMES, cuya vigencia esta desde el primero de enero de 2017, donde se resalta en su contenido parámetros para medir intangibles, más particularmente en su Sección 18, titulada Activos intangibles distintos de la plusvalía; a su vez se encuentra la Norma Internacional para la Contabilidad No.38, en donde de forma precisa se establece las características, criterios y los tipos de intangibles que puedan ser asimilados como activos, para lo cual resulta necesario aclarar que se entiende como activo y que esencialmente es propio de su naturaleza para ser reconocido como tal.

Se concibe entonces un activo intangible, como un bien potencial para contribuir a los flujos de efectivo de la entidad, que puede ser medido con fiabilidad y cuya producción de utilidades deben retornar a la misma, que de manera más precisa define la NIC 38 como:

Todo recurso:

- (a) controlado por la empresa como resultado de sucesos pasados; y
- (b) del que la empresa espera obtener, en el futuro, beneficios económicos.

Son *activos monetarios* tanto el dinero en efectivo como otros activos, por los que se van a recibir unas cantidades fijas o determinables de dinero. (Normas Internacionales contables, 2004).

4.3.1.1 Identificación de un activo intangible. Ya habiéndose definido que se entiende por activo, la sección mencionada en el párrafo anterior de la Normativa NIIF determina, que para un activo intangible ser reconocido como tal, además de contener las características de todo

activo, debe ser determinable o identificable, sin carácter monetario, que puedan ser separados o transmitidos de forma aislada y que a su vez tengan una característica muy particular, surgir de un contrato o de derechos legalmente reconocidos.

A su vez preceptúa la NIC 38, que la identificabilidad de un activo intangible resulta de poder evidenciar en él, la capacidad de productividad a futuro, característica que resulta de vital importancia pues ayuda a diferenciarlo de la plusvalía adquirida, que son aquellos activos comprados por la empresa previendo su productividad a futuro o pretendiendo establecer con ellos una sinergia productiva que genere réditos a la entidad.

De esta manera tal como se describe en la mencionada normativa y con la intención de precisar el alcance de su definición, un activo intangible puede definirse como un activo “identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física, que se posee para ser utilizado en la producción o suministro de bienes y servicios, para ser arrendado a terceros o para funciones relacionadas con la administración de la entidad” (Normas Internacionales Contables, 2004).

4.3.1.2 Control del activo intangible. En este orden de ideas y siguiendo el contenido plasmado en dichas normativas, se precisa también que para ser reconocido un activo intangible, deben visualizarse en él, la probabilidad de obtención futura de beneficios económicos, que sea la empresa aquella que controle dicha productividad y que pueda limitar el acceso de la misma a terceros, ya bien sea por medio de la constitución de derechos legales que reconozcan su propiedad en el ordenamiento jurídico y comercial o realizando limitaciones legales para el acceso de su contenido o utilidad a personal externo. Estos beneficios futuros pueden ser medidos a través de estimaciones razonables de valor basadas en las siguientes técnicas:

1. Tasación por activo idéntico, que para este caso en concreto resulta no muy práctico, pues en virtud de esta técnica se debe comparar con otro activo del entorno económico de similares características y por su valor reconocer el del otro.

2. Técnica de valoración con utilización de datos del mercado, tales como expectativas de rentabilidad y los riesgos inherentes al activo.

Conjuntamente también se tiene que los beneficios futuros de productividad podrán determinarse por:

2.1. La productividad monetaria de su aplicación práctica, corolario de esto los bienes o servicio brindados por la entidad que puedan ser producto de dicho activo intangible.

2.2. La reducción o ahorros de costos que pueda generar su implementación.

De esta forma se tiene entonces que habiéndose determinado un intangible como activo de la entidad o empresa, puede valorarse su reconocimiento económico dependiendo de su origen; cuando el mismo haya sido producto de una enajenación, su tasación corresponde al costo pagado por el mismo, menos los gastos de implementación o la preparación para su aplicación práctica, pues este fue un activo adquirido ya formado, o su otra versión, cuando su creación obedece a la formación interna, que es el tipo de intangible más complejo de tasar debido a que en muchos casos es valorado por medio de acuerdo entre las partes, pues los procedimientos de creación de los mismos no pueden ser probados verídicamente.

En el caso que el activo intangible sea objeto de creación interna, la NIC 38 ha contemplado que para el reconocimiento de su calidad dependerá de la debida identificación que la empresa le dé mediante las siguientes fases:

- La primera la relativa a la fase de investigación, que para la norma en comento no se considera como propicia para la creación de activos intangibles, ni en su etapa de desarrollo, ni

en su resultado final, pues considera que en esta fase el resultado no cuenta con las características expresadas para ser reconocido como un activo intangible.

- Y la fase de desarrollo, en la cual, si se puede llegar a la creación de un activo intangible, toda vez que se cumplan con los requisitos expuestos en la norma, que se encuentran positivizados en el artículo 45 de la NIC 38 (NIC No.38, 2004).

Ya habiéndose determinado el reconocimiento del activo intangible y su técnica de valoración, queda solamente la amortización del mismo con base en el tiempo esperado de productividad o vida útil. La amortización se determinará entonces por los gastos o costos que correspondan a la implementación del activo intangible y su deterioro de valor acumulado, que se aplicará al tiempo de vida útil, que corresponderá al tiempo o duración de los derechos que lo componen o el que determine la gerencia de la entidad, que en todo caso prescribe la normativa no podrá ser mayor a 10 años.

De tal forma que con la información anteriormente brindada se puede plantear una fórmula para la tasación de activos intangibles:

$$\underline{(P.B.F \times V.U) - (A \times D.V.A) = V.I}$$

V.I. Valor Intangibles.

A. Amortización

P.B.F. Probabilidad de beneficios

Futuros.

V.U. Vida Útil.

D.V.A. Deterioro de valor

Acumulado

Durante la vida útil.

Habiéndose explicado de forma general la cuantificación de un activo intangible, es pertinente proceder a revisar cuales bienes de esta naturaleza son los elementos que, como resultado de la investigación surtida hasta el momento, se pudieron determinar componen u originan la prima comercial.

4.3.2 Elementos para la valoración jurídica de la prima comercial. Para establecer el valor de la prima comercial de un establecimiento de comercio, en principio es importante tener en cuenta que dicho establecimiento se encuentre produciendo utilidades, dado que las primas comerciales serán objeto de enajenación siempre y cuando estas se encuentren o se tenga la expectativa probable de los beneficios económicos que producirán a futuro, debido a que el nuevo adquirente deseará por lo menos mantener el margen de rentabilidad que el establecimiento venia generando, es decir, cuanto mayor sean las ganancias adquiridas mayor será el costo de adquisición y el adquirente pagará un valor aumentado o adicional del establecimiento de comercio, denominado prima del negocio.

Ahora bien, tal como se pudo concluir de la información recolectada a lo largo de este trabajo e interpretando las palabras del Jurista Velez, el valor de la prima comercial del negocio puede tasarse dentro del conjunto de activos que conforman el patrimonio general de la empresa como negocio en marcha o bien como un valor desagregado del mismo y con plena independencia de ésta, tal como se pudo interpretar de la información analizada sobre los activos intangibles. En la actualidad, el sistema financiero colombiano ha venido innovando las políticas crediticias y es por ello que viene admitiendo como garantía de pago de las obligaciones adquiridas por sus clientes el propio establecimiento de comercio, en el que al ser evaluado puede incluirse el monto comercial de este intangible (Vélez, 2002. p.12).

Tal como se ha dicho en algunos de los apartados de este capítulo, mediante la presente investigación fue posible identificar como elementos compositivos o generadores de la prima comercial, el Good Will y Know How, de los cuales solo se procederán a revisar su tasación de acuerdo a los sub elementos que los componen, pues frente a su definición y extensa literatura ya fueron retratados en el capítulo precedente.

Pero antes de entrar en materia particularmente sobre estos dos intangibles, es propicio realizar un breve recuento sobre la normativa del sistema jurídico colombiano que hace mención a dicho bienes.

4.3.2.1 Los bienes intangibles en el sistema jurídico colombiano. La normativa colombiana, como todos los sistemas jurídicos mundiales se encuentran en continuo cambio, siendo su intención responder ante los avances sociales y económicos del país, circunstancia que auspicia las reformas normativas acorde a los requerimientos del momento social, que en algunos casos, produce gran cantidad de preceptos normativos sobre una misma situación fáctica, generando con ello la necesidad para los juristas de estar debidamente actualizados.

Tal es el caso de la normativa frente a los activos intangibles, pues el sistema jurídico colombiano ha tenido diversas regulaciones que han ido cambiando con el pasar de las décadas. La primera norma a la cual se puede hacer referencia es el Decreto 564 de 1942, que contenía algunas disposiciones en sus artículos 33 y ss. sobre los activos intangibles, su valoración y la autoridad ante la cual se podía requerir su reconocimiento. Pasados tan solo 18 años fue expedida la ley 81 de 1960, que en sus artículos 64 al 69, hacían algunas precisiones o modificaciones al decreto anteriormente referido, que groso modo estipulaba:

1. Para la tasación y reconocimiento de intangibles tales como el Good Will, esta se efectuaba a costo del petionario, solicitando su reconocimiento a la división de impuestos nacionales, autoridad que para ese entonces era la encargada de dicho procedimiento, quienes, como requisitos para su acreditación, evaluaban en primera instancia la aplicación de Tres (3) fórmulas de reconocido valor técnico que respaldaran la existencia de dicho intangible.

2. Conjuntamente se efectuaba su reconocimiento y avaluó con la intervención de dos reconocidos peritos, quienes realizaban informe acorde a las normas de justiprecio de los bienes intangibles, la doctrina aplicable y sus técnicas establecidas. Documento que era analizado y valorado por la autoridad mencionada. (Decreto 564, 1942)

Posterior a estas regulaciones se expidió el Decreto 625 de 1989 Estatuto Tributario, que modificó en repetidas ocasiones el concepto de los bienes intangibles, pues seguido a su promulgación fue objeto de variadas derogaciones efectuadas por la Ley 223 de 1995, Ley 788 de 2002 y por último la Ley 1819 de 2016.

La última regulación citada que tal como se decía entro a modificar el articulado de lo que en general se denomina estatuto tributario, preceptúa en sus disposiciones con referencia al tema lo siguiente:

1. En su artículo 32 denominado como “Contratos de Concesión y Asociaciones Publico Privadas”, establece que en la etapa de construcción de un bien intangible se tendrán como costos fiscales, los gastos en los cuales se incurrieron para su materialización, desarrollo o ejecución productiva. Aunado a lo anterior acentúa en su parágrafo 6 que en lo relativo a la enajenación de activos intangibles, su costo corresponde a la sumatoria de los gastos y costos generados en su etapa de construcción o su valor de adquisición, menos la amortización correspondiente.

2. De igual forma en el artículo 75, dicha norma establece que existen tres tipos de bienes intangibles:

2.1. Aquellos que son Adquiridos Separadamente. Queriendo decir con ello los bienes que son enajenados u obtenidos cuando ya se encuentran formados.

2.2. Los derivados de una combinación de Negocios. Denominándose así aquellos que se acuerdan en un contrato y su valor se determina acorde con los estudios técnicos efectuados.

2.3. Y por último aquellos que surgen por Subvención del Estado, pues son cedidos, concedidos o enajenados por la administración para la utilización de terceros, precisando en su numeral quinto que los costos fiscales para los intangibles formados internamente en las empresas será de cero.

Conjuntamente el artículo 75 resalta a su vez que el costo fiscal de los activos intangibles equivaldrá al 30% del valor de la venta.

Con relación a la amortización se establece en el artículo 143 titulado “Deducciones por Amortización de Activos Intangibles” que se entenderán por este concepto las inversiones realizadas para los fines del negocio o actividad, deducción aplicada a la base de amortización, que será el costo del intangible o los gastos debidamente identificables de su desarrollo. También se determina que para la aplicación de la amortización a un bien intangible este deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Tener una vida útil.
2. Cualidad de ser medido e identificado de acuerdo a la técnica contable.
3. Que su venta en Colombia se gravable a precios del mercado. (Decreto 624, 1989)

Finalmente configura esta norma en su artículo 279 un resumen abreviado del articulado anterior y lo que aporta a esta investigación la segunda fórmula para la cuantificación de

intangibles, pues determina que los intangibles se cuantificarán o valuarán de acuerdo al costo de su adquisición demostrado, más los costos de preparación o adecuación, “menos las amortizaciones concedidas por el año gravable” (Decreto 624, 1989), representando a continuación:

$$\frac{[(C.A.D + C. P) - (A.A.G \times T.E.)]}{V.U.} = V.I.$$

C.A. D= Costo de Adquisición o

Desarrollo demostrado.

C.P= Costos de preparación

o adecuación.

A.A.G=Amortización Año

Gravable.

T. E= Tiempo de Explotación

V.U= Vida Útil

V.I= Valor Intangible

Ya para finalizar este título, la última normativa a la cual se puede hacer referencia es el Decreto 2650 de 1993, relacionado con la contabilidad de los activos de la empresa, entre los cuales destacan los siguientes bienes intangibles entre muchos otros:

- El Crédito Mercantil Formado o Good Will. Precisa que también se podrá registrar la cuantificación de la “estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como de la valorización anticipada de la potencialidad del negocio” (D. 2650, 1993). Dicha situación en el ámbito práctico es un poco más compleja, dado a su poca probabilidad de prueba o respaldo de dichos valores.

- El Know How. Frente a este intangible resalta que será apreciable de valor los “conocimiento práctico sobre la manera de hacer o lograr algo con facilidad y eficiencia aprovechando al máximo los esfuerzos, habilidades y experiencias acumuladas en un arte o técnica” (Decreto 2650, 1993).

De una manera breve son estas las normativas que se encuentran en el sistema jurídico colombiano sobre los bienes intangibles, que tal como se puede evidenciar no es amplia ni concluyente, motivo por el cual el segundo capítulo de esta investigación tuvo que ahondar en la doctrina y la jurisprudencia, para recopilar los elementos de los siguientes bienes intangibles que se proceden a explicar y que conforman la prima comercial.

4.3.2.2 Los bienes intangibles que componen la prima comercial y sus elementos. El primero de ellos que se procede a revisar es conocido comúnmente como el buen nombre, y fue ampliamente retratado en esta investigación.

4.3.2.2.1 Good Will. Este intangible tal como se referenció en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, a grandes rasgos se compone o puede presentar las siguientes características extraídas de la jurisprudencia de las H. Cortes colombianas y que son objeto de tasación:

- Propiedad Industrial.
- Formulas químicas
- Procesos técnicos
- Ubicación en el mercado
- Experiencia
- Buena localización

- Calidad de la mercancía o servicio
- Trato a los clientes
- Relación con los trabajadores y su estabilidad laboral
- Confianza generada por la buena gerencia en el sector financiero.

De igual forma desde el ámbito contable el Crédito Mercantil consta de:

- Buen nombre
- Personal idóneo
- Reputación de crédito privilegiado
- Prestigio por vender mejores productos
- Localización favorable
- Futuras ganancias en exceso
- Valoración anticipada de la potencialidad del negocio.

Ahora bien en aras de efectuar una compilación entre los diferentes elementos que conforman este intangible desde sus diferentes concepciones, se considera preciso realizar un compendio un poco más estructurado, entendiendo que a pesar del Good Will ser un anglicismo que en el español de nuestro país su traducción más exacta o probable sería el de Buen nombre, no solo se basa en su proyección o recibimiento por parte del cliente o la competencia, sino también de elementos internos cuya sinergia edifica el buen funcionamiento de todos.

Entonces se tiene que el buen nombre entendido como el impacto que causa o que produce en la clientela se compone de:

- *Posicionamiento del establecimiento comercial en el mercado.* A grandes rasgos se podría decir que este elemento es el que constituye la acreditación del establecimiento comercial en el mercado, siendo de gran importancia para medir la aceptación o importancia que el consumidor

o cliente da al producto o servicio, según su valoración personal, sobre otros productos de similares características.

Está compuesto a su vez por:

1. *Ubicación general en el mercado.* En este caso para analizar el posicionamiento en el mercado de un determinado producto o servicio y con base en el saber la influencia de la empresa en el ámbito comercial competitivo, es necesario revisar cómo se posiciona un producto en el mercado:

1.1. Se requiere dividir el mercado por segmentos, valorando su importancia y la demanda de cada uno, para con el revisar la colocación estratégica del producto.

1.2. Además de ellos se deben revisar lo que los expertos en la materia definen como estrategias de posicionamiento en el mercado, que se pueden determinar estableciendo que es lo que se quiere lograr con el producto, que necesidad se pretenden suplir, si su proyección hacia los clientes es enfocarse en la calidad del producto o en apalancarse con sus cualidades competitivas frente a otros productos, si el mismo tiene una temporada o periodo de uso o la clase de público a la cual va dirigida, entre algunas otras.

2. *Buena localización, especificaciones del local en donde funciona el negocio.* Este tópico al igual que el anterior es de suma importancia pues un producto para lograr posicionarse, con ello su marca, el establecimiento comercial y finalmente la empresa, debe ser asequible al público y estar en un entorno comercial fluido en donde por naturaleza concurren grandes cantidades de público y con ellos posibles consumidores, tal como lo referencia la cámara de comercio de industria y navegación de Gran Canaria, cuya definición se cita en su literalidad:

El área comercial mide el radio de atracción de una localidad sobre los residentes en los alrededores para que realicen sus compras en ella. Cuanto mayor sea el área comercial de

una localidad, más público objetivo estará dentro de su alcance y más atractiva será como ubicación de un nuevo comercio (Cámara de Comercio de Gran Canaria, 2010).

Al igual que cuando se busca el posicionamiento del producto en el mercado, se deben analizar unos tópicos, lo mismo ocurre con el estudio del lugar o localización física del establecimiento comercial, pues en su elección debe procurarse por el análisis de la población que reside cerca al lugar (su formación, desempleo, escala poblacional, etc), la distancia a los proveedores como estrategia para economizar recursos y el accesos a recursos públicos o particulares para la realización de la actividad económica organizada de la empresa.

- *Experiencia o tiempo en el comercio del establecimiento.* Este ítem va ligado a otros elementos que juegan un papel importante en la empresa, pues en él se destaca el tiempo que ha desarrollado la entidad en ejercicios de sus servicios al entorno comercial, que les da una ventaja competitiva ante las demás empresas, tanto como por el conocimiento, políticas y técnicas que hace el ejercicio de su actividad más prácticas y que a su vez crea vínculos más íntimos o personales con los clientes.

- *Calidad del Producto.* Se gana por la calidad de lo ofrecido ya bien sean mercancía o servicios, que va acreditando a la marca y por ende el establecimiento comercial, esta cualidad le da otra ventaja competitiva al empresario pues con la colocación de su producto en el mercado como uno de la mejor calidad, se podrá incrementar el valor del mismo y con esto el margen de utilidad de la entidad. De igual forma el lujo también puede causar un prestigio del producto, que con el tiempo dé la base para aplicar una estrategia de marketing inverso, significando con esto que su reconocimiento en el mercado se dé por lo exclusivo en su adquisición.

- *Personal Idóneo.* El personal de una empresa será elegido conforme a la naturaleza y objeto que va a prestar la misma, siendo contratado por el empresario acorde con la visión que él

entienda deba tener su entidad, logrando establecer vínculos personales y no solamente comerciales con los clientes, pues en la actualidad con tanta oferta de productos, vale más fidelizar la clientela que esmerarse en la perfección del producto o servicio a comercializar.

Estos elementos más una buena gerencia, producen una confianza en el sector financiero que es de gran importancia para el empresario adquirente en caso de traspaso del establecimiento comercio por enajenación, ya que en caso de ser requerido inyecciones de capital o solvencia de dinero, por la confianza que genera su negocio debido a los elementos anteriormente mencionado, será más probable la aprobación de créditos o financiación.

Existe también otros elementos de prestigio tales como:

- *Propiedad Industrial. (Formulas químicas).* Por propiedad industrial se puede denominar al conjunto de ideas y concepto, invenciones, diseños industriales y marcas, que componen una empresa o establecimiento comercial. Este tipo de activos intangibles son en gran medida los de mayor importancia, pues gracias a ellos también se da la acreditación de la empresa, debido a que con estos se crean productos particulares o diferentes en el mercado que los hacen atractivos o necesarios para los clientes.

- *Imagen Corporativa del Establecimiento* (NOMBRE, SERVICIO, ENSEÑA, PRODUCTO). Tal como se venía diciendo anteriormente, la imagen corporativa de un negocio entendida la misma como la concepción del público y los consumidores sobre el producto o sobre el servicio prestado por la empresa, se edifica con base en muchos de los atributos antes expresados, generando estos que el margen de utilidades y la demanda de los productos de la empresa suban, si en el conglomerado social o comercial se tiene una buena imagen corporativa.

El fomento o difusión de la imagen corporativa se llevará a cabo con ayuda de los diferentes medios masivos de comunicación, que el área de relaciones públicas considere pertinentes o

útiles para llegar al consumidor, sobre todo a aquellos grupos poblacionales a los cuales va enfocado su producto, si el mismo está centrado en una escala generacional determinada.

Podría también decirse que la imagen corporativa a su vez se compone de unos sub elementos, tales como lo son:

- Isotipo, considerado como la parte icónica más fácilmente reconocible en el diseño de una marca
- Monograma, entendido como el símbolo formado por letras y cifras entrelazadas.
- Logotipo que es elemento gráfico, generalmente lingüístico, que identifica a una persona o empresa.
- Nombre, eslogan; frase identificadora en un contexto comercial o político.
- Emblema; La imagen con enigma acompañada de una leyenda o frase.
- Y por último el Pictograma; signo que representa un símbolo, objeto o figura.

(Definición de Imagen Corporativa ,2014)

Se tienen entonces así los elementos que grosso modo pueden conformar el bien intangible del Good Will, para cuya tasación resulta necesario que las erogaciones de los mismos sean identificables y sean de relevancia para conformar el intangible desarrollado, pues de lo contrario los mismos no pueden ser tasados o determinados y terminaran siendo constituidos como costos o gastos de la empresa y no como valores del intangibles.

Como último tópico de este bien, se pueden de igual manera hacer referencias a las Futuras ganancias en exceso y valoración anticipada de la potencialidad del negocio, que durante mucho tiempo fueron consideradas como bienes intangibles que se podían tasar e inscribir en los libros de comercio, más sin embargo dicha concepción de tasación de intangibles fue taxativamente

cambiada por uno de los entes de vigilancia adscrito al estado y encargado de la revisión financiera de la Unidades de explotación del comercio colombiano.

La entidad referida es la Superintendencia Financiera, quien es la encargada de velar por la solvencia, disciplina y supervisión del Sistema Financiero de Colombia, quienes en su Circular Externa No. 003 de 2002, nos da un acercamiento frente a la consideración o tabulación de los intangibles, tales como el good Will que para la parte financiera y profesionales de la contaduría es denominada Crédito Mercantil Formado y del cual conceptuaron lo siguiente:

De tal manera, no podrán registrarse como créditos mercantiles, activos intangibles que correspondan a la estimación de futuras ganancias en exceso de lo normal, o a la estimación de la valoración anticipada de la potencialidad del negocio, sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas para el caso de los créditos mercantiles adquiridos.
(Superintendencia Financiera de Colombia, 2002)

A partir de este momento, la cuantificación de intangibles en las entidades de financiación se constituyó como un proceso en el cual si su categoría se trata de aquellos de creación interna, producto del esfuerzo, dedicación y gestión del empresario, esta debe demostrar o probar las erogaciones en las que en efecto se incurrió para su creación.

Ya habiéndose culminado el estudio de este intangible y sus elementos constitutivos de tasación, es necesario proceder a estudiar o determinar el segundo bien que compone la prima comercial.

4.3.2.2.2 *Know How*. Este bien intangible tal como se precisó en el segundo capítulo de esta investigación, corresponde a los secretos, técnicas, conocimientos, políticas o prácticas que desarrolla una empresa en el ejercicio de su actividad económica organizada, que hace sus

procesos más eficientes, prácticos o de mejor calidad y que por ende los distingue entre las demás empresas y productos. De manera organizada sus elementos compositivos o características principales que lo integran son:

- *En el sector técnico industrial:*

- Procedimientos de fabricación. Entiéndase por este sub elemento como los procesos por medio de los cuales se modifica la materia bruta necesitada para un bien y se convierte en un elemento maleable con el cual se pueda desarrollar la fabricación de un producto. Usualmente los procesos por medio de los cuales se desarrolla la fabricación de un bien, determinan la calidad que el mismo va a tener o sus características particulares, situación que marca la primera pauta de diferenciación y reconocimiento que va a tener a tener el producto en el mercado.

En muchos casos las técnicas o tecnologías utilizadas en los procedimientos de fabricación, también determinan la eficiencia de la materia bruta utilizada y con ellos la economía misma de la empresa, haciendo que los productos sean fabricados a menor costo.

- Reparación o montaje. Algunas empresas tales como las del sector automotriz, en la prestación de sus servicios tiene incluidos la reparación de los productos que venden, pues consideran que este ramo constituye al igual que la venta una parte lucrativa, debido a que con la prestación de dicho servicio acaparan gran parte de dicho ramo automotriz.

Sobra decir que los anteriores procesos están unidos o van de la mano con una buena atención a los clientes por parte del factor humano de la empresa, pues de ella depende la fidelidad y los vínculos que se establecen con cada cliente.

- Pruebas a punto de un producto. Este es la parte final de la cadena de comercialización en donde se da la entrega del producto, nuevos o una vez efectuada la reparación correspondiente,

con la cual se evidencia la calidad del trabajo prestado o la calidad del producto que se va a entregar al cliente.

Su verificación se efectuará dependiendo del proceso productivo desarrollado y el bien que se comercialice, por lo cual en muchas empresas se destina a un gestor de calidad o sujeto especializado en verificar solamente dicha condición óptima de entrega.

- *Ámbito Comercial:*

- Listado de Clientes. Los clientes son aquellas personas que con frecuencia consumen y compran un producto, determinando un papel importante en la empresa cuando la misma ha establecido con ellos una relación personal y no solo comercial, que los ha hecho fieles a la marca o al producto. Este tipo de relaciones personalizadas son las que se desarrollan cuando se comienza a aplicar una estrategia de Marketing One to One, en donde se analizan las necesidades del consumidor y con ellos sus intereses, ofreciendo producto no solo de calidad si no personalizados.

A pesar que este tipo de relaciones no son fácilmente transferidas en caso de cesión o enajenación del establecimiento comercial, cuando la marca se ha posicionado en el mercado, se logra que los clientes por tendencia sigan el producto, siempre y cuando las condiciones de fabricación, venta, suministro y atención sean mantenidas.

- Listado Proveedores. Los listados de proveedores son indispensables en las etapas de fabricación o suministros, ya bien sea de servicios o productos, pues gracias a estos es que se logra desarrollar la actividad económica, siendo ellos quienes proveen las materias primas y los elementos u objetos necesarios.

- Listado de Cálculo de Precios. La tarificación de los precios en una empresa es crucial en el funcionamiento y venta de sus productos, pues el precio se determina con base en los montos o

valores de producción (mano de obra, materia prima, tercerización del servicio, aranceles, entre otros), los gastos relativos a su distribución y por último el margen de ganancia que se deben aplicar a cada uno. El valor que se le imprime a cada producto es de suma importancia pues de este depende la aceptación del cliente, que debe ir acorde a la calidad y el tipo de producto.

- *Organización interna.* Por último, este sub elemento se centra más que todo en el factor humano con el cual se ejecutan las actividades de la empresa, pues su buen funcionamiento y cohesión hace que se desarrollen con efectividad los procesos, siendo meritorio revisar en este ítem las siguiente interacciones entre los sujetos que componen la empresa:

- *Relación entre el personal de la empresa.* Las buenas relaciones con el personal de la empresa hacen que la estabilidad laboral de estos sea mayor y con ello que la experiencia o las capacidades de los mismos se inviertan en pro del avance de la entidad y perduren durante el tiempo.

Estas buenas relaciones se pueden desarrollar con diferentes actividades o políticas internas, entendiendo y valorando las cualidades o intereses propios del trabajador, para que estos sientan que pertenecen a la empresa como una sociedad de personas que se apoyan entre sí para obtener beneficios mutuos. Este tipo de elementos al momento de la transferencia del establecimiento comercial pueden generar un beneficio para el adquirente, pues la capacitación e incorporación de nuevo personal, hará que los procesos productivos desmejoren o se den a menor ritmo que el anterior, en tanto se logra la adquisición de experiencia por el nuevo personal contratado.

Así es como finalmente se logra tener una definición más precisa de los elementos que comprenden los dos activos intangibles que a su vez determinan la prima comercial, cuyo valor dependerá de la cohesión y buena interacción de estos bienes, pero antes de esto es preciso

revisar un último concepto que ayudara a enfocar con más claridad la catalogación que se le dio al objeto de la presente investigación.

4.3.3 Plusvalía y activos intangibles. Ya para finalizar este capítulo y como resultado de esta investigación, con la finalidad de ilustrar al lector con relación a la forma en la cual se concibe la prima comercial, es imperioso revisar que se entiende por el concepto de plusvalía, sus elementos y las razones por las cuales se considera que el objeto de este trabajo se enmarca dentro de dicha definición, a pesar de en principio haberse considerado como un activo intangible, dado que una vez estudiados los elementos para que un intangible sea considerado como un activo intangible, estos no fueron identificables en la prima comercial, como se demuestra a continuación.

Tal como se expresó en el desarrollo de este último capítulo y con las precisiones conceptuales efectuadas a lo largo de este trabajo, que fueron fundamentadas en la precaria normatividad del sistema jurídico colombiano y la dogmática o literatura emitida por juristas letrados en el tema, la prima comercial se puede definir como un valor adicional, como un mayor valor que se reconoce al gestor de la empresa y que tal como se sustentó a lo largo de esta investigación se compone de dos activos intangibles, los cuales también fueron tratados y desarrollados, reuniendo estos una serie de sub elementos o criterios que su funcionamiento en bloque distinguen o dan un mayor valor a la entidad.

Desde ese punto de vista lo primero que se debe entrar a analizar es si la prima comercial como el resultado de una composición de activos intangibles, es de esta misma naturaleza, para lo cual es imperioso recapitular brevemente los conceptos estudiados líneas arriba, siendo lo primero precisar, si esta contiene en su concepción la calidad de ser un activo, que en principio

sería posible afirmar, debido a que siendo el resultado de la sumatoria de unos activos intangibles, puede llegar a contribuir con un flujo de efectivo a la empresa, pudiéndose cuantificar o medir, haciendo que dichas utilidades retornen o más bien sumen al capital de la entidad.

No obstante el anterior presupuesto se erige como un argumento con algunos puntos de quiebre, pues en casos específicos la prima comercial puede llegar a ser más que la sumatoria de valores de intangibles, incluyéndose en dichos montos un valor adicional tal como se deriva de su concepto, encontrándose así en dichas circunstancias un obstáculo para definirse como un activo, debido a que siendo un valor adicional que se edifica sobre valores ciertos, se pone en duda su fácil o veraz determinación, pero en aras de no llegar a conclusiones apresuradas, es necesario revisar los demás elementos.

Se exige igualmente por la normativa respecto de activos intangibles, que puedan ser enajenados de forma aislada o individual, en donde encontramos una brecha mucho mayor con el concepto jurídico objeto de estudio, dado que la prima comercial entendida como una resultado de activos intangibles desarrollados o bien sea como un valor agregado a esa sumatoria, no podría llegar a ser enajenada de forma aislada, teniendo que ser transmitida en bloque con su nicho o razón de origen, quedando así claro que el concepto objeto de análisis de este trabajo no puede entenderse como un activo intangible, dejando pendiente definir su naturaleza o razón de ser.

Para este caso vuelve a ser de gran aporte la NIIF para las PYMES objeto de amplio estudio en este último capítulo, en donde se establece que la identificabilidad de un activo intangible es determinante para poder diferenciarlo de una plusvalía, estableciendo que aquellos bienes que no contengan los elementos para ser catalogados como tal serán asimilados como una plusvalía,

concepto en el cual a criterio de esta investigación se enmarca la prima comercial, razón por lo cual se procede a desarrollar esta figura.

De forma somera la plusvalía puede entenderse como un valor adicional, agregado o mayor que adquiere un bien como producto de condiciones externas a su naturaleza, que dan incremento al valor inicialmente otorgado, que fuera tasado a partir de los costos derivados de la materia de producción, la mano de obra y los procesos para su transformación. Dentro de otras acepciones enfocándose más en la parte contable, se encuentra lo referido por la NIIF para las PYMES, que en su parte final identifica a la plusvalía como los “Beneficios económicos futuros procedentes de activos que no han podido ser identificados individualmente y reconocidos por separado” (NIIF para la PYMES, 2016. p. 266).

Uno de los únicos apartados que se pueden encontrar en la norma en comento, es el relativo a la Sección 19, intitulado Combinación de Negocios y Plusvalía, capítulo en el cual se establece la plusvalía que se puede derivar de una combinación de negocios, entrando en primera medida a definir qué se entiende por la última figura mencionada, el ámbito contable de los activos, pasivos y pasivos contingentes, que debe tener en cuenta el adquirente con respecto a los bienes que adiciona a su patrimonio.

Estipula también la forma de cuantificar la plusvalía en estos casos, estableciendo que esta se determinará restando al costo de adquisición menos la amortización acumulada y sus pérdidas por deterioro del valor acumulado, que en palabras de la normativa estudiada reza:

Después del reconocimiento inicial, la entidad adquirente deberá medir la plusvalía adquirida en una combinación de negocios por el costo menos la amortización acumulada y las pérdidas por deterioro del valor acumuladas: (a) una entidad seguirá los principios establecidos en los párrafos 18.19 a 18.24 para la amortización de la plusvalía. Si la vida

útil de la plusvalía no puede establecerse con fiabilidad se determinará sobre la base de la mejor estimación de la gerencia y no excederá de diez años. (b) una entidad seguirá la Sección 27 Deterioro del Valor de los Activos para el reconocimiento y medición del deterioro del valor de la plusvalía (NIIF para la PYMES, 2016. p. 120).

De igual forma y como sustento de las razones por las cuales se afirma que la prima comercial se erige como una plusvalía y no como un activo intangible, es un apartado normativo en el cual se resalta que la plusvalía por sí sola no puede venderse, ni cuantificarse o tasarse, dado a que su valor y contenido esta intrínsecamente ligado a los bienes de los cuales se origina o a la productividad a futuro que pueden generar la sinergia de algunos activos intangibles, caso que fue el objeto de análisis principal de ese trabajo.

Se puede vislumbrar finalmente que la prima comercial, se erige como la sumatoria de un conjunto de activos de naturaleza intangible, tal como se había afirmado durante el desarrollo de este capítulo, de la sumatoria o cohesión del Good Will y Know How, valores o totales respecto de los cuales puede llegar a surgir además de ello una plusvalía o un mayor valor, producto del reconocimiento al esfuerzo del empresario, quien a lo largo del tiempo fue consolidando un reconocimiento de su empresa tanto en la clientela como en la competencia, quien asegura que con el trabajo mancomunado de todos los elementos de la empresa, el seguimiento de unas políticas operativas y productivas preestablecidas, como en general el funcionamiento en sinergia de los bienes de la misma, en caso de enajenación del establecimiento comercial, esta pueda mantenerse a futuro en su nivel productivo, de ventas y reconocimiento comercial con el que se trasmite.

De esta forma se tiene que, para la determinación o la cuantificación de la prima comercial, se partirá del valor cierto producto de la sumatoria total de los activos desarrollados, tal como se puede evidenciar en la formula plasmada:

$$\underline{V.G.W + V.K.H = V.T.I.C.P.C}$$

Valor Neto del Good Will

Valor Neto del Know How

Valor Total de los Intangibles

Constitutivos de Prima Comercial.

Monto total al que se podrá aplicar como se ha sustentado, un valor adicional que en primer lugar podrá obedecer al reconocimiento que se le da al empresario por el tiempo de gestión y formación de la empresa o el valor resultado de la tasación a futuro sobre el margen de utilidades que garantiza el enajenante al adquirente tendrá la empresa, toda vez que se sigan con las políticas, personal y en general, con el esquema empresarial, que en su administración generaba un eficiente sinergia de los activos tangibles e intangibles transmitidos.

5. Conclusiones

En un mundo tan competitivo como el actual, las empresas están obligadas a crear nuevos productos o emprender nuevos procesos y ello exige grandes esfuerzos de investigación y desarrollo, así como la utilización de signos distintivos para diferenciar de la competencia sus actividades de producción o de prestación de servicios en el mercado (Rincón Cuellar. 1999) logrando acreditar o posicionar un establecimiento frente a la sociedad y en el sector financiero en el que se encuentra, dando lugar a lo que se denomina como prima comercial.

Un establecimiento de comercio además de los elementos materiales, también está conformado por intangibles que representan un valor y que por su inmaterialidad son difícilmente identificables, en lo relativo a que son aquellos procesos que garantizan el buen funcionamiento del negocio, los modelos de utilidad manejados por la organización empresarial para posicionar y acreditar cualquier establecimiento, se entiende que la gestión empresarial que ha realizado el comerciante es tan buena que ha asegurado que el Good Will se haya afianzado en el consumidor, y el Know How en la competencia leal con otros comerciantes del mismo sector económico, porque lo que se vende es la experiencia, un camino y un recorrido en el comercio, y una serie de sub - elementos que conforman a cada intangible y que en conjunto integran la prima comercial.

Entre los diversos elementos que se conjugan para determinar la prima comercial, cabe destacar, según los aportes dados por la Superintendencia de Industria y comercio y la Corte suprema de Justicia, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorporeales, tales como la propiedad industrial, formulas químicas, procesos técnicos, la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la

mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero, reunidos en dos amplios intangibles como lo son el Good will y el Know How.

Si bien el Good will constituye un intangible del establecimiento cuya tasación económica presenta ciertas dificultades, no por ello se calcula con base en creencias subjetivas, sino que existen elementos técnicos para determinarla, los cuales deben considerarse, tales como los derechos de la propiedad industrial, el nivel de preferencia que tienen entre los consumidores, la marca, la imagen y demás signos distintivos que emplea el empresario; que repercuten igualmente en la valoración de la fama comercial, los indicadores de buen servicio tanto de venta como de posventa, su significativa participación en el mercado y el buen crédito ante el sistema financiero, la ubicación en el mercado, la experiencia, la calidad de la mercancía o servicio y a su vez la confianza generada por la buena gerencia en el sector financiero frente al consumidor.

Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia al decidir una controversia, cuando afirmó que su valoración obedecía a criterios objetivos nítidamente mensurables, donde hizo referencia al Good will como “ el buen nombre, prestigio que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona.

Teniendo en cuenta que el derecho requiere cierto grado de certeza jurídica, y no es posible compilar toda una realidad social en un código, debido al constante dinamismo de la sociedad, existe la posibilidad de constituir costumbres comerciales en razón a la reiterada realización de

una práctica comercial, su uniformidad y publicidad, es dable afirmar, que si bien las prácticas constitutivas de costumbres quedan como todas las normas, inscritas en el ordenamiento jurídico, estas tendrán una vigencia determinada para su certificación, es decir, que al cabo de unos años deberá revisarse la permanencia de las mismas, teniendo en cuenta que la Costumbre Mercantil se mueve alrededor de conceptos de actividad e interés empresarial, entorno y contexto legal, en los que algunas de sus áreas funciona armónicamente y en otras no tanto, porque como se dijo, están en continuo proceso de cambio y ajustes a la realidad social.

Es por este motivo que a pesar de que el tema de la prima comercial se ha desarrollado en algunas ciudades constituyéndose como costumbre comercial, en otras ha entrado en desuso, y debido al poco estudio y conocimiento a profundidad las personas desconocen algunos derechos y precisamente el tema de los criterios para su reconocimiento y estimación económica difícilmente se ha tratado, sin embargo en el proyecto se alcanzaron a identificar algunos presupuestos para tener en cuenta tanto en el reconocimiento de la prima como en una posible valoración económica al momento de cobrarse en la venta o cesión de un establecimiento de comercio.

En el ámbito internacional en países como Italia, Francia, Alemania y España, dentro de los elementos constitutivos del establecimiento, es de especial importancia un elemento inmaterial como lo es el aviamiento, denominado así en el derecho internacional, factor que permite al empresario lograr un buen posicionamiento en el mercado, incrementando el volumen de sus negocios, este buen nombre es el resultado de la combinación de la organización del trabajo humano, unida a los elementos materiales e inmateriales que constituyen la empresa.

El valor del aviamiento será mayor en la medida en que provenga más del establecimiento mismo que del empresario, por consiguiente, en caso de enajenación del establecimiento, se

sobreentiende que el valor del aviamiento debe estar incluido dentro del valor total de la venta o el precio de ésta, se determinará como en toda compraventa, por acuerdo entre las partes, toda vez que en el caso de venta o cesión de un negocio, lleva implícito el conjunto de todos los elementos que lo conforman (incluido el buen nombre) y la organización que le ha dado el empresario; por lo tanto, lo que se vende o arrienda no es cada uno de sus distintos elementos, sino el conjunto de todos ellos.

Cuando existe una cesión del establecimiento comercial por cualquier clase de contrato, el vendedor, técnicamente no cobra prima, sino que ella está constituida como valor de aviamiento y se enmarca dentro del precio pactado por el objeto comercial.

A su vez el arrendador, a quien la ley le impone, aun contra su voluntad, el respeto a la cesión del establecimiento, por ejercer el derecho de dominio sobre el inmueble carece de toda posibilidad de cobrar prima bajo la figura de aviamiento, acreditación o buen nombre, pues sería un elemento ajeno a su patrimonio y perteneciente exclusivamente al propietario del negocio.

En ese orden de ideas, respecto del estudio realizado en la última parte del proyecto, fue posible precisar la definición de un activo intangible en virtud de la Norma de Información Internacional Financiera (NIIF) para las PYMES y la Norma Internacional para la Contabilidad No.38 (NIC 38), además de configurar en su concepto los elementos de todo activo como “Ser un bien potencial para contribuir a los flujos de efectivo de la entidad, que puede ser medido con fiabilidad y cuya producción de utilidades deben retornar a la misma” y a su vez debe “ser determinable o identificable, sin carácter monetario, que puedan ser separados o transmitidos de forma aislada y que aunado a lo anterior tengan una característica muy particular, surgir de un contrato o de derechos legales reconocidos” elementos frente a los cuales se revisó la naturaleza misma de la prima comercial, los cuales a pesar de su intangibilidad pueden ser apreciados como

activos que brinden a la empresa un aporte económico a futuro con una proyección estimada de su productividad.

Por consiguiente, tal como se argumentó a lo largo esta investigación, la prima comercial se deviene de la sumatoria de dos activos intangibles: el good will y el know How, conceptos que a su vez comprenden sub elementos que son objetos de tasación y valoración económica ya mencionados en líneas atrás, que para para ser demostrados y cuantificados de forma veraz, el empresario debe poder demostrar las erogaciones que fueron necesarias para su formación y es allí en donde surge la importancia del reconocimiento de las etapas de creación de un activo, tales como lo son la etapa investigativa y la de desarrollo.

Se concibe entonces que los activos intangibles y su valoración económica se edifican acorde con la normativa contable en la etapa de desarrollo, pues es desde esta que se puede edificar dicho bien, cuya tasación también estará sujeta a la potencialidad de producción a futuro, cuya estimación podrá efectuarse mediante técnica de valoración con utilización de datos del mercado, tales como expectativas de rentabilidad y los riesgos inherentes al activo o de igual forma tabulando la productividad monetaria de su aplicación práctica y la reducción o ahorros de costos que pueda generar su implementación.

Siguiendo esa misma línea argumentativa y dado aplicación práctica a la teoría esbozada, se devela que la prima comercial se constituye no como un activo intangible si no como una plusvalía, entendida esta como aquel mayor valor o valor adicional que se reconoce a los empresarios por la enajenación en bloque de los activos intangibles (el Good Will y Know How), de los cual se derivara una estrategia técnica-económica para el adquirente, pues con dicha enajenación se está dando una garantía sobre la productividad de la empresa y con ellos del flujo de ganancias que se estaban desarrollando.

Se comprobó que efectivamente el reconocimiento de la prima comercial en venta y cesión de establecimientos de comercio se encuentra reconocida actualmente en las Ciudades de Villavicencio, Armenia, Quindío y Cali, sin embargo, debido a la ambigüedad de esta práctica existe una inseguridad jurídica y un desequilibrio económico en el reconocimiento de la misma, debido a que en aquellos municipios o ciudades en las cuales se reconoce, se determina con base en factores subjetivos tales como el mutuo consenso entre las partes o el deseo del conglomerado de comerciantes de ser reconocida, sin establecerse con claridad que elementos o aspecto vinculantes puedan servir para su tasación y acreditación.

Claramente al existir un dinamismo social, se generan diversos cambios en el pensamiento y desarrollo de la economía y del sistema financiero que predomina en el país, la expedición de nuevas normas, decretos y reglamentos relacionado directamente con la globalización y revolución en el presente siglo, pero la transformación que ha generado las nuevas tecnologías, dan lugar a que nuevamente exista una acogida y desarrollo de lo que se ha dejado a un lado y ha perdido su carácter especial, en lo referente al reconocimiento de la prima comercial en la venta o cesión de establecimientos de comercio, aunado que a partir de la llamada globalización se ha tenido un significativo impacto en la industria de la tecnología, transformando el comercio, la empresa y los mercados, este incremento del avance tecnológico y de globalización ha cambiado las reglas del juego para las empresas y los países.

El punto esencial es que el desarrollo de éstas benefician en la mayoría de los casos a todo el mundo, por lo que juegan un papel gran importancia en el comercio internacional, ya que se utilizan para mejorar el dinamismo en las operaciones del comercio, así como también la creación de nuevos productos que permitan la integración económica de los países involucrados en la comercialización.

En mérito de lo expuesto lo ideal o el paso a seguir es que se creen campañas, programas de capacitaciones y asesorías para los comerciantes, dueños y propietarios de empresas o establecimientos de comercio, mediante las asociaciones, instituciones, federaciones, como por ejemplo Fenalco, entre otras, con el fin de hacer valer sus derechos y conocer los posibles límites frente a los valores solicitados por concepto de primas comerciales, y hasta qué punto es jurídicamente viable, las estimaciones económicas impuestas.

Referencias

- ABC de la Costumbre Mercantil*. (2017). *Bibliotecadigital.ccb.org.co*. Recuperado el 15 de Mayo 2017, en:
<http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/3320/El%20ABC%20de%20la%20costumbre%20mercantil.pdf?sequence=1>
- Alarcón, H. M. (s.f.). Análisis del Principio de Igualdad Ante la Doctrina y la Jurisprudencia Comparada. *Revista Jurídica de Derecho Público. Tomo 6. Facultad de Jurisprudencia y Ciencia Sociales y Politicas*.
- Araya Mata, J., & Jiménez Castillo, H. (2009). “*Aviamiento o Derecho de Llave: Conceptualización y Análisis Práctico en el Sistema Costarricense*.”. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Área de Investigación. Disponible en:
<http://iiij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/TESIS-AVIAMIENTO-O-DERECHO-DE-LLAVE.pdf>
- Broseta Pont, M. (1994). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, España, Editorial Tecnos, S. A., Décima edición, 1994, 103-104 p.
- Camara de Comercio Cali, Costumbre Mercantil*. (2017). Recuperado el 15 de mayo de 2017, en:
<http://www.ccc.org.co/programas-y-servicios-empresariales/costumbre-mercantil/de-que-se-trata-el-servicio/>
- Cámara de Comercio de Armenia y Quindío*. Recuperado el 15 de mayo de 2017 en:
<http://www.camaraarmenia.org.co/contenido-index-id-287.htm>
- Cámara de comercio de Medellín para Antioquia. (2014). *Costumbre Mercantil en la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. 114 años de Historia* (pp. 79, 100, 102, 104,

- 108, 111, 114, 122). Medellín: Tragaluz editores S.A.S. Recuperado a partir de http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2014/Foro%20del%20jurista_2014.pdf
- Carbonell B.A. (1992). *La Nueva Constitución Política ¿Mejor, o peor que la de 1886?*, Bogotá D.C. 1992. Universidad la Gran Colombia.
- Carnelutti citado por Ferrara, (1950). *Teoría Jurídica de la Hacienda Mercantil*. Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1950, 125.p
- Castro de Cifuentes, M. (2013) *Derecho Comercial, Actos de Comercio, Empresas, Comerciantes y Empresarios*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Código de Comercio Colombiano. Decreto 410 de 1971. Artículos 25 y ss. 16 de junio de 1971 (Colombia).
- Congreso de Colombia. (21 de enero de 1961) Reorgánica del Impuesto sobre la Renta. [Ley 81 de 1960]. DO: 30.422
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación número: 876. Bogotá, D.C. 1996. Consejero ponente: Roberto Suarez Franco. Bogotá (1996).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá (2011).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Número: 25000-23-24-000-2010-00757-01(AP- 057). 2012. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá (2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 1992. Magistrados Ponentes: Ciro Angarita Baron y Alejandro Martinez Caballero

Corte Suprema de Justicia, sala casación laboral. (23 de Agosto de 2010) 2010-01309-00
(M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

Corte Suprema de Justicia, sala casación laboral. (23 DE Agosto de 2010) 2010-01309-00
(M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

Definición ABC. (27, 08,2017). Imagen Corporativa. Recuperado de
<https://www.definicionabc.com/comunicacion/imagen-corporativa.php>.

Delgado Ruiz, S., & Santiago, D. (2001). *La Certificación de la Costumbre Mercantil en la Cámara en la Jurisdicción de la Cámara de Comercio de Tunja*. Universidad Santo Tomás, seccional de Tunja. Recuperado el 27 de mayo de 2017 en:
<http://file:///D:/Users/Usuario/Downloads/731-2006-1-PB.pdf>

Espinosa Quintero, Leonardo. (2008). Introducción al Derecho Mercantil. Recuperado de
<https://www.linio.com.co/p/introduccio-n-al-derecho-mercantil-leonardo-espinosa-quintero-qb4yqe>.

Espinosa Quintero, Leonardo. (2008). Introducción al Derecho Mercantil. Recuperado de
<https://www.linio.com.co/p/introduccio-n-al-derecho-mercantil-leonardo-espinosa-quintero-qb4yqe>.

Ferrara, F. (1950). Teoría Jurídica de la hacienda mercantil. Madrid, España, Editorial
Revista de Derecho Privado, 124.p

<file:///D:/Users/Usuario/Downloads/3585-12820-1-PB.pdf>

García Bautista, H. N. (2016). *La Costumbre Mercantil en Colombia como Fuente del Derecho: Un Estudio Sobre Teoría, Practica y Uso a Través de la Jurisprudencia y la Doctrina* (Tesis Pregrado). Recuperado de
<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/LA%20COSTUMBRE%2>

0MERCANTIL%20EN%20COLOMBIA%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERECHO%20(DEFINITIVO).pdf.

Guillien, R. Vincent, J. (1995) Diccionario Jurídico. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Grupo de Investigación en Desarrollo, Justicia y Participación Ciudadana Servicios

Regístrales, Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Cartagena.

(2013). *Manual de Costumbre Mercantil Segmentos Inmobiliario y Hotelero*.

Cartagena de Indias. Recuperado a partir de:

http://www.cccartagena.org.co/sites/default/files/20130301035514_c_manual-de-costumbre-mercantil.pdf

Rincon Cuella, L. F. (1999). Los Derechos de Exclusividad Concedidos Por Las Nuevas Creaciones De La Propiedad Industrial y El Derecho De La Competencia. Consultado

el día 11 de Noviembre de 2017 de:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS14.pdf>

International Accounting Standars Board (IASB). (1 de Mayo de 2015) Norma Internacional de Información para las PYMES.

DO:file:///C:/Users/MALU/Downloads/Norma%20Internacional%20de%20Informaci%C3%B3n%20Financiera%20para%20PYMES_2016%20(4).pdf.

International Accounting Standars Board (IASB). (31 de Marzo de 2004) Norma Internacional Contable No. 38.

DO:<http://www.normasinternacionalesdecontabilidad.es/nic/pdf/NIC38.pdf>.

La Costumbre Mercantil en Colombia. (2010). Recuperado el 20 de mayo de 2017 en:

<http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/3878/erika%20liseth%20vargas%20gomez.pdf?sequence=1>

- Lobo, D. E. (2003). *Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Administrativa*.
- López, J. G. (2009). *La Reforma a la Ley de la Expropiación*. Encontrado en: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/67/74-11.pdf>
- Marín Vélez, G. (2002). Valoración Jurídica de la Prima Comercial. *Foro Del Jurista*, (11), 10-15. Disponible en: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1291/1528>
- Narváez García, J. (2002). *Derecho Mercantil Colombiano: La Empresa y el Establecimiento* (1st ed., p. 113). Bogotá: Legis.
- Narváez García, J., Narváez Bonnet, J., & Narváez Bonnet, O. (2008) *Derecho de la Empresa* (1st ed., p. 173). Bogotá: Legis.
- Narváez García, J.I. (1990) *Introducción al Derecho Mercantil*. 6° ED. Bogotá, Colombia: Bonnet & CIA.
- NIC 38 *Activos Intangibles*. (2012). Recuperado el 04 de mayo de 2017, de <http://www.ifrs.org/IFRSs/Documents/Spanish%20IAS%20and%20IFRSs%20PDFs%202012/IAS%2038.pdf>
- Nieto Nieto, N., & Parra Cruz, M. (2011). *Derechos del arrendatario de local comercial y propiedad privada. un análisis de la protección al empresario desde el código de comercio de 1971*(pp. 3-20). Recuperado a partir de [http://file:///D:/Users/Usuario/Downloads/11391-35021-1-PB%20\(8\).pdf](http://file:///D:/Users/Usuario/Downloads/11391-35021-1-PB%20(8).pdf)
- Payan Rodríguez, C. (2011). Secreto empresarial, vigencia como mecanismo de protección en la propiedad intelectual. *Revista Del Departamento De La Propiedad Intelectual*.

Universidad Externado De Colombia. Recuperado a partir de

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3006/3656>

Pinzón, G. (1985) *Introducción al Derecho Comercial*. 3° ED. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Rama Ejecutiva de Colombia. (29 de diciembre de 1993) Por el cual se modifica el Plan Único de Cuentas para Comerciantes. [Decreto 2650 de 1993].

Rama Ejecutiva de Colombia. (30 de Marzo de 1998) Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuesto Nacionales. [Decreto 624 de 1989].

Red Uped, Unidad de Promoción de Empresa. (27, 08, 2017). Ubicación de la Empresa.

Recuperado de

http://www.redupe.es/index.php?option=com_content&view=article&id=11188&Itemid=312.

Rengifo García, E. (2013). El nombre comercial. *Revista Del Departamento De La Propiedad*

Intelectual, Universidad Externado de Colombia, pp. 187-203. Recuperado a partir de

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3585/3802>

Yordanka, A. (2007). LA MARCA: INCALCULABLE RIQUEZA. Consultado el día 9 de diciembre de 2017 del Centro de Información y Gestión Tecnológica de Santiago de Cuba: www.redalyc.org/articulo.oa?id=181320171006> ISSN 1027-2887

Rincón Cuellar, L. (1999). *Los derechos de exclusividad concedidos por las nuevas creaciones de la propiedad industrial y el derecho de la competencia* (Profesional). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. Recuperado el 10 de Junio de 2017 a partir de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS14.pdf>

Rocco, A. (1966). *Principios de Derecho Mercantil*. (1st ed., p238). México, D. F, Editorial Editora Nacional.

Sierra, J. E. (2004). *La Expropiación Administrativa-Judicial Excepcional-Sui Géneris*. Bogotá D.C Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

Superintendencia de Industria y Comercio. (8 de Septiembre de 2015) Concepto radicado 15-171648 –00001 -0000. (jefe de oficina jurídica William Durango)

Superintendencia de Industria y Comercio. Daño o deterioro del buen nombre o “Good Will”. Auto No. 3449 de 2005.

Superintendencia de Valores Republica de Colombia. (13, 02, 2002). Circular Externa No. 003 de 2002 [Jorge Gabriel Taboada Hoyos]

Superintendencia de Valores. (2014). *Boletín Jurídico* (p. www.supervalores.gov.co). Recuperado en: <http://www.supervalores.gov.co>

Superintendencia de sociedades 2013. Concepto n.º 220-027942 de 2013

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. REF. EXP. NO.: A.P.2005-0828. Magistrado Ponente: DR. Juan Carlos Garzón Martínez. Bogotá (2005)

Vargas Gómez, Erika Liseth. (2010). *La Costumbre Mercantil en Colombia* (Tesis de Posgrado- Especialización). Recuperado de <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/3878/erika%20liseth%20vargas%20gomez.pdf?sequence=1>.

Vélez, G. (2002). *Valoración Jurídica de la Prima Comercial*. *Revistas.udem.edu.co*. Recuperado el 10 de mayo de 2017, de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1291/1528>

Villavivencio, C. d. (2008). *Costumbre Mercantil*. Recuperado el 20 de mayo de 2017

en: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.ccv.org.co/site/fileadmin/user_upload/documentos/orp328_practica_constitutiva_de_costumbre_mercantil_iv.pdf&hl=en

Zak P. *El Principio de Transparencia en la Administración Pública*. Recuperado en:

<http://www.zak-icg.com/admin/material/archdestacado2.pdf>