

“Valoración jurídica de la prima comercial”

Gustavo Adolfo Marín Vélez*

* Abogado, Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho Inmobiliario, Universidad Pontificia Bolivariana. Docente de la Especialización en Derecho Inmobiliario, Universidad Pontificia Bolivariana. Docente de los cursos de Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho y Coordinador del Area de Derecho Privado, Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho, Universidad de Medellín. Miembro Comité Jurídico de Lonja Propiedad Raíz de Medellín. Perito Avaluador Inmobiliario, inscrito en el Registro Nacional de Avaluadores de FEDELONJAS. Arbitro y conciliador, certificado por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Arbitro y conciliador vinculado al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín. Asesor Jurídico de empresas del sector privado.

1. Enfoque temático

Durante largos años nuestra comunidad ha tenido conocimiento, bien directamente o “de oídas”, de la existencia de una práctica según la cual los comerciantes compran y venden un derecho intangible, genéricamente denominado “prima comercial”. Este concepto suele estar asociado al local comercial, entendido como unidad física susceptible de aprovecharse con una actividad mercantil; en otras ocasiones se le asocia al propio negocio comercial, caso en el cual la prima equivale al buen nombre o crédito de que goza el negocio; finalmente, se entiende por prima, el sobreprecio o bonificación que paga un comerciante para tener derecho a tomar en arrendamiento un local comercial que se encuentra desocupado.

Lo cierto es, que se trata de una práctica inveterada pero desprovista de una regulación normativa que permita entenderla como una verdadera institución comercial, que utilizada razonablemente dentro del comercio, posibilite adelantar diferentes transacciones mercantiles, sin la sombra de supuesta ilegalidad o ilicitud que ahora reviste este tipo de práctica.

Varios e insistentes esfuerzos de la Cámara de Comercio de Medellín, en procura de recoger, sistematizar y evaluar la información relacionada con esta práctica, para estudiar la procedencia de certificar la existencia de una típica costumbre mercantil, han arrojado como resultado una pobre, incoherente e inconsistente información, a todas luces insuficiente para fundamentar la certificación anotada.

Estas razones, aunadas a la muy precaria bibliografía existente sobre el tema, han conducido a que, prácticamente, la informalidad y la más absoluta clandestinidad, sean las características que con mayor relevancia, acompañan las operaciones o transacciones en las que su objeto sea ese aún vago concepto de “prima comercial”.

El presente trabajo pretende contribuir a una mejor y más completa conceptualización de la PRIMA COMERCIAL, buscando reivindicar su importancia y propender por una regulación legal de la misma.

2. La contratación mercantil

2.1. La internacionalización de la economía

Al respecto, conviene traer a colación las observaciones del investigador Luis Alberto Restrepo, consignadas en un artículo denominado “Hacia un nuevo orden mundial”, Revista

Análisis del Político N° 14, editada por la Universidad Nacional de Colombia en el año de 1991.

“...Al terminar los años ochenta, se derrumbó uno de los dos polos que habían definido el sistema internacional durante la segunda mitad del siglo XX. Las relaciones internacionales han quedado sin parámetros. El contexto global aparece desestructurado y fluido. Por el momento, las mayores responsabilidades internacionales se han redistribuido entre distintas combinaciones interestatales de algunas potencias industrializadas.

“La economía y la cultura van adquiriendo un nuevo peso frente a la ideología y las armas. Hacia el futuro, se dibuja un conjunto mundial fragmentado en bloques regionales que se van configurando al impulso de una creciente globalización. Se agravan las tensiones económicas entre el norte, por un lado, y el sur y el antiguo este socialista, por el otro. Se multiplican los conflictos étnicos y culturales y la descomposición social, tanto en el sur, como en el este. América Latina, relativamente marginada de la evolución económica mundial, aparece menos afectada por la nuevas fuentes de conflicto pero afronta, en cambio, una aguda crisis de descomposición social y delincuencia común”.

Se trata, entonces, de la existencia de macromercados mundiales establecidos sobre la base de sub mercados o bloques económicos ampliamente disputados en todos los campos. Esta situación modifica radicalmente el comportamiento de las fuerzas productivas de un país y obliga a sus gobiernos a adoptar medidas que posibiliten el encaje de la economía nacional con el conjunto económico mundial.

2.2 La apertura económica en Colombia

Hace algunos años Colombia decidió vincularse al proceso planetario de internacionalización de la economía, caracterizada por la disputa de los mercados a través de bloques regionales económicos. En este orden de ideas se ha tornado necesaria la apertura y modernización de nuestra economía de cara a esta nueva realidad mundial.

La apertura económica consiste, fundamentalmente, en abrir las puertas del mercado nacional a nuevos productos y servicios provenientes del extranjero, estableciéndose aranceles diferenciales según el tipo de producto o servicio negociado. Se procura incentivar la inversión extranjera en la economía colombiana, mejorándose la competitividad de nuestros productos.

En principio, fue criterio del gobierno abordar este complejo proceso en forma gradual o paulatina, con el propósito de no traumatizar gravemente las endebles estructuras

económicas del país. No obstante lo anterior, la fuerte presión política y económica de las superpotencias y especialmente de los Estados Unidos, obligaron a acelerar el proceso aperturista y de esta forma el país se vio precisado por la fuerza de las circunstancias a vivir en plena apertura económica.

La apertura ha significado el descalabro de algunos sectores económicos, tales como la agricultura, la industria textil y de autopartes. Así mismo, ha reportado beneficios para otros sectores económicos en los que la presencia de nuevos productos y servicios en el mercado, ha posibilitado la modernización infraestructural, el rediseño administrativo y en general la optimización del proceso productivo.

Hoy nadie discute que el país debe situarse a la altura de este momento económico mundial, a pesar de sus evidentes deficiencias en la obsolescencia de su aparato productivo, la deficiente red vial y portuaria y la falta de una cultura económica para la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios.

Es este el panorama económico nacional, creando nuevos espacios al capital extranjero, dinamizando el comercio y generando un remezón en las preferencias y gustos del consumidor, lo cual potencia la creación de nuevas empresas y estos factores son a su vez motivantes para valorar el tema de la prima comercial como una realidad del mercado, esa sí tangible en términos económicos.

El pequeño, mediano y grande empresario busca establecer, posicionar o ampliar su negocio, requiriendo para ello nuevos locales de trabajo o locales mejor ubicados, creando una franja de negocios sobre primas de locales y sobre empresas en marcha, hasta ahora desprovisto de rigor y profundidad desde el punto de vista de la técnica valuatoria.

2.3. La contratación mercantil en Colombia

Es evidente que las nuevas realidades económicas por las que atraviesa nuestro país, el continente y el mundo entero, son el resultado del desarrollo de la humanidad en sus más variados niveles e instancias. La internacionalización de la economía y de cara a ella nuestro proceso de apertura económica, han posibilitado el surgimiento de nuevas modalidades contractuales en la actividad comercial.

Leasing, Fiducia, Multipropiedad, Derecho de superficie, Titularización, Mercado secundario de hipotecas, Joine Venture, Franquicia Comercial, Concesión, Asociación, Consorcio, son claras expresiones de ese vertiginoso avance del comercio en general y en consecuencia, dichas posibilidades en el tráfico de bienes y servicios invaden todos los espacios de la vida privada del hombre moderno.

El devenir mercancía, presagiado por los economistas portavoces del pensamiento marxista es hoy una palmaria realidad. Todas las esferas de la vida personal están invadidas del concepto mercancía. Se hace necesario tomar un bus para dirigirse al lugar de trabajo y ello implica el pago de este servicio; necesitamos consumir alimentos, obviamente obtenibles a cambio de dinero; la madre lleva a su hijo al pediatra, a quien hay que remunerarle su fuerza de trabajo.

Es en este sentido que el devenir mercancía, imperante en la actualidad, viene marcando profundamente todas las prácticas sociales, los hábitos de consumo y hasta ciertas líneas de la conducta humana. El comercio mundial se dinamiza desconociendo su función en cuanto mejoradora de la calidad de vida de la población. Este avance incontrolado y sin fronteras, benéfico en algún sentido y perjudicial en otros, ha generado diferentes corrientes de opinión, matizadas por el afán de humanizar las relaciones comerciales entre los hombres y de los Estados entre sí. Al respecto, conviene recoger el planteamiento del jurista Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, quien expone:

“La nueva sociedad está caracterizada por la existencia de grandes centros urbanos que requieren ser abastecidos de inmensas cantidades de bienes y servicios. Allí irrumpe la gran empresa con un esquema negocial previamente definido y estandarizado.

“Frente a este esquema negocial se presenta el orden jurídico, con una regulación establecida para convenirlos, donde se supone que las partes llegaban en pie de igualdad con la misma fuerza contractual y donde todos los términos del negocio eran discutidos, comprendidos y aceptados por ambas partes. Se presenta por tanto una necesidad primordial en el mundo moderno para proteger al consumidor de los desequilibrios que le plantea el tráfico económico moderno, caracterizado por la estandarización y el anonimato de los tratos negociables”.¹

Estas reflexiones son, a nuestro juicio, suficientes para tomar partido por un comercio organizado y regulado adecuadamente por el estado. Es en este contexto económico y social en el que la prima comercial, crédito mercantil formado o “Good Will”, cobra importancia. El comerciante se resiste a estancarse ante las inmensas posibilidades que el nuevo mercado le ofrece. Las leyes de oferta y demanda que rigen nuestro proceso económico plantean incontables posibilidades de obtener un lucro lícito en el comercio; pero ese mero propósito no es la carta que autorice una gestión comercial despiadada e inhumana.

Desde esta óptica aspiramos a una sociedad en la que el comerciante obtenga utilidades pero aporte al desarrollo social; la compra y venta de empresas comerciales en marcha y de establecimientos de comercio, así como la cesión de locales comerciales para adelantar en ellos diversas actividades económicas, deben estar acompañados de esta premisa fundamental.

3. Nociones generales

3.1 Comerciante

Consagra el artículo 10 del Código de Comercio, al definir la categoría jurídica de comerciante, lo siguiente:

“Persona que habitualmente se dedica a una actividad mercantil”.

Esta noción, aparentemente clara, presenta en la actualidad grandes dificultades prácticas, dado que en la normatividad existente se ha consagrado el denominado acto mercantil mixto o por conexidad, según el cual una persona natural, no dedicada a una actividad mercantil puede ser vinculada a los efectos del código de comercio, si la otra parte es en realidad un comerciante. Así, un jubilado que adquiere su vivienda personal a una compañía inmobiliaria, estaría celebrando un acto mercantil, siéndole aplicable la normatividad contenida en el Código de Comercio, a pesar de que la adquisición de su vivienda es un verdadero acto civil no orientado a la producción de lucro económico.

Hoy se discute en los diferentes foros la conveniencia de un replanteamiento en la noción jurídica del concepto “Comerciante”, aspecto cuya clarificación tiene múltiples incidencias en el sistema jurídico colombiano. Por lo pronto, en este trabajo nos referiremos al comerciante

como la persona que habitualmente ejecuta alguna de las actividades que la propia ley define como mercantiles.

3.2 Acto mercantil

El Código de Comercio en su Artículo 20 procede a enunciar una relación de las actividades que para todos los efectos son consideradas como mercantiles. A este listado, de carácter meramente enunciativo, han de adicionarse las nuevas prácticas negociales y contractuales a que nos referimos anteriormente, adición que resulta lógica y jurídica dado el carácter meramente enunciativo de la norma. Es el provecho económico, el lucro, la ganancia o la utilidad, el fin último de la gestión comercial.

3.3 Establecimiento de comercio

La noción de establecimiento de Comercio, encuentra expresa regulación normativa en lo dispuesto en el artículo 515 de nuestro estatuto mercantil.

Esta disposición busca brindar claridad sobre la naturaleza y los diferentes elementos que componen el concepto. Por su singular importancia trataremos separadamente cada uno de los elementos que lo integran.

3.4 Elementos del establecimiento de comercio

3.4.1 Enseña o nombre comercial, marcas, productos y servicios

Este componente ha venido cobrando una inusitada importancia en la economía moderna, tanto a nivel nacional como internacional. Se trata de entender como propios del establecimiento de comercio un conjunto de intangibles que lo identifican y que constituyen justamente uno de sus más preciados patrimonios. Años atrás las operaciones sobre este tipo de bienes del establecimiento eran prácticamente desconocidas o descartadas. La protección que el legislador brindaba a dichas operaciones comerciales era mínima y solo a partir de los años 80 del presente siglo se aprecia decisión estatal para intervenir el tema mediante disposiciones de diferente orden.

Recientes informes de la Superintendencia de Industria y Comercio señalan el incremento en los registros de propiedad marcaría e industrial. Así lo expone el superintendente en un reciente informe de su gestión para la Revista Semana, con amplia circulación en Colombia:

“...En 1993 se publicaron 29.015 marcas solicitadas, mientras que en 1992 esa cifra fue de apenas 3.093. La tramitación de una patente se redujo de 60 meses en promedio a tan solo 24. De igual manera, el registro de una marca, que anteriormente requería una maratónica jornada de 40 meses, ahora se logra en 120 días. Esa ventaja ya empezó a ser aprovechada por los industriales: El año pasado solicitaron 13.270 registros de marca y más de 800 patentes industriales”.

Ahora encontramos una división de la Superintendencia de Industria y Comercio dedicada exclusivamente al manejo de la propiedad industrial y marcaría, dotada de los más modernos y sofisticados equipos para el procesamiento y conservación de la información.

3.4.2 Derechos sobre invenciones, creaciones industriales o artísticas

Iguals reflexiones a las expuestas en el numeral anterior (3.4.1.). En este sentido, viene incursionando en el tráfico comercial una modalidad de contratación denominada franquicia mercantil. En virtud de esta modalidad una marca, empresa o producto con alto posicionamiento en el mercado, es cedida por su propietario a otro comerciante para que éste pueda válidamente explotarla en condiciones previamente acordadas entre las partes. Se ha dicho que ésta será la línea comercial más demandada en un futuro muy próximo. Grandes y conocidos negocios funcionan hoy en el país bajo condiciones de toda legalidad utilizando esta modalidad contractual; tal es el caso de algunos establecimientos de “Presto”, “Dunkin Donuts”, “Tortas y tortas”, “Pastelería la Esmeralda”, “Pizza Hut”, “Taco Bell”, “Fast Signs”, para señalar algunas de ellas. En el campo de la hotelería la lista parece ser más profusa.

Lo cierto es que las franquicias comerciales constituyen una importante vía para oxigenar y ampliar las posibilidades de un mercado organizado, diversificando las alternativas del consumidor y mejorando indirectamente la calidad de vida de la población. Esta situación contrasta con la nula legislación existente para regular dicha modalidad conceptual, aspecto que crea naturales inquietudes en el inversionista, afectando la frecuencia en su uso. Sin embargo, la franquicia como práctica actual refleja la incesante búsqueda de nuevos mercados en el plano local, regional e internacional; así se expone en un informe especial publicado en la Revista Semana del 16 de Noviembre de 1993 que en su parte pertinente esboza:

“...El negocio es realmente sustancioso. El año pasado, las 540 mil franquicias que existen en Estados Unidos vendieron más de 758 mil millones de dólares. Es decir, casi 100 veces el total de las exportaciones colombianas en un año. Son tan importantes las franquicias en ese país que, según los analistas, sin ellas no hubiera sido posible el rápido crecimiento que tuvo la economía estadounidense después de la Segunda Guerra Mundial. Y nadie duda de que seguirá creciendo.”

3.4.3 Mercancías del almacén o en proceso de elaboración

Integran también el establecimiento comercial, las mercancías entendidas como producto terminado y las que se encuentren en proceso de elaboración. Se entiende que lo conforman por cuanto ellas son la razón de ser del negocio, sobre todo en aquellos casos en los que el objeto social sea la producción o transformación de materia prima.

3.4.4 El mobiliario y las instalaciones

El conjunto de maquinaria, equipos, muebles, escritorios, estanterías, herramientas, artículos de decoración y similares, son parte fundamental del negocio, dado que ellas existen para servir a su propietario y al personal vinculado al mismo. Es evidente que se requiere un conjunto de bienes o accesorios que permitan el cabal cumplimiento de la gestión comercial pretendida por el comerciante.

3.4.5 Contratos de arrendamiento y las indemnizaciones a que tenga derecho

Bien novedosa ha resultado la expresa consagración normativa de que el contrato de arrendamiento suscrito sobre el inmueble en el que funciona el negocio, sea parte integrante del mismo. De esta forma, cualquier transacción que implique la enajenación o traspaso del establecimiento comercial a un tercero, conllevará igualmente un traspaso o cesión del contrato de arrendamiento vigente, quedando el adquirente en legítima condición de arrendatario; obviamente, siempre que se haya dado cumplimiento a dos requisitos adicionales, siendo uno de ellos la notificación al arrendador de la venta del establecimiento de comercio a un tercero, indicando su nombre e identificación completa; y de otro lado, que dicha enajenación se encuentre contenida en un contrato escrito, debidamente inscrito ante la cámara de comercio correspondiente.

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 previenen los Artículos 518 al 524 (Inclusive) del Código de Comercio.

3.4.6 Derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial

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. Por tal razón, la normatividad jurídica mundial y en especial la colombiana, ha consagrado expeditos mecanismos jurídicos para contrarrestar los efectos nocivos de una competencia desleal. El comerciante moderno protege su fama comercial como su propia imagen y a ella está ligada muy frecuentemente. 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.

3.4.7. Derechos y obligaciones mercantiles derivadas de las actividades propias del establecimiento

La totalidad de los derechos emanados y derivados del establecimiento de comercio, tangibles o intangibles, 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.

3.5. Empresa

Normada en el artículo 25 del estatuto de los negocios, en esta definición legal es entendida como toda actividad económica para la producción, transformación o distribución de productos o para la prestación de servicios. El elemento central de la actividad comercial es la búsqueda de un lucro o provecho económico. El comerciante trabaja para ganar dinero y ello no es un delito. La sociedad moderna clama porque no solo esa sea la motivación del comerciante con su negocio, sino que además su gestión comercial contribuya de alguna manera a mejorar la calidad de vida de la población, siendo ese su real aporte a la sociedad. Obsérvese que es obvio que para la obtención de una utilidad debe desplegarse toda una actividad; es decir, para ganar se hace necesario trabajar. Ese trabajo es concebido por el legislador como "...La actividad económica para la producción, transformación o distribución de productos o para la prestación de servicios".

4. Concepto de prima comercial

4.1 Definición legal

A diferencia de otros países como México y España, nuestro ordenamiento jurídico no consagra ninguna conceptualización de la noción de prima comercial. Esta ausencia de normas ha generado profusas confusiones en cuanto a sus verdaderos alcances y la disputa de su obligatoriedad como derecho indemnizatorio en favor del arrendatario comerciante. No definido legalmente el concepto de prima comercial, se torna imperioso recurrir a los aportes de la doctrina y la jurisprudencia.

4.2. Regulación normativa

El artículo 521 del Código Mercantil consagra el derecho de preferencia en favor del comerciante arrendatario cuando el inmueble o local ha de ser demolido para la construcción de una obra nueva o debe ser sometido a reparaciones indispensables que requieran su previa desocupación. Establece la norma que el arrendatario tendrá derecho preferencial a ocupar el inmueble ya reparado o el resultante de la nueva construcción, sin necesidad de pagar sumas adicionales por concepto de prima o similares. Acá el legislador hace un tácito reconocimiento de un uso comercial consistente en las denominadas "Primas de

Colocación”, desarrolladas más adelante en el presente trabajo. De esta forma, el comerciante podrá ocupar nuevamente el inmueble a título de arrendamiento, si el propietario resuelve arrendarlo nuevamente, sin que exista la obligación legal del arrendatario de pagar prima alguna.

Salvo esta mera referencia, sin explicación lógica alguna, el legislador nacional no se ha preocupado por reglamentar esta clara realidad y práctica de nuestros comerciantes.

4.3. Aportes de la doctrina

4.3.1 “Es el precio que paga un comerciante por ingresar a un mercado competido”

En efecto, se negocian las primas para ocupar un local, por cuanto el comerciante aspira a posicionar adecuadamente su negocio. Se parte del supuesto de que un buen punto debe generar un buen movimiento comercial, en el que lógicamente podrá estar presente la competencia en la misma línea de bienes, productos o servicios.

4.3.2. “Es el crédito mercantil formado por un establecimiento de comercio”

Esa búsqueda de un lucro lícito, ese esfuerzo acumulado e ininterrumpido del comerciante, ese implementar adecuados sistemas de mercadeo y promoción, ese 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.

4.3.3. “Es el valor de la empresa en marcha, menos el valor de sus activos, previo el pago de pasivos”

Como un método para estimar el valor actual de una empresa en marcha, se ha considerado que éste corresponde a la liquidación (Venta) de todos sus activos tangibles (Bienes materiales), previo pago de los pasivos existentes, vencidos y por vencerse. De este método

nos ocuparemos más adelante. Bajo esta conceptualización el valor de la empresa sería la resultante de vender lo que se tiene, pagar las deudas, emergiendo un valor residual considerado como prima.

4.3.4. “Es el crédito mercantil de un negocio de comercio cuyo factor fundamental de renta está relacionado con la tenencia temporal del inmueble en donde funciona”

Bajo este enfoque la prima corresponde no propiamente al tipo de negocio que funciona en el local, sino más bien al inmueble intrínsecamente considerado. El negocio vale fundamentalmente por su ubicación, de tal manera que el mismo negocio ubicado en un sitio diferente tendría un diferente valor. Es el reconocimiento generalizado en una comunidad de que una ferretería está ubicada en tal punto y que es allí a donde debe acudir con relativa certeza para suplir sus necesidades en este campo.

5. Tipos de primas

Contrario a la opinión generalizada en el sentido de que solamente existe la denominada prima comercial, según la cual un comerciante interesado en ocupar un local paga a su actual ocupante una suma de dinero (Prima) para que este lo desocupe y permita así la nueva destinación, es posible identificar, con elementos esenciales propios, varios tipos de “Primas”, situación que consecuentemente genera efectos jurídicos diferentes según sea la naturaleza de la prima discutida. Desarrollamos independientemente cada una de estas clasificaciones para efectos de su mejor comprensión:

5.1. Prima indemnizatoria

Asociada a los derechos y obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento sobre el local comercial en donde ya funciona el negocio.

5.2. Prima de colocación

Asociada al local comercial completamente desocupado y la posibilidad de generar renta con el negocio que en él se establezca.

5.3. Prima del negocio. (Prima comercial)

Asociada al establecimiento comercial y el crédito de que goza.

6. Prima indemnizatoria

6.1. Concepto

Este tipo de prima se encuentra directamente asociada al contrato de arrendamiento sobre el local comercial en donde funciona el negocio, por tal razón es menester analizar los aspectos básicos del contrato de arrendamiento sobre locales comerciales.

6.2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE LOCALES COMERCIALES

6.2.1. Definición

Contrato por el cual una parte concede a otra el goce y disfrute de un inmueble y ésta se obliga a cancelar como contraprestación un canon, precio o renta.

Elementos esenciales de esta definición son:

- Uso y goce del inmueble (Tenencia material).
- Canon, precio o renta (Contraprestación).

De esta forma, siempre que una persona (Natural o Jurídica) ocupa un bien inmueble que no es propio, cancelando periódicamente una suma determinada por dicha ocupación, estaremos en frente de un típico contrato de arrendamiento. Contrato que se diferencia del contrato de comodato, por cuanto en éste, quien ocupa el inmueble no cancela suma alguna de dinero por dicho goce del bien. Corolario de lo anterior es que mientras el contrato de comodato es gratuito, el contrato de arrendamiento es oneroso.

6.2.2. Regulación Legal

Nuestro legislador ha venido reflejando una total inconsistencia y falta de técnica legislativa para reglamentar en debida forma el contrato de arrendamiento sobre inmuebles. Hoy

debemos estudiar una abundante, confusa y contradictoria normatividad, situación que incide negativamente en el manejo judicial de esta modalidad negocial. Existen normas específicas para el contrato de vivienda urbana, para locales comerciales, para oficinas, parqueaderos y consultorios, otras para el contrato de arrendamiento con entidades oficiales y otras más para inmuebles con destinación diferente a las ya descritas. En materia de arrendamiento de inmuebles con destinación comercial, las normas aplicables son las que seguidamente se indican:

6.2.2.1. Código de Comercio: Artículos 515 a 524. Se trata de normas expresas que hacen relación al contrato de arrendamiento sobre inmuebles con destinación comercial.

Estas normas tienen la característica especial de ser de imperativo y forzoso cumplimiento por las partes, dado el carácter de normas de orden público que las acompaña (Artículo 24 Código de Comercio).

6.2.2.2. Código Civil: Artículo 1973 y siguientes. Es este régimen una especie de “Techo Jurídico”, vigente para el contrato de arrendamiento en todas sus modalidades. Tiene pues, un carácter supletorio, a través del cual se suplen o llenan los vacíos que contienen otros ordenamientos jurídicos de carácter especial.

6.2.3. Partes Contratantes

6.2.3.1. Arrendador. Concede el uso y goce del inmueble (No necesariamente propietario del bien). Con frecuencia se piensa que en este contrato solo pueden ser partes el propietario y el arrendatario del inmueble. En verdad, nuestra legislación regula la figura del arrendador, independientemente de que este sea o no el propietario del inmueble. El arrendador puede ser una persona natural o bien una persona jurídica.

6.2.3.2. Arrendatario. Disfruta materialmente el bien: (Necesariamente un comerciante). Igualmente, puede tratarse de una persona natural o de una persona jurídica. Lo cierto es que en esta modalidad contractual el arrendatario debe destinar el inmueble a una actividad comercial cualquiera pero lícita.

6.2.4. Destinación del Inmueble

Una actividad mercantil definida como tal por el Artículo 20 del Código de Comercio, el cual tiene un mero carácter enunciativo. Prima la concepción subjetiva en Colombia, según la cual no interesa la configuración física o estructural del inmueble sino el acuerdo contractual sobre la destinación a la cual será sometido. El inmueble, en consecuencia, deberá ser destinado a una actividad comercial lícita.

6.2.5. Canon de Arrendamiento

En materia de locales comerciales existe una completa libertad contractual para que las partes fijen tanto la cuantía del canon como su vigencia.

6.2.5.1. Cuantía. Rige el libre acuerdo entre las partes. Lo cual permite afirmar que tratándose de locales comerciales no existen cánones de arrendamiento ilegales pero si pueden existir cánones de arrendamiento exiguos o costosos. Ninguna norma legal determina criterios para establecer el canon de arrendamiento aplicable a un determinado inmueble, cuando éste se destina al uso comercial.

Esta libertad contractual proviene del esquema liberatorio y consensual que en materia comercial rige en Colombia. Así, se le imprime agilidad, ingrediente necesario de todos los actos de comercio en el mundo moderno. El canon de arrendamiento queda sometido entonces al libre juego de la oferta y la demanda. La necesidad creciente de armonizar el interés privado con el interés colectivo ha servido de sustento para argumentar la inconveniencia del régimen de libertad absoluta para fijar el canon de arrendamiento, vigente en materia comercial. Lo cierto es que esta política de libertad rige desde la expedición del actual Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) sin presentar variaciones o modificaciones al respecto.

6.2.5.2. Vigencia inicial. Igualmente rige en Colombia como válido el libre acuerdo entre las partes. De esta forma, las partes podrían convenir una vigencia inicial de días, meses o años, o bien pactar una duración indefinida para el contrato. Decisiones todas ellas que gozan de pleno respaldo legal. Obviamente, el arrendatario comerciante procurará un contrato de larga duración que le permita estabilidad, permanencia y presencia activa a su negocio.

6.2.5.3. Reajustes en el canon:

- Criterio: No existe una norma legal que indique en qué porcentaje, o con qué criterio debe ser reajustado el canon de arrendamiento para un local comercial. Este régimen de libre acuerdo contractual rige desde la expedición del actual Código de Comercio (Decreto 410 de 1971). Lo anterior significa, que en este específico campo es correcto hablar de altos reajustes en el canon, pero no de reajustes ilegales, porque como ya se dijo, no existe norma legal al respecto.
- Vigencia: el reajuste en el canon opera cada vez que las partes lo estimen pertinente, de tal manera que pueda reajustarse el canon válidamente con las vigencias que las partes lo estimen pertinente, siempre y cuando dicho reajuste obedezca a un acuerdo entre las partes. Ahora bien, para efectos de un mejor manejo del contrato, lo que se acostumbra en nuestro medio es el reajuste anual en el canon de arrendamiento, adoptando criterios como los que seguidamente se exponen.
- Sistemas de reajuste al canon: como no existe norma reguladora de dicho reajuste, se han identificado en la práctica comercial los siguientes criterios para reajustar el canon:
 - a. Reajuste según índice de Precios al Consumidor (I.P.C.). Se aplica un porcentaje de incremento similar al aumento en el costo de vida para los colombianos durante el año inmediatamente anterior. Para el efecto, conviene precisar, que debe señalarse el año según calendario, o bien el año contractual inmediatamente anterior. Esta información es suministrada por el DANE.
 - b. Reajuste según devaluación. Se parte de considerar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda colombiana en la relación peso-dólar americano, porcentajes que son medidos y certificados por el Banco de La República.
 - c. Reajuste según incremento en el salario mínimo mensual legal. En los primeros días de cada año el gobierno nacional, previa concertación en los organismos pertinentes, fija el reajuste en el salario mínimo legal para los trabajadores colombianos. Este parámetro suele tenerse como criterio para reajustar el canon de arrendamiento.
 - d. Reajuste según porcentaje previamente acordado. En ocasiones, las partes acuerdan de antemano un porcentaje fijo y cierto para reajustar periódicamente el

canon, generalmente vigente por anualidades. Se discute jurídicamente si luego de transcurrir dos (2) años de vigencia del contrato, las partes puedan marginarse de este acuerdo contractual y en su lugar recobrar la libertad para fijar el canon y sus reajustes, prevista en el Código de Comercio. La posición mayoritaria de nuestros jueces y tribunales es que de presentarse esta situación, es obligación de la rama judicial dirimir esta controversia entre las partes al momento de la renovación del contrato.

- e. Reajuste diferido o escalonado. Con el ánimo de llegar a un acuerdo razonable sobre el reajuste y después de agotar otras alternativas, es común encontrar acuerdos concibiendo un reajuste en el canon por seis (6) meses y un nuevo reajuste al vencimiento de estos seis (6) meses. En realidad, no se trata de dos aumentos al año, sino de un reajuste dosificado en el canon.
- f. Reajuste abierto: simplemente las partes hacen uso del régimen de libertad existente en nuestro ordenamiento jurídico para fijar el reajuste y su vigencia.
- g. Diferencias en la renovación: tratamiento sustantivo y procesal: en el eventual caso que el arrendatario haya cumplido dos años de ocupación del inmueble con el mismo negocio comercial y si no se presenta acuerdo entre las partes sobre el monto del reajuste en el canon, será necesario que una de ellas mediante abogado instaure un proceso verbal de regulación de canon de arrendamiento. En este evento, el juez deberá designar perito o peritos para que conceptúen sobre el justo valor del canon (no sobre el reajuste) y el juez procede entonces a dictar sentencia señalando dicho canon. Si las diferencias se presentan en los dos (2) primeros años de vigencia del contrato, habrá lugar a tramitar judicialmente un proceso similar al anterior pero de carácter ordinario y por ello de más larga duración.

6.2.6. Derecho de Renovación Contractual

6.2.6.1. Concepto. Es el derecho que tiene el arrendatario a continuar ocupando el inmueble arrendado, aunque bajo nuevas condiciones (plazo y canon) acordadas con el arrendador.

6.2.6.2. Titular del derecho. El arrendatario comerciante que ocupe el inmueble a título de arrendamiento.

6.2.6.3. Requisitos para que se configure. Para que surja este especial privilegio en favor del arrendatario, se hace necesario que concurren los siguientes elementos fácticos:

6.2.6.3.1. Ocupación a título de arrendamiento. Debe tratarse de un comerciante que ocupe el inmueble a título de arrendamiento.

6.2.6.3.2. Con un mismo establecimiento de comercio. El arrendatario debe haber ocupado el inmueble en arrendamiento con el mismo establecimiento de comercio; es decir, con el mismo negocio. Si varía o cambia la destinación pactada en el contrato, perderá este derecho y deberá comenzar a configurarlo en relación con el nuevo negocio y siempre que concurren los demás requisitos exigidos en la norma.

6.2.6.3.3. Por un término no inferior a dos (2) años. La ocupación del inmueble con el mismo establecimiento comercial debe tener una vigencia o duración no inferior a dos (2) años. De lo anterior se colige que la mayor protección al arrendatario comerciante es brindada por nuestro ordenamiento jurídico sólo a partir del vencimiento del segundo año de ocupación del inmueble. Curiosamente, el legislador dejó desprotegido al comerciante durante los dos (2) primeros años de vigencia del contrato, justamente en el período más crítico por cuanto es allí donde se presentan las mayores erogaciones o gastos en publicidad, adquisición de mobiliario, equipos de trabajo, vinculación de personal, etc.

6.2.6.4. Derechos que confiere. Cuando el arrendatario ha adquirido el derecho a la renovación, recibe también unas prerrogativas propias de ese derecho, a saber:

6.2.6.4.1. Permanencia en el local. Significa que el comerciante tiene derecho a una mayor estabilidad y permanencia con su negocio, lo cual tiene una gran importancia para presupuestar las políticas comerciales, manejo de publicidad, decisión sobre modernización de equipos y mobiliario, manejo del flujo de caja, etc.

6.2.6.4.2. Causales de terminación específicas y taxativas. Tener el derecho de renovación genera el que las causales de terminación del contrato de arrendamiento sean de carácter especial o excepcional, lo cual brinda igualmente gran estabilidad al negocio. Dichas causales están previstas en el Artículo 518 del Código de Comercio y son:

a. El incumplimiento del contrato por el arrendatario: para lo cual deberá el arrendador instaurar el correspondiente proceso de restitución de inmueble arrendado (lanzamiento) en contra del arrendatario.

- b. Si el propietario requiere el inmueble para ocuparlo con su propia vivienda o para instalar en el local un negocio de naturaleza sustancialmente diferente al que tuviere el arrendatario.
- c. Si el inmueble debe ser demolido porque amenaza ruina o para la construcción de una obra nueva, o que el inmueble deba desocuparse para la ejecución de trabajos de conservación del mismo.

En los dos últimos eventos (b y c) será necesario que el arrendador desahucie o notifique al arrendatario su decisión de dar por terminado el contrato, con una antelación no inferior a seis (6) meses, respecto del vencimiento del periodo en curso.

Cuando el arrendatario no tiene el derecho de renovación contractual, tiene desde luego una evidente inestabilidad en su negocio, toda vez que operarían las causales de terminación del contrato previstas en el Código Civil y en los Decretos 3817 de 1982 y 2221 de 1983, en los cuales se consagran causales de terminación del contrato que ofrecen facilidad para su manejo en un eventual proceso.

6.2.6.4.3. Derecho de preferencia a ocupar nuevos locales. Cuando el inmueble es desocupado por el comerciante para permitir la demolición del inmueble y consiguiente construcción de una edificación nueva, o bien para permitir la ejecución de trabajos de reparación y conservación del inmueble, tiene en su favor el denominado “Derecho de Preferencia”, en virtud del cual tiene o le asiste un derecho preferencial a ocupar nuevamente los locales si el propietario dispone colocarlos en arrendamiento, sin necesidad de cancelar suma alguna de dinero al propietario por concepto de prima comercial o similares.

6.2.6.4.4. Derecho a indemnización si son violados sus derechos de renovación o preferencia. Prevé la norma una especial protección al arrendatario comerciante para el eventual caso en que el propietario del inmueble que maliciosa y fraudulentamente no inicie los trabajos físicos en el inmueble dentro de los tres (3) meses siguientes al de su desocupación, o cuando no da al inmueble la destinación argumentada para obtener su desocupación. Se trata de una norma de orden público y en consecuencia de imperativo cumplimiento por las partes (Artículo 524 del Código de Comercio). Los derechos de renovación y preferencia constituyen dos especialísimos privilegios del comerciante que viene cumpliendo el contrato y que ha logrado con su trabajo construir un patrimonio intangible, denominado Crédito Mercantil Formado.

En el eventual caso de que le sean violados al comerciante arrendatario sus derechos de renovación y preferencia, tendrá en su favor las acciones legales en contra del propietario del inmueble para el resarcimiento de los perjuicios que le fueron irrogados al conculcar sus derechos. Esta indemnización comprende: el Daño emergente y el Lucro cesante, los cuales deberán ser acreditados mediante la intervención de peritos.

6.2.6.4.5. Medidas preventivas en el proceso (Artículo 690 Código de Procedimiento Civil). Para hacer efectivas las indemnizaciones a que fuere condenado el propietario del inmueble, el arrendatario podrá solicitar en la demanda como medida preventiva, la inscripción de la misma en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria del inmueble objeto del contrato de arrendamiento. De esta forma, se garantiza que el inmueble sea la garantía real del pago de dichas obligaciones en favor del arrendatario.

6.2.7. Derecho de Subarriendo del Local. En esta modalidad de contratos, el arrendatario comerciante dispone de la facultad de subarrendar el inmueble, buscando una mejor rentabilidad del mismo.

6.2.7.1. Limitaciones del nuevo uso o destinación. No obstante lo anterior, el nuevo subarrendatario deberá darle al inmueble una destinación que no lesione gravemente los derechos del arrendador, tal como puede ocurrir si lo destina a actividades ilícitas o que puedan entrañar un grave peligro para la estabilidad y permanencia del bien. Si así lo hace, el arrendador podrá instaurar las acciones judiciales tendientes a la terminación del contrato, invocando como causal este incumplimiento.

6.2.7.2. Limitante especial. Con todo, el arrendatario original sólo podrá subarrendar hasta un 50% del área total del local. Si se excede en este porcentaje, ello constituirá causal de incumplimiento del contrato.

6.2.8. Derecho de Cesión del Contrato. El arrendatario comerciante dispone también de la facultad de ceder el contrato de arrendamiento, lo cual significa que él desaparece de la escena contractual y en su lugar es reemplazado por un tercero, quien continúa ocupando la calidad de arrendatario. Sin embargo, las normas sobre cesión de contrato comercial son bien exigentes, siendo también normas de orden público. Esta cesión del contrato es siempre permitida para el arrendador, quien puede cederlo en el momento que lo estime pertinente, cumpliendo con los requisitos de que dicha cesión conste por escrito y le sea

debidamente notificada al arrendatario. Todo lo contrario ocurre frente al arrendatario, quien sólo podrá ceder el contrato en dos casos únicamente, así:

- Cuando medie previa y expresa autorización del arrendador.
- Cuando sea enajenado el establecimiento comercial que funciona en el local, caso en el cual en la enajenación se incluye también el contrato de arrendamiento sobre el inmueble, por expreso mandato legal. De esto se tiene que para efectos de una transacción sobre una empresa comercial, juega un papel importante el contrato de arrendamiento sobre el inmueble o inmuebles que ocupa dicha empresa, por cuanto de ello depende la proyección de estabilidad y permanencia del negocio, según el arrendatario tenga o no derecho a la renovación.

Se habla específicamente de esta prima indemnizatoria en el sentido de que el propietario del inmueble debe indemnizar al arrendatario comerciante todos los perjuicios causados con la violación del derecho de renovación o el derecho de preferencia, adquirido válidamente por éste. Dentro de los perjuicios indemnizables se debe considerar el lucro cesante, representado en la imposibilidad que tuvo el comerciante de enajenar su negocio cobrando al adquirente un valor por el “Crédito Mercantil Formado” con su establecimiento; o lo que es lo mismo, la prima comercial dejada de percibir al habersele privado injustamente de continuar ocupando el inmueble.

Para que el arrendatario, a quien se le ha conculcado el derecho de renovación contractual, pueda ser indemnizado por el propietario del inmueble, debe instaurar un proceso ordinario en el que acredite la veracidad y la cuantía de los perjuicios recibidos. Si pretende incluir dentro de los perjuicios el lucro cesante representado en la prima comercial de que fue privado, debe acreditar la existencia de una costumbre comercial, en el sentido de que los comerciantes de la plaza, usualmente, enajenan sus negocios incluyendo en el precio de la transacción la prima comercial del mismo.

Ingresamos a un punto relacionado con el mecanismo jurídico y procesal por medio del cual ese comerciante pueda acreditar la existencia de una costumbre comercial en cuanto al cobro de primas de enajenación de los negocios. Al respecto, conviene reiterar el texto de la norma consagratoria de este figura en el derecho mercantil (Artículo 3 del Código de Comercio):

“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 cumplierse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”.

El problema radica en cómo acreditar la costumbre mercantil del pago de primas comerciales de los negocios que se adquieren. Al respecto, dice el Artículo 189 del Código de Procedimiento Civil: los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios”.

Pero específicamente en materia comercial existe norma expresa (Artículo 190 del Código de Comercio) que señala la forma como puede probarse la existencia de una costumbre mercantil, en los siguientes términos:

“La costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: 1. Copia auténtica de las dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, y 2. Certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija”.

Se trata de dos mecanismos plenamente viables para acreditar dicha costumbre. Si se tienen las dos providencias judiciales ejecutoriadas y definitivas (no susceptibles de apelación), ello sería suficiente medio probatorio. El problema se presenta es cuando carecemos de este medio probatorio, debiendo recurrir a la otra alternativa que señala la norma; es decir, la certificación de la Cámara de Comercio correspondiente. No se ha podido obtener dicha certificación de las Cámaras de Comercio en el país. Al respecto, resulta pertinente transcribir textualmente el comentario del doctor LUIS DARÍO VALLEJO OCHOA, en conferencia dictada sobre “La prima en los locales comerciales”, aparecida en la revista Foro del Jurista, editada por la Cámara de Comercio de Medellín:

“Esta preocupación ha alcanzado a las Cámaras de Comercio del país quienes para colmar las aspiraciones de los comerciantes y cumplir con las funciones que les asigna la ley (Artículo 85-60 C. de Co.), se han ocupado de elaborar encuestas tendientes a recopilar la costumbre, para luego de su análisis expedir las certificaciones que sobre el particular solicitan los usuarios.

“Los resultados de dichos trabajos ciertamente contrastan con las aspiraciones de los comerciantes, pues si nos remitimos a investigaciones realizadas por las Cámaras de Comercio de Bogotá y Medellín nos encontramos con lo siguiente: en Bogotá, de una muestra compuesta por 47 casos presentados sólo 8 comerciantes reconocieron como práctica el pago de primas por la cesión del contrato de arrendamiento, pero sin admitir que tuviera fuerza jurídica vinculante. Los restantes 39 entrevistados negaron la existencia de tal práctica.

“Adicionalmente, la investigación permite establecer que tal práctica no se reconoce públicamente por cuanto las partes conciertan un fraude tributario.

“En Medellín, el número de encuestados fue de 356 comerciantes, representantes de los más variados sectores de la actividad, como que encontramos personas naturales, jurídicas de todos los tipos, mayoristas, minoristas, propietarios, arrendatarios, todos ubicados en el centro de la ciudad y en los más importantes centros comerciales.

“La tabulación nos informa que tan solo el 24.1% reconoce la práctica mientras que el 75.9% la niega”.

“Tales experiencias nos han llevado a apreciar como no se satisfacen las exigencias legales sobre la caracterización de los hechos constitutivos de la costumbre mercantil (uniformidad, publicidad, reiteración y licitud) y por ello se ha incluido que es necesario admitir la inexistencia de tal costumbre”.

“De otro lado, en una investigación adicional efectuada con el fin de establecer los “motivos por los cuales se paga o recibe prima por desalojo de local comercial”, encontramos que sobre una muestra de 88 comerciantes, 48 (54.5%) hablan de la ubicación del local, 5 (5.7%) del Good Will y 2 (2.2%) de la costumbre”.

Queda entonces como alternativa acreditar dicha costumbre recurriendo al procedimiento indicado en el Artículo 6 del Código de Comercio, que a la letra dice:

“La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, estos deberán ser por lo menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Artículo 3o, y cuando se

aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferido”.

En relación con la cuantía de la prima a indemnizar, será necesario recurrir a los diferentes métodos de valoración del crédito mercantil formado por un negocio, entre los cuales se destaca y resulta de gran utilidad el método de valor de mercado, según el cual se consultan los valores de transacciones recientes de negocios y locales similares en el sector. Todo ello se reduce a un problema de orden probatorio en el respectivo proceso judicial.

7. Prima de colocación

7.7. Fundamento jurídico

Ninguna disposición legal prohíbe esta práctica comercial, consistente en la exigencia a un arrendatario de cancelar previamente una prima comercial para poder ocupar un local que se encuentra completamente desocupado. Se ha venido imponiendo una práctica en nuestro medio, en la que un local comercial, de ubicación privilegiada y precedido de un claro antecedente comercial, es arrendado a un tercero quien lo ocupa con un negocio similar o diferente al que existía en el local,

En realidad, esta modalidad se nos presenta en el medio bajo las siguientes circunstancias:

Se construye un centro comercial y se instala en un lugar visible de este un almacén de gran renombre comercial y debidamente posicionado, considerado “ALMACÉN ANCLA”; establecido allí para atraer un mercado periférico, sobre la base del gran flujo de clientela que este almacén eventualmente traería. Se supone que el centro comercial prosperará a consecuencia de la clientela atraída por ese gran almacén. Se aprovecha allí el hecho de que quienes ocupen los locales contiguos o cercanos a este gran almacén, dispondrán de la gran ventaja de poseer casi una clientela cautiva y por esta vía se podrían presupuestar unas significativas utilidades esperadas para el negocio. Se cobra prima de colocación, establecida bajo un estimativo unilateral y caprichoso del propietario arrendador de los locales.

Por decisión voluntaria del arrendatario, como resultado de un acuerdo con el arrendador, o bajo el apremio de una sentencia judicial, es desocupado un local comercial y restituido

a su propietario. En este caso, el propietario dispone arrendar nuevamente el inmueble y decide cobrar a los eventuales interesados una prima de colocación, justificada sólo por la excelente ubicación del local comercial. Quedará a criterio del eventual arrendatario cancelar o no esta prima comercial para poder tomar el inmueble en arrendamiento.

Sucede con frecuencia que un arrendatario comerciante resuelve desocupar el local en forma voluntaria y por circunstancias que sólo a él competen. Procede a ofrecer el local mediante el pago de una prima comercial previa, llegando incluso a publicar avisos de prensa anunciando la cesión del local y el monto de la prima correspondiente. En verdad, se trata de un grave incumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito sobre el local comercial, dado que el arrendatario no puede despojarse de su posición de tal, sino por la vía de la venta o enajenación del establecimiento de comercio que allí funciona. Desconocer la vigencia de esta prohibición legal conlleva a configurar una causal de terminación del contrato, invocada por el arrendador y con muy buenas posibilidades de prosperar en un proceso judicial. En este caso, debería el arrendatario restituir el inmueble al arrendador, pudiendo éste exigir prima de colocación para arrendarlo nuevamente. Esta práctica comercial se ha venido generalizando, dejando en una situación muy precaria los intereses del nuevo arrendatario que llega a ocupar el inmueble, dado que podría verse afectado en un futuro al tener que recibir los efectos de una sentencia de lanzamiento ordenando la restitución del inmueble.

Lo cierto es que en esta modalidad de prima es viable aplicar el Aforismo Jurídico, según el cual: “Los particulares podemos hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley”, de esta forma la práctica comercial consistente en cobrar primas de colocación en locales desocupados, no riñe con ninguna disposición legal.

7.2. Denominaciones

7.2.1. México. Es conocida como “Guante” y está completamente reglamentada y tarifada en función del tiempo de ocupación, el tipo de negocio a instalar en el inmueble y las características del inmueble.

7.2.2. Argentina. Se le denomina “Llave”. Igualmente ha sido objeto de reglamentación por el legislador.

7.3. Justificación económica

Como esta práctica comercial carece de reglamentación legal que le autorice o la prohíba, se ha construido su justificación económica sobre la base de los siguientes argumentos:

7.3.1. El comerciante ingresa a un mercado ya construido, lo cual es relativo. En efecto, es claro que el comerciante puede organizar mejor su negocio previendo que los resultados económicos del mismo serán percibibles 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 negocio.

7.3.2. Los inmuebles se hacen, los “puntos” ya están. Se parte del presupuesto de que es imposible utilizar todos los recursos técnicos y humanos para la construcción de un buen local comercial, de diseño y acabados modernos y dotado de los servicios propios de un negocio comercial moderno. De esta forma, tendríamos un buen punto comercial pero quedaría pendiente analizar si ese local se encuentra ubicado en una zona apropiada para desarrollar una actividad mercantil específica. Los mejores puntos comerciales no son producto del azar, ni de la voluntad de un comerciante, son el resultado de una adecuada, persistente y creciente dinámica comercial, la misma que permite identificar la comercialidad o no de un sector determinado. Así las cosas, resultaría de mayor interés para un comerciante situarse en un local deficiente pero en un buen punto y no en un excelente y moderno local pero en un mal punto, entendiendo por tal, aquel que carece de la dinámica comercial requerida por el negocio específico.

7.3.3. Posibilidad de establecer negocios característicos o típicos (estrategia del fogón comercial). Es bien conocida la estrategia de consolidar un sector, cuadra o punto como de uso comercial característico. Hoy es posible identificar en todas las ciudades colombianas puntos de prenderos, de ferreteros, de panaderías, de diversión, etc., estableciéndose una ventaja comercial comparativa para los comerciantes que se encuentran allí ubicados. Reportan los comerciantes que participan de esta idea, la conveniencia de esta estrategia en el sentido de poder confrontar más directamente la competencia; así mismo, exponen que resulta conveniente obligar a los clientes o usuarios a recurrir indefectiblemente a un determinado sector para suplir su necesidad específica. En estos “Fogones Comerciales” los locales tienen un sobre costo, tanto en arrendamiento como en venta, como resultado de esa especial y privilegiada ubicación, haciéndose ampliamente demandados.

7.3.4. El comerciante puede reducir costos de instalación. Es evidente que la configuración interior de un local, los servicios de que dispone y su área, son el resultado de determinar las necesidades del negocio comercial que allí funciona. Cuando un comerciante llega a ocupar un local debe valorar previamente los costos de una eventual remodelación para adecuarlo a sus propias necesidades locativas. En efecto, se parte del presupuesto de considerar que el local se encuentra a punto de ser ocupado sin restricción importante alguna. En centros comerciales, generalmente, la adecuación del local se limita a algunos ajustes en la decoración y los acabados para mantener fidelidad a una imagen corporativa ya construida. Se reduce de esta forma un importante extra costo en el que, necesariamente, debería incurrir el comerciante de tomar un inmueble nuevo y en un sector no posicionado.

7.4. Estimación económica (factores de incidencia)

Hemos planteado que en la valoración de esta prima de colocación no influyen circunstancias de orden jurídico o económico, en tanto que no se estima una empresa comercial o un negocio en marcha. Se trata es de valorar el privilegio del punto como circunstancia excluyente. Por ello, se han establecido algunos criterios para considerar la razonabilidad o no del monto de una prima de colocación:

7.4.1. Ubicación. Es a nuestro juicio el elemento fundamental que condiciona la conveniencia de negociar o no este tipo de prima, para ello se debe considerar, entre otros, los siguientes factores:

- General (ciudad). No todas las ciudades soportan esta práctica comercial. Cuando apenas el comercio gana dinámica y se torna en una actividad predominante en una población, no resulta pertinente el cobro de primas de colocación, por cuanto lo que se busca es incentivar el comercio para que adquiera dimensiones propias de un verdadero renglón económico para la ciudad. Situación diferente al tratarse de ciudades o poblaciones de gran dinámica comercial y por consiguiente de amplia demanda locativa.
- Sectorial (zona). Recientemente hemos asistido al surgimiento de lo que podríamos llamar una nueva realidad en el comercio en relación con su zonificación en las denominadas “zonas rosa”. Esta idea, al parecer importada de otros países latinoamericanos (México, Argentina, Brasil), se ha venido configurando como condición para acreditar

algunos negocios y como condición para definir la altura o buen nombre comercial de una empresa. En estas zonas se ha constatado el cobro y pago de cuantiosas primas de colocación, generalmente exigidas por propietarios de inmuebles remodelados, cambiando el uso residencial por el comercial.

- Específica (punto). En efecto, no todos los locales de un mismo centro comercial tienen el mismo valor, ni todos tienen el mismo movimiento. El elemento “punto” es a nuestro juicio el factor de mayor incidencia en la estimación del valor de esta prima de colocación. Así mismo, el primer nivel de una edificación presenta la mayor demanda y es, en consecuencia, el punto privilegiado en relación con los ocupantes de las plantas superiores. En este caso, hay una clara diferencia que se torna despreciable en algunos casos concretos, como ocurre en centros comerciales de solo dos niveles; en los que el movimiento comercial es prácticamente el mismo en ambas plantas. Al tratarse de centros comerciales, se han considerado como de mayor movimiento los locales situados en el costado derecho al colocarse el usuario con frente al acceso principal del centro, dado que se ha probado que las personas circulan generalmente en dirección contraria a las que toman las manecillas del reloj. Diferencia despreciable en centros comerciales que presentan más de un acceso principal. Finalmente, es también fundamental el que el local específico se encuentre ubicado en sitio de comercio puntual o característico, adquiriendo el inmueble una amplia demanda para comerciantes de la línea posicionada en el punto y por ende elevándose el valor de la prima de colocación, aunque la desocupación de estos locales casi nunca se produce por decisión unilateral y voluntaria de su ocupante.

7.4.2. Características locativas. Particular importancia reviste la propia configuración del local, entendido como una unidad de construcción, de este aspecto se deriva la explotación a la que eventualmente pueda ser sometido. Es cierto que no todos los locales admiten cualquier destinación. Los requerimientos locativos de un banco o una entidad financiera no son los mismos que los de una carnicería, una tienda de abarrotes o un salón de billares.

- Dimensiones (Relación frente-fondo). En general, se ha considerado como un local ideal aquel que dispone de un frente con dimensiones razonables en relación con su fondo. Igualmente es local ideal el que presenta una configuración a manera de un cuadrado perfecto. Sin embargo, la importancia de este factor locativo está en relación directa con el tipo de negocio que allí funcione.

- Área (relación de proporcionalidad inversa). Como un presupuesto general se ha pensado que a menor área mayor costo y viceversa. Ello, por cuanto el reducido tamaño del local lo torna en exclusivo y toda su área debe ser sometida a una intensa utilización comercial. El local de amplias dimensiones, por lo regular presenta un frente aprovechable intensamente y un fondo que no lo es en la misma magnitud, haciendo que el fondo cargue con valores residuales respecto al área del frente. Igualmente, también el área del inmueble para tornarlo apropiado o no, tiene una dependencia directa con el tipo de negocio que allí se pretende instalar.
- Acabados. El tipo de acabados, presentación interior y exterior y su estado de conservación afectan o benefician el valor comercial, la rentabilidad o la prima estimada de un local comercial. Estos acabados deben ser valorados no solamente en relación con su lujo o modernismo, sino también en relación con su durabilidad, dado que el costo de reposición de tales materiales en un corto plazo podría ser una cuantía apreciable, haciendo que lo lujoso pueda tornarse en obsoleto, requiriendo reposición en un corto plazo. No sobra advertir que también los acabados deben guardar relación con el tipo de negocio que pueda soportar el local, por cuanto los requerimientos a este nivel son diferentes para cada línea comercial.
- Servicios adicionales de que dispone. Modernamente se considera que los almacenes de cadena deben estar dotados de área para cafetería, porque este requerimiento por el solo hecho de ser posible, es además necesario. Los nuevos puntos de venta de los almacenes de cadena serían obsoletos al carecer de este primordial servicio para sus usuarios. Requerimiento éste de muy poca importancia en otro tipo de líneas comerciales, como ferreterías por ejemplo. Las escaleras eléctricas, los ascensores, el aire acondicionado y la vigilancia permanente, se han convertido en elementos vitales en los centros comerciales y en las edificaciones sometidas a este uso. La idea general es que los usuarios adquieran no la condición transitoria de meros clientes, sino que adquieran cierto sentido de pertenencia al negocio, lo cual permite estabilidad y permanencia en su condición de cliente y así se conserva y fortalece la clientela. Un ambiente agradable y dotado de servicios adecuados al tipo de clientela que frecuenta el negocio, garantiza flujos de personas, condición básica de todo comercio.

7.4.3. Contrato de arrendamiento. Como quien cancela una prima de colocación debe suscribir un contrato de arrendamiento para ocupar el inmueble, es evidente que las condiciones de dicho contrato son fundamentales para cuantificar el monto de este tipo de prima. Incluso, en ocasiones, se negocia la prima no como un valor neto sino en directa asociación con el contrato de arrendamiento, de tal manera que si las condiciones del contrato son muy gravosas para el arrendatario, en cuanto a canon, vigencia, reajustes, etc., la prima de colocación no puede tener la cuantía normal; por el contrario, si las condiciones del contrato son muy favorables a los intereses del arrendatario, la prima de colocación puede adquirir un mayor valor. Para el arrendatario comerciante la vigencia del contrato es fundamental, pretendiendo vigencias de larga duración para así poder garantizar la permanencia de su negocio. Igual acontece con el canon de arrendamiento y el sistema adoptado para reajustarlo. En todo caso el tipo de contrato de arrendamiento y sus condiciones tienen una incidencia directa en la estimación del valor de la prima de colocación.

8. Prima del negocio

8.1 Fundamento jurídico

Ninguna disposición legal prohíbe el cobro y cancelación de esta modalidad de prima. Al efecto, se aplica al aforismo legal de que “...los particulares podemos hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley”.

Adicionalmente, la propiedad de bienes intangibles se encuentra ampliamente regulada en el sistema jurídico colombiano. El Artículo 516 del Código de Comercio, reconoce como derecho del comerciante el crédito mercantil formado o adquirido por su negocio. De esta forma se confiere plena protección legal al esfuerzo acumulado del comerciante para lograr acreditar su negocio. Su trabajo permanente y constante, el adecuado y oportuno servicio, las acertadas políticas de publicidad y mercadeo, van creando en torno al negocio un patrimonio adicional, no apreciable materialmente pero sí medible en términos de su valor económico. Este patrimonio es genéricamente denominado buen nombre (“Good Will”) o simplemente prima del negocio.

8.2. Denominaciones

La figura, lamentablemente, carece de amplia reglamentación legal para efectos de su estudio en el derecho comparado. El sistema anglosajón ha avanzado considerablemente en la regulación, situación ventajosa frente al sistema jurídico latino, incluyendo el colombiano, en donde hay ausencia total de normatividad aplicable.

8.2.1. Italia. Es conocida como “Aviamento”.

8.2.2. Inglaterra y Estados Unidos. Se le denomina “Good will”, que traduce en español “buen nombre”.

8.2.3. Colombia y América Latina. Se viene tratando la figura como “Crédito Mercantil Formado”, como derecho en cabeza del propietario del establecimiento de comercio y “Crédito Mercantil Adquirido” cuando se incluye dentro de los activos de una empresa, adquirida por un tercero que no ha participado en la construcción de dicho crédito mercantil. En el vocabulario común se le denomina simplemente Prima comercial.

8.3. Justificación económica

Evidentemente este crédito mercantil constituye un verdadero patrimonio para su titular. Es probable que no sea apreciable materialmente, como un activo transable y trasladable de un lugar a otro. Modernamente se vienen implementando importantes herramientas estadísticas y de consulta especializada para medir o tasar los gustos, preferencias y expectativas del usuario o consumidor. En una sociedad de libre cambio como la que rige en el sistema capitalista, mediante diferentes herramientas de investigación de mercados, censos o estadísticas, es posible determinar la demanda efectiva de determinados productos, bienes o servicios. Igualmente, este intangible es apreciable para determinar el valor probable de una empresa, entendible como un negocio o empresa en marcha y generando utilidades.

8.3.1. El comerciante ingresa a un mercado construido. Cuando se enajena o negocia una prima comercial, estamos en frente de un crédito mercantil adquirido por quien es el adquirente del negocio. Este goza del privilegio de ingresar a un mercado configurado, con las ventajas comerciales que ello ofrece en cuanto a inversión en publicidad, conocimiento de la competencia e implementación de políticas de mercadeo. De esta forma, el negocio

de quien adquiere consiste, precisamente, en el disfrute pasivo de una clientela cautiva y generadora de unas utilidades, más o menos estables para el negocio.

8.3.2. El negocio en marcha conlleva un “Know How” (saber hacer), que resume la experiencia acumulada del comerciante: Desde luego, quien adquiere el negocio no genera una ruptura radical con los sistemas de mercadeo, créditos, servicios, publicidad, etc., que el negocio traía consigo. Solamente tratará de modificar sutilmente estos elementos para hacerlos que jueguen en su favor y se ajusten a los planes de macromercadeo de un negocio de mayor envergadura o bien para mantener o consolidar una imagen corporativa ya existente, mejorando de paso su posición comercial. Por lo general, se mantiene incluso el personal vinculado a la empresa y se hacen ajustes administrativos que no modifiquen sustancialmente el “Know How” o saber hacer el negocio, a la manera como lo hacía su anterior propietario.

8.3.3. Ya se ha cumplido el posicionamiento comercial y social del negocio. Así mismo, lo que pretende el comerciante al adquirir un negocio en marcha mediante el pago de una prima comercial, es justamente aprovechar en su favor el hecho que se supone cumplido el posicionamiento comercial del negocio, no siendo necesario incurrir en sobrecostos o inversiones de grandes proporciones en busca de dicho propósito.

8.4. Estimación económica

8.4.1. Factores de incidencia. Para establecer el valor de una prima comercial o crédito mercantil formado por un negocio, debe atenderse inicialmente el hecho de que el negocio en cuestión se encuentre generando utilidades. Se ha dicho que si el negocio está reportando pérdida, no es acreedor de ese patrimonio intangible denominado crédito mercantil formado. Las primas de los negocios son objeto de transacción por cuanto ellos generan utilidades. El comerciante aspira cuando menos a mantener las márgenes de rentabilidad del negocio y siendo optimista a ampliar dichos márgenes.

Ahora bien, el valor de la prima comercial del negocio puede valorarse 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. 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.

Varios factores tienen incidencia directa en la estimación de este intangible, entre otros, a saber:

8.4.1.1. Tipo de negocio. Como ya lo hemos indicado, no todos los sectores económicos del país han recibido los mismos efectos del proceso, aperturista en que se encuentra involucrado nuestro país. (Apertura económica-posibilidades reales de generar utilidades).

8.4.1.2. Imagen corporativa del Negocio (Nombre, producto, enseña, servicio, etc). Propiedad industrial. Este aspecto es de vital importancia para la valoración del conjunto de activos de una empresa o negocio. Se trata de considerar que existen en el mercado diferentes marcas, productos o servicios, los que obviamente no gozan del mismo conocimiento público, del mismo buen nombre, de la misma imagen en el público consumidor o usuario de los servicios. Una empresa que goza de una buena imagen corporativa, debe generar, en condiciones normales de mercadeo, unas altas tasas de rentabilidad.

8.4.1.3. Tipo de clientela (sector social, volumen, cuantía de la cartera en circulación). Estos factores inciden en la definición de claras estrategias de mercadeo, las que a su vez generan o no resultados económicos en términos de la rentabilidad del negocio. Se ha considerado que a mayor riesgo del negocio deben corresponder mayores utilidades, y viceversa. El pasivo representado en la cartera en circulación y pendiente de recaudar, es otro bastión importante para mirar el flujo de caja de que eventualmente dispone la compañía, situación de gran importancia para los estados financieros de la misma. Es de advertir que la presencia de una amplia cartera en circulación, no es indicadora de la situación financiera de la empresa, dado que es probable que coexistan en una misma organización empresarial, importantes volúmenes de cartera, adecuadamente respaldada, con altas tasas de rentabilidad del negocio.

8.4.1.4. Cuantía del pasivo laboral acumulado. (Sustitución patronal y solidaridad patronal). Es de vital importancia examinar el volumen, la cuantía y la naturaleza del pasivo laboral acumulado de cargo de la empresa. En los casos en que existe responsabilidad directa de carácter pensional con ex empleados, se torna absolutamente indispensable recurrir a las

tablas de esperanzas de vida suministradas por el Seguro Social, investigar la posibilidad del fenómeno de la sustitución pensional en cada uno de los beneficiados y con esta información elaborar un cálculo actuarial, de singular importancia para una decisión de adquisición o venta de un negocio. Igualmente es pertinente revisar la realidad contractual del personal vinculado al negocio, por cuanto en la actualidad existen tres (3) regímenes diferentes en cuanto a dicho manejo, los cuales pueden anunciarse genéricamente como empleados bajo el régimen anterior, empleados bajo el régimen de la Ley 50 de 1990 y empleados bajo el régimen de la Ley 100 de 1994.

8.4.1.5. Ubicación general, zona y especificaciones del local o locales en los que funciona el (los) negocio(s). Sobre este tópico ya me he referido al tratar el tema de la prima de colocación, siendo vigentes esas consideraciones para el sub tema ahora analizado.

8.4.1.6. Contrato de arrendamiento sobre el local.

- Vigencia del contrato.
- Clases de arrendamiento.
- Sistemas de reajustes en el canon.
- Cláusulas especiales.
- Antecedentes jurídicos (procesos).

Igualmente, se toman pertinentes los comentarios anunciados en el punto de la prima indemnizatoria, en lo que hace relación a la apreciación legal de cada uno de estos aspectos. Con todo, es evidente que unas condiciones favorables en el contrato de arrendamiento sobre el local en donde funciona el negocio, hacen más atractivo el eventual negocio sobre la prima comercial del mismo. Contrato a largo plazo (tres años o más), cláusula de reajuste automático en el canon, autorización expresa para efectuar mejoras o remodelaciones, autorización de cesión del contrato en cualquier momento y otras ventajas para el arrendatario, contribuyen a una alta valorización del negocio, por cuanto son fáciles de presupuestar los costos fijos del negocio y es de prever la estabilidad y permanencia del mismo. Por el contrario, condiciones desfavorables en el contrato de arrendamiento sobre el local, pueden afectar negativamente los términos de una negociación sobre la empresa.

8.4.2. Métodos para calcular su valor: este punto constituye la médula espinal del tema estudiado y por ello el esfuerzo se orienta a la definición de claros parámetros para su razonable estimación. Varios métodos se colocan hoy al orden del día al respecto:

8.4.2.1. Método comparativo o de valor del mercado. Transacciones recientes sobre negocios en condiciones similares. En efecto, se ha considerado que “Los negocios valen lo que den por ellos”, por lo cual la investigación de mercado se convierte en una importante herramienta para estimar el valor probable de la prima comercial, bien como un valor integrado al valor de la empresa comercial en marcha, o bien como un valor desagregado, transable en forma independiente, caso en el cual lo que se negocia es una posición comercial. No obstante lo anterior, es evidente que no todas las empresas corresponden a una misma línea comercial, ni todas están igualmente administradas, ni todas generan utilidades o si las generan, ellas son a tasas diferentes. Cada negocio es pues, completamente independiente y el monto de dinero resultante de su enajenación, también lo es.

Se trata simplemente de entender que toda negociación sobre la prima comercial de un negocio, está en consideración a la valoración de sus diferentes componentes intrínsecos y extrínsecos, ya analizados en el numeral inmediatamente anterior.

Por lo general, es reiterada la confusión en nuestro medio sobre la apreciación de cuál fue el objeto del negocio. Si se trata de la venta de una empresa o negocio comercial en marcha o si solamente se ha enajenado la posición comercial en cuanto al local ocupado por la misma. La realidad de nuestro mercado nos está mostrando que casi en iguales proporciones se efectúan transacciones de venta de negocios o empresas en marcha y también transacciones sobre el punto o la posición comercial; es decir, la simple venta de la prima del local, cuya utilidad opera en beneficio de el comerciante y no en beneficio de el propietario del inmueble, como ocurre en la denominada prima de colocación; se advierte que en este último caso será pertinente la previa y expresa autorización del arrendador, dado que la omisión de esta autorización significa un grave incumplimiento del contrato de arrendamiento, invocable como causal de terminación del contrato en un proceso judicial.

Las bolsas de valores, las publicaciones económicas especializadas y la información de los gremios, adquieren especial importancia para estimar el valor probable de un negocio.

8.4.2.2. Método de la utilidad versus tiempo de permanencia del negocio. Valor actual de las futuras utilidades en exceso, de las que normalmente realiza una empresa, en un determinado sector. En Estados Unidos se acostumbra negociar la prima con un valor máximo de tres (3) o cuatro (4) veces el exceso de las utilidades anuales. Es decir, el comprador del negocio efectúa un cálculo actuarial de las futuras utilidades a obtener con el negocio en condiciones de un mercado normal. Desde luego, el vendedor del mismo incluye en el valor del negocio un factor de comercialización, generalmente estimado sobre la base de las especiales condiciones del mercado en cuanto al tipo del negocio o establecimiento transado.

8.4.2.3. Método de liquidación. Liquidación de los activos tangibles, previo pago de pasivos, más un factor de comercialización. Sobre el particular, conviene recoger las claras ideas del tratadista Luis Fernando Gutiérrez Marulanda:

“... La primera reacción al estimar el valor de una empresa es calcular la diferencia entre el valor de sus activos y el de sus deudas. El patrimonio o valor intrínseco es, sin embargo, una pésima estimación de lo que una empresa significa. Una firma puede contar con equipos valiosísimos que pueden representar muy poco ante una innovación tecnológica que los deje obsoletos, o ante una limitación en las materias primas que utiliza, o ante una regulación de control ambiental que impida su uso. Adicionalmente, las cifras que registra la contabilidad, son históricas y fácilmente la inflación las desborda. Si las cifras se ajustan para tener en cuenta la inflación, la verdad sigue siendo que la capacidad de la compañía de generar efectivo, única determinante de su valor, está mal medida por el valor de sus activos netos. Las acerías norteamericanas quedaron en su momento valiendo poco frente a las japonesas, dados factores tecnológicos que las superaron. Las fábricas de télex fueron dejadas atrás por las de máquinas facsimilares. Muchas empresas latinoamericanas, con activos valiosos, pero acostumbradas a mercados protegidos, serán borradas del mapa por la competencia extranjera, si no se vuelven eficientes, por razón del proceso de apertura económica que se empieza a vivir. El valor actual del patrimonio poco tiene que ver con el futuro de una compañía.

Modernamente se viene utilizando el método propuesto por Alfred Rappaport, sobre la base de estimar el flujo operativo de fondos de la empresa, el cual representa la diferencia entre los ingresos y los egresos. De esta forma, el valor de la compañía estaría compuesto

por el valor presente de su flujo operativo, más un valor residual, más los activos que posea en el momento y que se puedan liquidar sin afectar la capacidad operativa de la empresa. Se trata, entonces, de elaborar una prospección, generalmente a cuatro o cinco años, orientada a establecer el futuro flujo de fondos, comparándolos con las tasas de descuento (intereses comerciales de la plaza) y de esta manera determinar la rentabilidad del negocio. Ahora bien, es este sólo un cálculo probabilístico que parte del presupuesto de que las condiciones del mercado continúan incólumes o estables, sin sobresaltos de consideración. Ello porque una empresa puede ser hoy rentable y atractiva y tornarse en no rentable rápidamente, como consecuencia de factores o conflictos de orden social, político o económico en el país o región donde el negocio opere.

8.4.2.4. Costo de oportunidad. Comprende una valorización caprichosa del comerciante, aprovechando una circunstancia virtual de la transacción. Llega incluso a desconocer el factor utilidad actual versus utilidad esperada. Generalmente responde a factores tales como:

- Prácticas de “dumping” para afectar al competidor. En ocasiones se puede adquirir un negocio o cancelar la prima comercial de un local, bajo el presupuesto que éste genere en un futuro pérdidas operativas. Sin embargo, la transacción se efectúa porque quien adquiere el local previo pago de prima, o adquiere el negocio comercial en marcha, aspira a afectar una determinada posición comercial de su competidor, aspirando también a compensar esta pérdida operativa mediante utilidades esperadas en otros negocios o en otros escenarios comerciales.
- Necesidades del lanzamiento de un determinado negocio, marca, producto o servicio (impacto publicitario). Suele ocurrir que determinadas empresas requieren espacios publicitarios o posiciones comerciales (punto del local) especiales para el lanzamiento o relanzamiento de un determinado producto, bien o servicio. La prima comercial en este caso puede distar mucho de su real valor económico, pero es negociada porque responde a una determinada estrategia de mercado de quien la adquiere. Este razonamiento es también viable al tratarse de la necesidad particular de un comerciante, en atención al crecimiento del negocio o a la implementación de nuevas líneas comerciales (unión de locales colindantes).

- Inminencia de algunos proyectos inmobiliarios de origen privado o a la construcción de obras públicas de evidente desarrollo.
- Modificación de las normas de Planeación y urbanismo que alteran los usos del suelo y por ende la valoración comercial de los inmuebles y las posibilidades objetivas de su explotación en ciertas actividades mercantiles.

Notas

- ¹ ARRUBLA PAUCAR. Jaime. Presente y Futuro de la Contratación Mercantil. En: Revista Foro del Jurista No. 11, Cámara de Comercio de Medellín.